

CAPÍTULO VII
LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES
PÚBLICOS EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

I. ORIGEN Y DECURSO DE LA MALVERSACIÓN EN CHILE

Las disposiciones contenidas en el párrafo V, título V, del libro II del Código penal chileno son en lo medular de origen español, aunque es de ver que su factura en el vástago americano muestra, sobreañadidas a la fuente y fruto de la minerva de la Comisión que lo redactó, innovaciones de cierta importancia. Aprobados en general durante la sesión 49ª con ligeras diferencias respecto del modelo de 1848-50, del que se tomó, también, el epígrafe que los nombra, estos artículos fueron revisados en tres ulteriores, la 153ª, 154ª y 171ª¹. En la 153ª, "el señor Ibáñez 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", y "para salvar de alguna manera este vacío", los comisionados resolvieron agregar el actual

¹ *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno*. Edición crítica con motivo de su centenario. Preparada bajo la dirección y con un Estudio preliminar del Profesor MAURICE RIVACORBA y RIVACORBA, Iñeaval, Valparaíso, 1974, cfr. págs. 343, 345, 520-523 y 555-556.

artículo 234, "tomado del Código español". Tal Código "no era otro que el de 1870, que ya en esa fecha había entrado en vigencia en la Península y que, en su artículo 406, consignaba una disposición casi idéntica"², es decir, el peculado culposo, cuya sobria fórmula - "prudente y justísima disposición", la llama Fuensalida³ - satisfizo enteramente a la Comisión Redactora e impidió que se perpetrara en el texto el descalabro anunciado en la propuesta de Habié. En la misma oportunidad se suprimió del que hoy es el artículo 238 la referencia que hacía el 322 del texto español a los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados; como posibles sujetos activos de estos delitos, "porque respecto de ellos, no puede decirse que hai abusos de funciones públicas, sino fraudes comunes que se penan en otro título posterior". Y en perfecto *pendant* con la idea anterior aparece la novedad de mayor convergadura, durante la sesión 154^a, cuando Alejandro Reyes observó que en su artículo relativo al peculado faltaba en el Proyecto toda mención de los fondos de particulares puestos en la caja pública dirigida por el funcionario "sea por vía de depósito, consignación, etc.", y sostuvo que tanto los caudales públicos como los de individuos privados "deben tener la misma garantía e imponer igual responsabilidad al que los ha recibido en desempeño del puesto público que ejercer". Esto iba más allá de las posibilidades del Código español y se aproximaba a la *malversazione italiana*, ya prefigurada en el viejo Código de Nápoles, probable fuente de la cláusula que de tal guisa se introdujo a nuestro artículo 233 y que resulta esencial, como veremos, para entender la naturaleza jurídica de este círculo de infracciones.

² BUNSTER BRUCEÑO, *La malversación de caudales públicos*. Estudio de doctrina y jurisprudencia. Universidad de Chile, Santiago, 1948, págs. 95-96.

³ *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, 3 vols. Lima, 1883, t. II, pág. 222.

Por otra parte, sólo los artículos 233 y 238 han recibido reformas, casi siempre espoleadas por el endémico proceso de devaluación de la moneda nacional, que no puede menos que repercutir en el trasnochado y desdichadísimo talante de graduar en el Código las puniciones de aquellos delitos que surten efectos patrimoniales según el importe económico de lo que en ellos se hurte, defraude o, como en este caso, malverse. Se trata de las leyes números 13.303, de 31 de marzo de 1959, que interesa sobre todo por haber agregado un inciso segundo al artículo 238, es decir, la disposición común a todas las especies de malversación cuando el valor de lo malversado excediere de cierta suma; 17.437, de 9 de junio de 1971, que al efecto de expresar el valor económico de lo sustraído reemplazó en los artículos 233 y 238 la referencia a la moneda de curso legal a la sazón, o sea, el escudo, por sueldos vitales; y 19.450, de 18 de marzo de 1996, y 19.501, de 15 de mayo de 1997, que substituyen esa medida económica por la hodierna, unidades tributarias mensuales, y añadieron como copulativa a las penas de pre-sidio señaladas en el artículo 233, la de multa.

II. NOCIÓN, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE ESTOS DELITOS

1. Notión

Por más que la riqueza de figuras delictivas que el Código amadriga bajo esta rúbrica difiere sobremedida la reconstrucción de un concepto que las sintetice según sus comunes rasgos fundamentales —que los hay⁴—, y aun considerando "la imposibilidad

⁴ De otra opinión, BUNSTER BRUCEÑO, op. cit., cfr. págs. 17-20, y FICHENBERG OBRISTRETER, *Derecho penal*, 4 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3^a ed., revisada y actualizada, 1998 (según la cubierta, 1997), tomo IV, cfr. pág. 236.

absoluta de establecer esa noción sin encontrar contradictores"⁵, creemos que la tarea es factible no bien se tiene en cuenta que el substantivo castellano malversación (del latín *male versari*: invertir mal), así como las correspondientes voces en italiano (*malversazione*), francés (*malversation*) y portugués (*malversação*), denota siempre, más allá de las formas concretas que estos delitos puedan adoptar en los textos punitivos, la inversión ilícita, esto es, el empleo indebido, a través de actos de apropiación o alteración, de bienes públicos o equiparados a ellos, por parte de quien los tiene a su cargo en virtud de una específica función también pública. Malversar es, en consecuencia, la *"male gesta administratio"* en todas sus especies.⁶

2. Fundamento

El incontestable trasfondo patrimonial de la malversación de ciudadales públicos⁷ no debe, empero, mover a error sobre el por qué de su regulación autónoma en el concierto de las figuras delictuosas. Pues, en efecto, si aquí estuviésemos frente a simples atentados contra bienes de dominio estatal y de diversos entes públicos menores, quedaría sin una adecuada explicación el que sus hechos sobrepasen con largueza las de los comunes delitos de carácter patrimonial (en particular, la apropiación indebida y el hurto), visto que en una organización política y jurídica liberal, como

⁵ Carrara, *Programa de Derecho criminal*. 10 vols. Traducción de J. Ortega Fontes y J. Guerrero. Temis, Bogotá, 4ª ed., t. VIII, 1982, pág. 10.

⁶ PASSINA, *Elementi di diritto penale*. 3 vols. Napoli, t. III, 1885, pág. 57, seguido en esto por VINCENZO SCORDAMACIA, *Malversatione a danno del privato*, en la *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, t. XXV, 1975, cfr. págs. (272 y ss.) 273.

⁷ *"Atti reati non si cupisce più unta"*, dice con énfasis VASSALLI, en *Delitto di peculato e illecito amministrativo* (Atti del convegno documentazione), Milano, 1957, págs. (86 y ss.) 86.

la que rige la comunidad chilena, no hay motivo alguno para conceder una tutela acentuada a la Hacienda pública respecto de la que se otorga al patrimonio de cualquier particular⁸. De modo que si la propiedad de los bienes que forman el conjunto del erario aparece ya suficientemente protegida merced a las disposiciones del título IX, libro II, entonces el fundamento de la malversación yace en una consideración distinta, a saber, la exigencia de establecer, mediante la pena, una garantía redoblada a que la gestión e inversión de los recursos económicos con que cuenta el aparato público en su conjunto para satisfacer las funciones de interés colectivo que le comete el ordenamiento, discurre por los cauces que éste predetermina y no sufra ataques desde el interior de la Administración, o sea, por quienes precisamente son los llamados a invertirlas o los tienen a su cargo; lo cual, por lo demás, viene a coincidir con esa noción general que trazamos *supra*, en el sentido de que estos tipos "reconocen, como nota común, que la acción punible en cualquiera de ellos se puede caracterizar como un *manejo anormal* de esos bienes por parte de quien está encargado de hacerlos cumplir la finalidad a la que administrativamente están destinados"⁹. El Estado, que no tiene ojos ni manos, actúa a través de sus órganos, que son también sus instrumentos, o lo que es igual, sus funcionarios, y en la gestión de sus medios económicos ha de depositar obligadamente confianza en las personas que designa para tal propósito, confianza de la que abusa el malversador, que turbe la voluntad estatal y supedita el manejo de dichos bienes a propósitos ajenos a los que quiere el Derecho; de donde se sigue

⁸ Seneciano, QUINZANO RIVERO, *Compendio de Derecho penal*. 2 vols. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, t. II (Parte especial), 1958, cfr. pág. 185. Otra cosa sucedió y ocurre aún en los regímenes totalitarios.

⁹ CAUAS, *Delitos contra la Administración pública*. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código penal. Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 312. El destacado en cursiva nos pertenece.

que esta familia de infracciones pueda y deba recibir un tratamiento diferente del que tienen los derechos patrimoniales del ciudadano privado, así como del que se acuerda a los intereses pecuniarios del propio Estado cuando quiera que la agresión provenga desde fuera de su seno —caso en el que versa, también, el funcionario que, por carecer de la competencia requerida, obre como un mero particular—.

3. *Naturalaleza*

Estrechamente enlazada con el problema anterior, es ésta tal vez la cuestión más batallona de cuantas ofrece el tema, y de su solución dependen cruciales extremos interpretativos. Entre las doctrinas más acreditadas sobre el particular —todas, determinadas por la técnica que aplica cada Código para regularlo— ni siquiera reina un consenso en torno a la índole mono o pluriofensiva de estos delitos, y en las que se inclinan por una afectación plural hay discrepancias acerca de cuál objeto jurídico figura como el prevaliente, da el tono a la tutela y justifica la acuñación de los delitos en palabra.

Aquí se perfilan tres tendencias. La primera, entiende que la malversación no es más que un ataque contra intereses patrimoniales ajenos, sin importar que pertenezcan al Estado o a particulares, que se agrava por la especial condición del sujeto activo, no funcionario que tiene o recibe los objetos correspondientes por razón de su oficio; dicho de otra manera, "un delito contra la propiedad cualificado por el abuso de confianza estatal"¹⁰, lo que, con referencia a los de peculado y *residuis*, implica que éstos, en el fondo, son sólo apropiaciones indebidas perpetradas por un servi-

¹⁰ QUINTERO RIVERA, *Comentarios al Código penal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª ed., 1966, pág. 722.

dor público¹¹ y, por ende, se inscriben en el marco de los delitos especiales, impropios. A lo que antes dirigimos en contra de esta postura hay que añadir que incluso en Alemania, cuyo Código recogió en tales términos, hasta 1975, lo que en ese país se llama *Amtsvererschlagung*¹², la opinión predominante postulaba que ni la orden del superior jerárquico ni el hecho de que el inferior tuviese dudas que compensar con el derechohabiente —el fisco o un particular— podían anular el signo antijurídico del acto, ya por la falta de competencia del superior para autorizar la malversación cometida por el subordinado¹³, ya porque la compensación de dudas resulta inconciliable con la tenencia oficial de los fondos¹⁴, todo lo cual no se condice ciertamente con la aseverada índole patrimonial de la infracción.

En los antípodas se sitúan quienes, sin desochar del todo el acervo público del objeto de la tutela, dan preferencia, como contenido esencial de estos ilícitos, al quebrantamiento de los deberes inherentes a ciertas funciones oficiales y que hacen a la regularidad y probidad con que los obligados han de mantener y, en su caso, gestionar los recursos puestos a su cargo¹⁵, temperamento

¹¹ Asi, ANTONISEA, *Manuale di diritto penale*. Parte speciale, 2 vols. 9ª ed., al cuidado de L. Conti, Giuffrè, Milano, I, II, 1986, cfr. págs. 766-767.

¹² "Que presuppone, tanto en sentido objetivo como subjetivo, la apropiación indebida común". FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Mohr, Tübingen, 16ª ed., 1925, pág. 723.

¹³ WURNER, en EHRHARDT, LOBE, y ROSENBERG, *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, 2 vols., Walter de Gruyter & Co., Berlin, I, II, 8ª ed., 1957, cfr. pág. 712.

¹⁴ Cfr. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, 2 vols. Keip, Goldbach, 2ª ed., t. I, 1997 (reimpresión facsimilar de la ed. en Leipzig, 1902-1905), págs. 279-280, y WEITZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 11ª ed., 1969, pág. 555.

¹⁵ Se subscriben a esta postura, en Chile, VERA, *Código penal de la República de Chile. Comentado por...*, Imprenta de P. Caudal y Cía., Santiago de Chile, 1883, cfr. pág.

que cuenta a su favor las diferencias estructurales que efectivamente existen entre la malversación y los que se dice serían los respectivos delitos comunes, mas la entrega en brazos de la cuestionada doctrina de los delitos "de infracción de deber"¹⁶ y, de suyo, la degradada a una mera irregularidad administrativa desconectada de sus efectos sobre el erario (y aun de todo bien jurídico), en flagrante contradicción con las disposiciones del Código, que a menudo gradúa las penas al tenor del monto de lo malversado; esto, sin mengua de que semejante posición, cifrada unilateralmente en la calidad del autor, convertiría todas las formas de malversación en delitos especiales propios, lo cual, según comprobemos en su hora, no es exacto de *iure condito*.

Una variante de esta segunda teoría procura eludir el reparo y, con la mira de ascentar el bien jurídico, según una visión asimismo monista, en bases jurídico-constitucionales, apela a la "buena marcha y la imparcialidad de la Administración en sus actuaciones

Continuación nota 15

424; I. ARAUJO GUZMÁN, *Derecho penal*, 2 vols. (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. II, 7ª ed., actualizada por Julio Zenteno Vargas, cfr. págs. 78, y Marius ACCONA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho penal chileno*, Parte especial, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2ª ed., 2002, cfr. págs. 208; de la jurisprudencia, véase el Fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 11 de abril de 1980, publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1, págs. 57-58. En España la adoptan los monogramistas Rodrigo Fabio Suárez, MONTA, *El delito de malversación de caudales públicos*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid, t. LII, 1966, cfr. págs. (831 y ss.) 867, y Fernando Díez Párcos, *Malversación de caudales públicos*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, t. XV, 1981, cfr. págs. (816 y ss.) 818.

¹⁶ Cuyo sentido antijurídico radica, según sus autores, no tanto en la actuación realizada por el sujeto cualificado, sino en que éste infringe un deber peculiar, oriundo de otras ramas del Derecho, que lo colocaría en "una especial relación con el contenido de injusto del hecho". Roxin, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, Traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Marilío, Pons, Madrid, 2000, pág. 387.

pecuniarias"¹⁷. La "confianza pública en la pureza del desempeño del cargo"¹⁸ o "la confianza de la comunidad en la ejecución, adecuada al Estado de Derecho, del servicio público"¹⁹. Pero de este modo, o bien se compone un fácil juego de palabras —la buena marcha y la confianza en la objetividad de la Administración dependen, en definitiva, de que los funcionarios cumplan las obligaciones que les conciernen—, o se infunde vida a un cadáver, la teoría de Flangieri y Carrara, según los cuales peculado y malversaciones en general ofenden la fe pública (siendo claro que la confianza generalizada que merecen ciertos objetos, signos y documentos por el respaldo y la garantía que les confiere el Estado, no puede acoplarse a ni mentarse de personas o cargos).

Por último, están los que sostienen que estos delitos vulneran los intereses económicos de la Administración, sea directamente, sea en la regularidad con que deben ser administrados²⁰, punto de vista al que prestamos nuestra conformidad, siquiera con el matiz de que la tutela de los medios económicos del Estado sólo cobra relevancia, en el sentido de estos tipos, frente a la infidelidad de individuos que, en lugar de cuidar de los intereses de aquél, se aprovechan de la investidura o posición privilegiada que ostentan para torcer, como dijimos, la voluntad estatal relativa a su administra-

¹⁷ PATAURO, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Delitti contro la Pubblica Amministrazione, Giuffrè, Milano, 8ª ed., 1998, pág. 36.

¹⁸ MAURACH, *Deutsche Strafrecht*, Besonderer Teil, Müller, Karlsruhe, 4ª ed., 1964, pág. 698.

¹⁹ SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Mohr, Tübingen, 2ª ed., 1983, pág. 259.

²⁰ Cfr. BENNETT BRETHER, op. cit., págs. 11-16, y RODRÍGUEZ COLLAO Y OSSANDON WIMOW, *Delitos contra la función pública*, El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, págs. 372-373. En España, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, Parte especial 6ª ed., con la colaboración de A. Serrano Marilío, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 784.

ción. Y esta característica pluriofensiva, que asocia al ataque contra la Hacienda una lesión contra "el correcto desenvolvimiento de la función pública"²¹, persiste en esa variedad impropia de malversar que incide en bienes de particulares confiados al agente—pues sigue en liza la regulabilidad en el desarrollo de las actividades patrimoniales del Estado—, sólo que invertida, toda vez que el interés patrimonial cede aquí la primera plaza al requerimiento de garantizar a la colectividad que la Administración guardará celosamente esos bienes. De ahí que en ella, tal como acontece en la malversación propiamente dicha, el conschimiento del interesado carezca de efecto desincriminante y que el particular "jamás podrá asumir el papel de sujeto pasivo, sino sólo el de simple perjudicado"²².

En lo por venir extraeremos las restantes consecuencias dogmáticas de esta última concepción en lo que concierne al carácter preciso de la ofensa—si de lesión o peligro—en cada uno de estos delitos, a la procedencia de las causas generales de justificación, al *iter criminis*, a la codelincuencia, etc.

III. ESPECIES DE MALVERSACIÓN, SU OBJETO JURÍDICO

Y CARÁCTER DE LA TUTELA; LOS SUJETOS PASIVO Y ACTIVO

1. Especies

Organizar las distintas especies de malversación conforme a un sistema determinado es un extremo sumamente espinoso, por-

²¹ Decisión de la Corte Suprema en su sentencia de 13 de mayo de 1999, publicada en *Folleto del Mes* número 486, pág. 761. De una "vulneración suplementaria de bienes jurídicos" habla Friedrich Nowakowski, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundrissen*. Verlag Styria, Graz-Wien-Köln, 1955, cfr. pág. 175.

²² FIANDACA Y MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*. Publicados. 2 vols. Zanichelli, Bologna, t. I, 1988, pág. 147.

que sobre ello gravita la historia de estos delitos en el marco de la tradición romanista²³, particularmente en España y los países influidos por el viejo Código ibérico, hasta el punto de que en la doctrina nacional, con la única excepción de Raimundo del Río²⁴, se ha renunciado del todo a este alán²⁵.

Otra cosa ocurre en España. Suárez Montes discierne tres modalidades (conductas de apropiación, de distracción y de retención), luego inseridas por Díaz Palos dentro del esquema bimestre, muy rotundo, de malversación propia (la que recae sobre caudales o efectos del Estado) y malversaciones impropias (las perpetradas sobre otros caudales o efectos públicos, o de particulares a ellos asimilados)²⁶.

En lo que sigue nos serviremos de este útil bosquejo, si quiera al interior de las especies tradicionalmente reconocidas, esto es, el peculado (artículos 233 y 234), la distracción de fondos (artículo 235), la aplicación pública diferente (artículo 236) y la denegación de pago o entrega (artículo 237).

²³ Véanse, por todos, CARMEGIANI, *Elementos de Derecho criminal*. Traducción de Antonio Forero Otero y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1979, págs. 494-495; CARRARA, pp., vol. cr. ed. cit., págs. 9-10, y Díaz Palos, en loc. cit., págs. 816-817.

²⁴ Quien distingue, *more iudicio*, entre una malversación propiamente dicha y el peculado. Cfr. *Derecho penal*, 3 vols. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, t. III, 1975, pág. 186.

²⁵ Por ejemplo, LAATUR GARZA, op., vol. et ed. cit., cfr. pág. 78, habla de cinco modalidades de deprecación grave, destacando que las "formas secundarias", o sea, el delito de denegación de pago o entrega, "no constituyen verdaderas malversaciones"; BUNSTER BRICENO, op. cit., cfr. págs. 17-20, hace otro tanto, por estimar que los artículos 233-238 no responden a un mismo esquema rector, y MARTÍZ ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN separan del peculado y la distracción de fondos, la aplicación pública diferente y la regalativa a pagar o entregar, ya que éstas afectarían a un bien jurídico distinto del de aquéllos.

²⁶ SUÁREZ MONTES, en loc. cit., cfr. pág. 832, y Díaz Palos, en loc. cit., cfr. pág. 821.

2. Objeto jurídico y carácter de la tutela

La malversación de caudales ofende la Administración pública, entendida como el complejo de las actividades funcionales del aparato estatal, es decir, "como sinónimo de la entera actividad del Estado"²⁷, por lo que puede verificarse en cualquiera de sus poderes, órganos y reparticiones.

Pero de esta suerte apenas se caracteriza su objeto jurídico genérico, que compare con otros muchos de la familia —v. gr.—, nombramientos ilegales, cohecho, desacato, etc.—, sistemáticamente diseminados a lo largo del Código. Puesto que la Administración pública presenta varias flexiones o aspectos, algunos de ellos susceptibles de tutela penal ante sus atentados más graves, surge, como objeto jurídico específico, un grupo de delitos que vulnereen los recursos económicos de la entidad estatal y al que pertenecen la malversación de caudales públicos, los fraudes y exacciones ilegales, el fraude tributario, el contrabando, etc. Aquello a que la malversación debe su individualidad dentro del grupo, es el aspecto peculiar que la común materia de tutela asume en sus especies, a saber, la gestión y disposición rectas de dichos recursos, que viene a ser el objeto jurídico subespecífico de los tipos que apostillamos. Todos ellos, pues, nos muestran delitos de lesión, incluso la negativa de pago o entrega, que no es un supuesto de resistencia mal colocado en el Código²⁸, dado que tampoco en ella "se protege el principio de autoridad, sino el normal ejercicio de la actividad admini-

²⁷ BUNSTRA BRICEÑO, op. cit., pág. 8. Véase, también, GIZZAMAN DABROKA, *Tres problemas del sistema chileno de los delitos contra la Administración pública, en el Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta*, Antofagasta, 1997, págs. (1 y ss.) 6 y ss.

²⁸ Como niensan BUNSTRA BRICEÑO, op. cit., cfr. pág. 124, ERICHMAYER ORRMSIRSKY, op. cit. en el. cit., cfr. pág. 245, y MAYUS ACTISA Y RAMÍREZ GIZZAMAN, op. cit. en el. cit., cfr. pág. 222.

ministrativa en la esfera patrimonial", al impedir el hecho que los fondos a su cargo cumplan oportunamente el destino que tenían asignado; por ende, "participa de la esencia de la malversación"²⁹.

3. Sujetos pasivo y activo

De los recursos económicos de la Administración, contra los que atenta el malversador, es titular el Estado y, por imperio del artículo 238, que consagra una malversación impropia de índole raíz romanista, también ciertos entes públicos menores, los municipios y los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, a todos los cuales es menester considerar como los únicos pasivos de este plexo de conductas antijurídicas³⁰.

La mayor parte de las formas de malversación tienen como agente un empleado público³¹. Subráyese, empero, que no cualquier servidor público entra en el tipo de injusto, sino aquel que, según los casos, tiene a su cargo, administre, custodie o sea tenedor de los bienes que malversa, pues "sólo entonces son lesionados los especiales deberes del oficio"³². Por modo que estas disposiciones envuelven, sí, unos *delicta propria*, mas sería apresurado afirmar que la condición de funcionario es razón necesaria y suficiente para que el sujeto pueda transformarse en malversador, ya que a ese requisito hay que sumar el quebrantamiento de unas acotadas obligaciones que el Derecho pone sobre ciertas personas,

²⁹ CREUS, op. cit., págs. 359 y 364.

³⁰ Que el dicho antes que aun en el caso de que los bienes pertenezcan a particulares, el sujeto pasivo sigue siendo la entidad estatal.

³¹ Para el concepto y la caracterización de la noción de empleado público en el Derecho penal, remitimos al lector a nuestro artículo citado en nota 27, págs. 7-11.

³² STRAKTINSBERG, *Strafgesetzbuch. Besonderer Teil*, 2 vols. Stämpfli, Bern, t. I, 5ª ed., 1995, pág. 266.

por la confianza que les concedió el Estado al nombrarlas custodios de sus intereses o actividad pecuniarios. La malversación, en consecuencia, es siempre un delito vinculado a funciones especiales.³³ Esta consideración tiene importancia, dado que el empleado que no tiene la competencia específica sobre los caudales que sustrae o altera, por pertenecer a otra repartición pública, o bien a la misma en que éstos se hallan, mas sin poseer ingerencia administrativa a su respecto, responderá de otros delitos, normalmente un hurto, agravado por el preválimiento de funciones públicas.³⁴ Por excepción, ciertos particulares son llamados a responder de estos títulos delictuosos, cuando se hallen encargados por cualquier concepto de los fondos a que alude el artículo 238. Con todo, como la razón de ser de esta ampliación legal del sujeto activo reside en que tales individuos "han asumido una responsabilidad y se ha depositado en ellos una confianza general"³⁵, resulta que también en este caso estamos ante un delito especial.

Ahora bien, determinar en qué categorías de los delitos especiales se inscriben las distintas modalidades de malversación, y trazar sus consecuencias en el terreno del error, la participación y la correcta calificación procesal del acto, son cuestiones que requieren el estudio previo de los tipos. Adelantemos que, en nuestra opinión, son delitos especiales impropios el peculado y la distracción de fondos,³⁶ aunque sólo en principio, pues hay en ellos ciertas peculiaridades frente a los delitos comunes que impiden

³³ Deherr, *Strafgesetzbuch*, Beck, München und Berlin, 27ª ed., 1965, cfr. págs. 1041.

³⁴ Artículo 12, circunstancia 8ª, del Código. Véase BUNSTIER BUCERÑO, op. cit., págs. 26-27.

³⁵ BUNSTIER BUCERÑO, *idem*, cit., pág. 28.

³⁶ Así, también, CRISOLTA COMARÓN, *La comicidad en los delitos de malversación y fraude*, Separata de la *Revista de Ciencias Penales*, de Santiago de Chile, t. XXXIV, número 1, 1975, cfr. págs. 7-8.

dar por sentado, sin más, "que de no mediar la condición de funcionario, habría un hurto, una estafa o una apropiación indebida"³⁷. En cambio, por falta absoluta de correspondencia con un delito común, deben reputarse como delitos especiales propios la aplicación pública diferente y la denegación de pago o entrega; en éstos, la calidad de funcionario es el exclusivo fundamento de la imputación, de suerte que un particular jamás podría cometer los hechos que le sirven de base.

IV. OJEADA COMPARATIVA

Los sistemas que muestra el panorama comparado se despliegan en dos procedimientos de regulación claramente definidos.

El primero no confiere independencia técnica a estas figuras, a las que sitúa como un supuesto más entre los muchos que atropa el delito de apropiación indebida, y de ello son ejemplo los Códigos alemán³⁸ y suizo³⁹. La ausencia no sorprende, habida cuenta de que la malversación jamás disfrutó de firme arraigo en los países germánicos —de hecho, fue desconocida a la *Constitutio Criminalis Carolina*, centro y eje del Derecho penal común en varios de ellos—. El calco iberoamericano del Código alemán, o sea, el paraguayo, tampoco da autonomía a la malversación.

³⁷ Ropáratez DEVERSA, *Derecho penal español*, Parte especial, Decimotercera edición, revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, Dykinson, Madrid, 1990, pág. 1184.

³⁸ Tras la supresión de los parágrafos 350 y 351, sobre peculados simple y agravado, respectivamente, la "ejecución del hecho por el funcionario es sólo una circunstancia genérica de agravación". MAURKEL, SANKÖPER y MARWALD, *Strafgesetzbuch*, Besondere Teil, 2 vols., Müller, Heidelberg, 8ª ed., t. I, 1995, pág. 363.

³⁹ Artículo 138, 2, que inculcaba una agravación específica cuando el autor obra como miembro de una autoridad o funcionario.

Más apegados a la tradición romanista comparecen los textos español, francés, portugués e italiano, en todos los cuales el delito luce entre los que ofenden la Administración pública. El Código español (artículos 432-435) simplificó y, a la vez, complicó sus tipos: desaparecen la aplicación pública diferente, la denegación, de pago o entrega y la forma culposa del peculado, y en su lugar se exige ahora ánimo de lucro en dos de las tres hipótesis que regula: peculado, distracción de fondos y aplicación privada de bienes públicos—que es, en verdad, un peculado de uso, antes atípico—, además de la antigua malversación impropia cometida por ciertos particulares, que subsiste. Harto más notable es la reducción operada por el Código francés (artículos 432-15 y 16), siguiera los núcleos de la única especie que consulta (peculado, doloso y culposo) incluyen la destrucción, sustracción y apropiación indebida de "*actes, titres, de fondos públicos o privados*"—a diferencia del español, en que los bienes deben ser necesariamente públicos, salvo casos residuales—. El Código portugués reúne en una sola disposición (artículo 375) el peculado de cosas pertenecientes a la Administración o a algún particular, y castiga separadamente (artículo 376) el peculado de uso y la aplicación pública diferente. Algo muy parecido exhibe el texto italiano luego de la reforma de 1990: queda derogada la malversación en perjuicio de particulares (ex artículo 315), entriquetándose a su costa el peculado (artículo 314, donde también se yergue el peculado de uso), se mantiene con sutiles retoques el peculado mediante aprovechamiento de error ajeno, muy característico de la tradición peninsular (artículo 316), y se agrega, como malversación en perjuicio del Estado (artículo 316 bis), un delito que en rigor es un fraude de ciertas subvenciones.

Los sistemas iberoamericanos presentan lacetas que derivan de la vieja legislación de España e Italia, abroquelada, a veces, con especies delictivas de venácula inspiración. El que más semeja al chileno es el Código argentino (artículos 260-264): malversación

(aplicación pública diferente), peculado, doloso, culposo y de trabajos o servicios, demora de pago, negativa de entrega y malversación impropia (o de particulares, de neto sello español). Parecido, también, el Código peruano (artículos 387-392, con las singularidades, nuevamente, del peculado de uso y de agravar las penas cuando los caudales tenían como destino la asistencia social). Más enfocados en el modelo italiano, los Códigos brasileño (artículos 312-313: peculado, doloso y culposo; peculado mediante error ajeno, y aplicación pública diferente) y uruguayo (artículos 153-155, todavía más italianos que el anterior, por la falta del peculado culposo y de la aplicación pública diferente). El esquemático Código boliviano (artículos 142-144) reduce los tipos a dos: peculado, de cosas públicas o privadas (doloso y culposo), y malversación (aplicación pública diferente), al paso que el federal de México se contenta con uno, el peculado⁴⁰. En fin, el Código colombiano (artículos 397-403) considera el peculado, doloso, culposo y de uso, la aplicación oficial diferente y dos supuestos exóticos: la no consignación de sumas retenidas por agente retenedor—delito que alienta más bien contra la recaudación de ciertos tributos debidos al erario— y la destinación de bienes públicos para beneficio de explotadores de metales preciosos.

V. OBSERVACIONES GENERALES DE POLÍTICA CRIMINAL.

El tiempo y la experiencia extranjera han corroborado el tipo de la Comisión Redactora al asimilar ciertos bienes de particulares a los genuinamente públicos como objetos materiales del pecula-

⁴⁰ Artículo 223, que, empero, se entrega al incontestable casuismo que correce este Código. Fiel trasunto de los lados oscuros de la cultura del país, es el caso del peculador que usa fondos públicos para promover su imagen política o social, la de sus superiores o terceros, o para denigrar a otro.

do y de la distracción de fondos. Sin embargo, es urgente dar completa jubilación al mecanicismo de adecuar las penas al importe de lo sustraído, porque provoca estragos sin cuento para el contenido intelectual del dolo—una “lotería penal” análoga a la del hurto y las defraudaciones—, exacerbados por la insensata gravedad de las sanciones, que pueden incluso sobrepasar las del homicidio. Sería aconsejable, también, condensar ambas figuras en una sola disposición, cual se hizo en Italia, como quiera que tienen el mismo esquema rector y para acabar de una vez por todas con la enojosa discusión acerca de sus relaciones y diferencias.

En cambio, el peculado de uso, o *contractatio usus*, esto es, el uso ilícito no dominical, para fines privados, de bienes fiscales, representa una laguna que acaso convenga dejar intacta, pues aunque la picaresca supere a veces los límites de lo tolerable, se exponen los aprovechados a sanciones disciplinarias cuya entidad torna innecesario acudir a la pena. Distinta es la situación del empleo indebido de mano de obra o de servicios pagados por el Estado. De su previsión en otros ordenamientos, y parafraseando a Jiménez Huerta, destaquemos el acierto que implica y lo conveniente que sería adoptar esta figura en nuestra legislación⁴¹.

Ha despertado de antiguo críticas la aplicación pública diferente, a causa de lo común de su ocurrencia en una Administración que, por lo demás, suele proveer los recursos—cuando lo hace—con agilidad de mastodonte, y por divisarse en ella una mera infracción administrativa⁴². Sin embargo, “tampoco puede olvidarse que los presupuestos públicos se hacen en función de la adscripción de determinadas cantidades a determinados servicios y que esta adscripción no puede ser cambiada arbitrariamente por el

⁴¹ *Derecho penal mexicano*, 5 vols. Porrúa, México, 6ª ed., t. V, 2000, cfr. pág. 434.

⁴² Así, LITENHAUER ORMINSTEIN, op. cit. ed. cit., cfr. pág. 244.

funcionario sin razones muy poderosas”⁴³; y, como comprobaremos al ocuparnos de nuestro artículo 236, donde yace el delito, éste permite sancionar una vasta gama de conductas que entorpecen seriamente el impulso administrativo, la gestión objetiva de los medios económicos del Estado y los fines de beneficio social a que responden, todo lo cual recomienda preservar la infracción⁴⁴. En cambio, carece de auténtico merecimiento de pena y debiera ser abrogada la denegación de pago o entrega, “una mera infidencia administrativa”⁴⁵, superflua aun como hipótesis subsidiaria del peculado y de la distracción de fondos, e intolerable si en la actitud del contumaz se quiere “presumir que no tiene en su poder dichas cantidades o dicho objeto i, en consecuencia, que ha cometido el delito de malversación”⁴⁶.

VI. EL PECULADO

1. Generalidades

En la pareja de disposiciones formada por los artículos 233 y 234⁴⁷ vive aún lo que con propiedad ha sido calificado como el

⁴³ MANSOZ CONTRA, *Derecho penal*. Parte especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 8ª ed. 1991, pág. 779.

⁴⁴ Coincidente, BUNSTER BRICEÑO, op. cit., cfr. pág. 115.

⁴⁵ Díaz Palos, en loc. cit., cfr. pág. 823.

⁴⁶ Vena, op. cit., pág. 430; para su crítica, cfr., además, MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GIZMÁN, op. cit. ed. cit., pág. 222.

⁴⁷ Que transcribimos, como los restantes del Código que hacen al asunto, para comodidad del lector: “Artículo 233: *El empleado público que, teniendo a su cargo funciones o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraiga o consintiere que otro los sustraiga, será castigado: 1.º Con prisión menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tribu-*

"núcleo generatriz"⁴⁸ de la moderna malversación, núcleo que encierra la más grave de sus manifestaciones: el peculado —palabra derivada del latín *pecus*, ganado, o *pecore*, ovejas—, que es la denominación milenaria de este delito, siquera en ocasiones recibe también las de apropiación, sustracción o malversación de caudales o efectos públicos.

En efecto, llamóse entre los romanos *depeculatus*, *peculatus publicus*, *furtum publicum pecunie* y, por lo general, *peculatus*, el hurto de cosas muebles pertenecientes al patrimonio del pueblo de Roma, "y se le daba este nombre, porque antes de que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase"⁴⁹. La proximidad original entre *peculatus* y *sacrilegium* —hurto de bienes de los dioses— así como

Continuación nota 47

lucras mensuales. 2. "Con prestidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales". 3. "Con prestidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cincuenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo e inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos". Artículo 234. El empleado público que, por abundancia o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efecte por otra persona la substracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres 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 sustrahidos".

⁴⁸ Díaz Pajón, en loc. cit., pág. 816.

⁴⁹ Mommsen, *Derecho penal romano*. Traducción de Pedro Dorado Montero. Tomis, Bogará, 1976, pág. 412. Con todo, la aparición de la moneda metálica, de hierro, cobre, plata u oro, como sustituto de la vieja unidad de cambio representada por el ganado, se remonta días atrás en el tiempo, al período helénico. Cfr. Zaluski, *Historia de la civilización antigua*. Traducción de Carlos Pereyra Aguilar (Colección Círculo, Nº 47), Madrid, 3ª ed., 1958, págs. 146-147.

la vinculación del primero de estos títulos de imputación al dinero público, o sagrado, dejan sentir su impronta hasta el día de hoy, tanto en lo severo de sus penas⁵⁰ como en la contracción del objeto material a cosas muebles de significación económica, principalmente numerario⁵¹. Y si al principio el peculado no fue un delito de funcionarios —de lo que es todavía testimonio la malversación impropia del artículo 238—, porque el acento reprobatorio se ponía en la índole de la cosa sustrahida, durante el Derecho cesáreo prevaleció el criterio de la fe traicionada por el hechor, es decir, el abuso de su oficio público, con lo cual pasó a segundo plano que la apropiación recayese sobre los caudales del *erarium*⁵² o sobre los de cualquiera otra Administración pública, como ciudades y municipios⁵³.

⁵⁰ En la época medieval era frecuente la imposición del máximo suplicio. Un ejemplo panorámico de la crueldad de su represión al antiguo, en Praxo, *Curso de Derecho penal brasileño*. 4 vols. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, t. IV, 2001, pág. 345.

⁵¹ De hecho, en Roma la sustracción de metales o monedas del Estado y de otras cajas públicas fue la forma más común e importante de la infracción. Mommsen, op. cit., cfr. pág. 472.

⁵² Esto es, el patrimonio del pueblo romano, que era el único sacro.

⁵³ También por esta vía se llega a nuestro artículo 238, cuyo primer inciso dispone que "las disposiciones de este párrafo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia".

Su fuente remota lo vincula a un rescripto de Trajano y Adriano, en el título *Ad legem Juliam peculatus* del Digesto, donde se ordenaba castigar como responsables de peculado a los reseros infieles de las ciudades y los municipios, ampliación requerida para la ulela de sus caudales porque éstos no tenían el tinte sacro del patrimonio del pueblo y de la ciudad de Roma ni, por consiguiente, quedaban incluidos en las disposiciones relativas a ese crimen. La traducción se mantiene en las Partidas y es fundamental para entender el sentido de la presente regla. Véase en ella una ampliación legal del sujeto agente de todas las especies de malversación, basada, ante todo, en la índole de los bienes —"rentas, rentas o efectos"— a cargo del autor, que son públicos, sólo que pertenecientes a ciertos entes menores: el aparato estatal, las municipalidades y los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia. Pero que el "poder agrario" provenga

2. Análisis de los tipos

El Código conoce tres tipos de peculado. El básico está contenido en el artículo 233, y es la forma dolosa del delito. Sobre él se construyen dos especies privilegiadas: el peculado culposo, en el artículo 234, y el peculado como falta, en el artículo 494, número 19°.

a) Sujetos activo y pasivo

En cuanto al primero, interesa reafirmar que no todo funcionario público entra en el selecto grupo de agentes del peculado, sino sólo aquel que tenga a su cargo los caudales o efectos, requisito que, en principio, vale en los mismos términos para las dos figuras —dolosa y culposa— y está en perfecta sintonía con la naturaleza plurifensiva de este grave maleficio. La referencia típica a las circunstancias en cuya virtud el empleado detenta los bienes representa el presupuesto básico del peculado, pues de otra forma es imposible concebirlo⁵⁴. Sobre esta cuestión, empero, los ordenamientos difieren considerablemente. El Código no pide que el funcionario tenga la posesión o disponibilidad de las cosas, como el italiano y los de su esfera de influencia, ni que las haya recibido o tenga en custodia en su carácter oficial, según requería el alemán. Esto aconseja supina circunspección en el manejo de la doctrina

Continuación nota 53

de la calidad de los fondos⁵³, como dice Soulik (*Derecho penal argentino*, 5 vols. Tipo-gráfica Editora Argentina, Buenos Aires, 4° ed., t. V, 1988, pág. 238), debe complementarse con el dato, algo menos antiguo en el decurso de aquella tradición histórica, de la fe unificada por el hecho, quien abusa de la posición privilegiada en que se halla respecto de los objetos puestos a su cargo. Con lo que quisiérase decir que el artículo en palabra alude a simples particulares, no a funcionarios públicos.

⁵⁴ Cfr. Jiménez Huerta, op. cit., pág. 431.

extranjera, máxime considerando el hondo arraigo hispánico del giro "tener a su cargo". La locución implica dos exigencias. Ante todo, que los bienes hayan sido confiados al custodio o a la procura del sujeto agente⁵⁵, lo cual supone que éste tenga un poder sobre ellos, poder que no coincide con la posesión —por lo demás, los funcionarios de que aquí se habla son sólo servidores de la posesión ajena, fiscal o privada, o sea, meros tenedores—, aunque tampoco se restringe a la detentación material, directa y tangible, como la del cajero respecto de los fondos de su caja, "ya que la función de custodia y conservación puede cumplirse de muy diversos modos, según la naturaleza del servicio"⁵⁶.

Pero cargo significa, también, dignidad, empleo, oficio. Dos rumbos interpretativos se abren en esta enunciada. El criterio laxo considera que basta con que el inversador tenga los bienes "con ocasión de" o "en consideración a" su investidura oficial, de lo cual infiere que la competencia específica del funcionario no es un requisito del tipo⁵⁷. Tesis, sin embargo, que, *de lege lata*, desnaturaliza el sentido del delito y anula la *ratio* de su gravedad, es decir, la confianza funcional que la Administración cifró en el empleado y que él traiciona. Por lo mismo, toda la doctrina chilena participa del criterio restringido, al tenor del cual el sujeto debe tener las cosas "preci-

⁵³ "Función específica de custodia", reza una sentencia de la Corte Suprema. Cfr. *Gaceta Jurídica* número 98, pág. 63.

⁵⁶ Suárez Mosquera, en loc. cit., pág. 842. Así, se ha fallado que los funcionarios de la ex Sindicatura Nacional de Quebradas que invirtieron en el mercado de capitales fondos provenientes de bancarronas administradas por dicha entidad, cometen peculado. Véase *Gaceta Jurídica* número 169, pág. 113.

⁵⁷ Opinión prevaleciente en Alemania, cuyos penalistas y jurisprudencia argüían que la entrega hecha al funcionario por un tercero que lo creyó erróneamente facultado para recibir la cosa, era suficiente fundamento de la malversación, salvo los casos en que ambos conocían la incompetencia del empleado o la entrega se hizo por la confianza personal que, como funcionario, mereció éste a aquel. Cfr. Maurkaci, op. cit., pág. 724; Wlazul, op. cit., pág. 554, y Frank, op. cit., pág. 724.

samente en razón de sus funciones⁵⁸, de modo que no son suficientemente una relación adventicia, ocasional y mucho menos un vínculo ilegal o antirreglamentariamente establecidos sobre ellas⁵⁹. Al contratarse, su tenencia ha de cimentarse en las funciones propias del cargo del empleado, o dicho de otra manera, tiene que ser lícita. Su base podrá ser la ley, el reglamento, la resolución e incluso la costumbre administrativos⁶⁰. Por ende, el empleado incompetente, el usurpador o el que por cualquier motivo extraño a sus atribuciones haya entrado en contacto con los bienes que sustrajo, responderá de los delitos comunes que se configuren en el hecho, en general, un hurto agravado por la circunstancia 8ª del artículo 12.

Ahora bien, este presupuesto de la tenencia por razón del cargo, que es un claro elemento normativo-jurídico del tipo, lleva el requisito adicional de haberse recibido las cosas "en depósito, consignación o secuestro", frase que incorporó la Comisión Redactora con motivo de la inclusión de los caudales de particulares juntamente

⁵⁸ BUNSTER BRICENO, op. cit., pág. 25; en la jurisprudencia, los fallos de la Corte Suprema de 13 de abril de 1999 y 25 de julio de 1989. Cfr. *Fallos del Mes* números 486, pág. 761, y 368, pág. 404, respectivamente.

⁵⁹ Cfr. ЕРГЕНШЕРЕР ОРТУНСТРАУ, op. cit., vol. et ed. cit., pág. 239; LANATIT GUZMÁN, op. cit., vol. et ed. cit., pág. 79, y MARTIS ACUÑA Y RAMÍREZ GUZMÁN, op. cit., vol. et ed. cit., pág. 208-209.

⁶⁰ Cuando la Corte Suprema, en su fallo de 18 de diciembre de 1996, *García Jurisdica* número 199, pág. 89, expresa ser inveterada jurisprudencia del máximo tribunal que "en el artículo 233 del Código penal ni precepto legal alguno" exigen que la custodia requerida por esa disposición derive "de un precepto expreso de la ley o reglamento", hay que entender que, por lo menos, ha mediado una orden o instrucción legítimas del superior—pues una simple resolución no puede generar en el subordinado competencias que le nieguen las normas generales, reserva hecha en una subrogación o interinato permitidos, según se lee en otro fallo de la misma Corte, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LXXXVI, N° 2, 41—, o bien la costumbre. "Lo cual puede ocurrir cuando la práctica administrativa, ante el vacío reglamentario, otorga funciones de administración, percepción o custodia a funcionarios cuya particular competencia no los comprende". *Citas*, op. cit., pág. 330.

te a los públicos, pero que quedó redactada, por un desliz en la puntuación del primer párrafo del artículo 233, en términos que abarcan unos y otros. No obstante, la doctrina y la uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema subrayan que esas expresiones no están aplicadas en el sentido que les da el Código civil en sus artículos 2211, 1599 y 2249, sino en el natural y obvio de ellas según su uso común, y comprenden, pues, todas las funciones posibles de un tenedor oficial de bienes públicos o de particulares: "perceibir, recaudar, cobrar, custodiar, conservar, administrar e invertir bienes"⁶¹, corolario avalado por la inteligencia sistemática de los artículos 233 y 235, ya que este último se refiere, genéricamente, a los caudales "puestos a cargo" del agente, que es, en definitiva, lo esencial para entrambas disposiciones. Como sea, cuando el obrar del peculador incide en bienes de particulares, éstos han de haber sido confiados a la Administración en virtud de una entrega obligatoria, impuesta por el Derecho, porque de otra forma—como sucedería en un depósito hecho a título puramente voluntario—no estarían a cargo del empleado, aunque su gestión no persiga finalidades de beneficio social⁶². Pero también en estos casos el único sujeto pasivo es el Estado, no el particular, conforme indicamos páginas atrás.

b) Objeto material

Son caudales o efectos públicos o de particulares. La voz caudales atañe a toda clase de bienes provistos de significación pecuniaria, es decir, que tengan un valor económico. La ausencia de signi-

⁶¹ Cfr. BUNSTER BRICENO, op. cit., pág. 52, quien examina detenidamente el problema; además, LANATIT GUZMÁN, op. cit., vol. et ed. cit., pág. 80, MARTIS ACUÑA Y RAMÍREZ GUZMÁN, op. cit., vol. et ed. cit., pág. 208, y ЕРГЕНШЕРЕР ОРТУНСТРАУ, op. cit., vol. et ed. cit., págs. 238-239.

⁶² BUNSTER BRICENO, op. cit., cfr. pág. 39, menciona como ejemplo la fianza en dinero pagada por el preso para obtener su libertad provisional.

ficado patrimonial o que el objeto posea uno tan exiguo que pueda reputarse como carente de valor, quedan fuera del tipo de injusto: *de minimis non curat praetor*⁶³. Pero debe tratarse de objetos corporales muebles, pues no es factible sustraer bienes raíces ni meros derechos⁶⁴. La exclusión de los inmuebles, sin embargo, no reduce el término caudales al dinero⁶⁵. Y como "ha de tratarse de muebles, ya lo sean por su propia naturaleza, ya por haber sido movilizadas"⁶⁶, que, además, deben ser sustraídos, entonces son ajenos al tipo la mano de obra y los servicios pagados con fondos del fisco⁶⁷.

⁶³ Véase CRESPI, STALLA y ZUCCALA, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 4ª ed., 1996, pág. 314. Pueden tenerlo los objetos decomisados, siendo, por lo demás, público el destino del producto de su subasta, conforme al artículo 60, más no aquellos a que sólo aguarda ser destruidos tras su incautación, como la moneda falsa o los estupefacientes, ni el desvenajado mueble o la máquina inservible dados de baja que permanecen arrematados en alguna bodega.

⁶⁴ Una extensiva interpretación reciente en España hace aplicable la expresión a los inmuebles. Así, POZANO NAVARRETA, en *Curso de Derecho penal español*, Parte especial, Obra dirigida por Manuel Cobo del Rosal, 2 vols. Pons, Madrid, t. II, 1997, cfr. págs. 405. En contra de este entendimiento, RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDÓN WINNIK, op. cit., cfr. págs. 376.

⁶⁵ Como equivocadamente piensan OTERO BARRALDINO (en *Derecho penal*, Parte especial, Obra coordinada por Tomás Salvador Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 1990, cfr. pág. 487), en España, y, en parte, EMBAYUR GUESA, op., vol. I, ed. cit., cfr. págs. 79, en Chile. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 3 de octubre de 1997 (*Gaceta Jurídica* número 208, pág. 162), basándose en la peregrina consideración de que caudales "implica indiscutiblemente la idea de dinero o documentos representativos de lo mismo", concluye que resmas, de papel, discos informáticos, cintas para máquinas de escribir, etc., serían objetos indóminos. En cambio, muy acertada, la Corte Suprema, en fallo de 17 de agosto de 1988 (*Gaceta Jurídica* número 98, pág. 63), que ratifica la aplicación del artículo 234 al cumplido que dio ocasión a que fuese sustraído el largo que debía custodiar:

⁶⁶ SUÁREZ MONTES, en loc. cit., pág. 834.

⁶⁷ Respecto del diverso problema de las energías, v. g., la eléctrica, cfr. PARAYO, op. cit. ed. cit., pág. 55. A su vez, las comunicaciones telefónicas que a título privado haga el funcionario cargándolas al Estado, sólo cuentan a efectos disciplinarios, pues el impulso que las transmite no representa jurídicamente una energía, sino un servicio.

Por efectos se entiende "todos los documentos que son susceptibles de estimación pecuniaria y que signifiquen un valor negociable"⁶⁸.

Ahora bien, el carácter público de los caudales o efectos viene determinado, ante todo, por su pertenencia a la Administración, en el más amplio sentido de ésta—salvo los municipios y establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, para la tutela de cuyos caudales existe el artículo 238, ese torso de las disposiciones sobre la malversación—. En principio, no es indispensable la incorporación formal (contable, o física, previa facción de inventario) al erario para que los bienes integren el patrimonio público; necesario y suficiente es que estén jurídicamente destinados a ingresar a él⁶⁹ y queden a cargo del funcionario competente para recibirlos o, en su caso, custodiarlos. Por lo mismo, el funcionario que forma una "caja negra" con dineros que percibe para el fisco, pero no ingresa a la pública que gestiona, comete delito⁷⁰. A su turno, la también factible sustracción de los muebles, equipos, etc., de que esté guardado su despacho, requiere que hayan sido inventariados, porquede otra forma no estarían bajo la responsabilidad del peculador⁷¹.

Sólo cuando los objetos pertenecen a particulares resulta superfluo que el Derecho les acuerde o no un destino público, bastando con que posean un propietario. En cambio, la calidad pública de un bien viene determinada por su adscripción a satisfacer necesidades colectivas, no por el mero hecho de estar a cargo de un funcionario, de donde resulta que si el Estado invierte sus recursos en

⁶⁸ BUNSTRA BARRALDINO, op. cit., pág. 37. O sea, letras de cambio, cheques, pagarés, valores mobiliarios y títulos de crédito en general.

⁶⁹ Opinión dominante en España. Cfr. RODRÍGUEZ DE VESA, op. cit. ed. cit., pág. 1182, quien la inauguró; SUÁREZ MONTES, en loc. cit., pág. 835, y DÍAZ PAROS, en loc. cit., pág. 818. Para Chile, véase ERCHOLIZERA ORTUNOSTRAN, op., vol. I, ed. cit., pág. 239.

⁷⁰ MAURACH, op. cit. ed. cit., cfr. pág. 724.

⁷¹ En cambio, CARRERA, op., vol. I, ed. cit., cfr. pág. 16, pensaba que su sustracción sería un simple hurto, ya que el funcionario no administraría tales objetos.

actividades financieras de carácter privado, por ejemplo, a través un banco mercantil, los expone a los riesgos propios de cualquier negocio, motivo por el cual, aunque le penenezcan, carecen del signo público exigido por el *peculado*, siendo absurdo y contraproducente que la entidad estatal goce de las ventajas de la libre actividad comercial y, al mismo tiempo, de las garantías inherentes a la autoridad⁷².

c) Actividades típicas

Aquí es preciso separar las formas dolosa y culposa del delito. En la primera, las actividades típicas alternativas son sustraer o consentir que otro sustraiga. Casi no hay autores que interpreten el verbo sustraer cual un elemento descriptivo del tipo, por lo inexpressivo de su sentido gramatical de apartar o extraer y, en definitiva, quitar⁷³. Concebirlo como la remoción de la cosa de la esfera de custodia en que se hallaba, le concede una parte del acento normativo que reclama; pero la simple *amortio* o desplazamiento, aun seguida de la incorporación del objeto a la esfera de custodia del agente, que alguno de los secuaces de este temperamento añade expresamente⁷⁴, no se compagina con el presupuesto básico

de la infracción, pues mal puede desapoderar quien precisamente tiene los caudales en su poder—aunque, por cierto, siempre en nombre de y para el Estado—. Por ende, es preferible dar a la expresión el pleno sentido normativo jurídico de una apropiación. Substraer el empleado que realiza o puede ya realizar sobre la cosa actos que sólo hubiera podido ejecutar su propietario, actos, pues, “incompatibles con el título que justifica su tenencia”⁷⁵ y reveladores de una *interversio possessionis*, sea consumiéndola, donándola, enajenándola, invirtiéndola, especificándola, etc., con tal que el desplazamiento patrimonial esté logrado, ni más ni menos que en el hurto y la apropiación indebida. Una vez que el funcionario haya adquirido el poder fáctico de disponer materialmente de la cosa como si fuese su dueño, la sustracción está consumada y, con ella, el *peculado*⁷⁶.

Los medios de ejecución son indiferentes, porque la descripción legal no los vincula: “desde el empleo de la asmeia al de la fuerza, pasando por la manipulación documental y el engaño, todos los medios pueden ser adecuados para desviar los caudales de su destino público al privado del funcionario”⁷⁷, y esta circunstancia es fontana de múltiples concursos, de los que discurrirnos más adelante⁷⁸.

⁷² ANTONISEI, op., vol. et ed. cit., pág. 771.

⁷³ Éste es, también, el criterio dominante en España. Cfr., por todos, RODRÍGUEZ DEVERSAN, op. et ed. cit., pág. 1, 184. También en Chile se ha sostenido lo mismo. “Substraer significa apropiarse”, dice LABATUT GRANA, op., vol. et ed. cit., pág. 80; y véase la sentencia de la Corte Suprema de 6 de diciembre de 1985, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, I, LXXXII, número 3, págs. 260 y ss.

⁷⁴ DÍAZ PAVOS, en loc. cit., pág. 821.

⁷⁵ Con particular cuidado hay que examinar el engaño: así el tesorero público que, en el conocido ejemplo de CARRERA, op., vol. et ed. cit., cfr. pág. 26, para favorecer a un amigo que adeudaba sumas al fisco, le extiende un recibo sin haberlas percibido, no responde de malversación, pues jamás tuvo en su poder el dinero, sino del fraude del artículo 239.

⁷² Según la llamada “teoría del riesgo”. Cfr. SOTER, op., vol. et ed. cit., págs. 225-226. Y FOSTER BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, I, VII, 1980, págs. 312-313. Por la opuesta “teoría de la pertenencia” se pronuncia CRUS, op. cit., cfr. págs. 315-316, aunque reconoce que sólo son bienes públicos aquellos de que el Estado puede disponer para afectarlos a fines colectivos. De más está decir que los caudales de empresas del Estado tienen índole pública, y su sustracción por el funcionario que los tenga a cargo, el obscuro *juventus* del *peculado*. Véase la sentencia de la Corte Suprema de 17 de abril de 1997, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, I, XCIV, número 1, pág. 83.

⁷³ Así, sin embargo, CAJAS, op. cit., cfr. pág. 326.

⁷⁴ Substraer, sentencia BRONSTER BRONSON, op. cit., págs. 63-64, “es la traslación de la cosa, por un acto material de apoderamiento, de la custodia que sobre ella ejercía persona distinta del autor del delito, a la tenencia efectiva de éste”.

La expuesta es la forma comisiva del peculado. Por su parte, consentir que otro substraiga representa la comisión por omisión, en la que el funcionario, colocado por su cargo y responsabilidad en inquestionable posición de garante de los intereses económicos de la Administración, recibe un castigo "no por lo que hizo, sino por lo que ha dejado de hacer: impedir la substracción de los caudales"⁷⁹. En consecuencia, no estamos ante un caso de la denominada autoría mediata con agente doloso ni una situación de participación en delito ajeno (el del particular que substrae) elevada a tipo independiente—porque el *extraneus* bien pudiera no cometer un hurto, y *gr.*, si obró sin ánimo de lucro, por tener créditos pendientes contra el fisco y buscar sólo hacerse pago con las cosas, o sin ánimo de apropiación, para darles un uso fugaz—; antes bien, desde la óptica de la tutela de los medios pecuniarios confiados al empleado, tan grave es que éste los substraiga por sí mismo como que deje que un tercero, acaso miembro de la propia Administración, se los quite. Carrece de importancia que entre uno y otro exista un *pactum sceleris* o que el particular gane terreno de la simple complacencia del empleado infiel; y visto que lo crucial es la acción esperada que éste omite, es también irrelevante que la omisión vaya o no acompañada de acciones que favorezcan la substracción: también el que abre la caja fuerte a otro, le facilita las llaves, proporciona una clave secreta para girar fondos, etc., malversa por omisión⁸⁰.

En lo que toca a la modalidad culposa la actividad es una sola: dar ocasión a que otro substraiga. Por de pronto, obsérvese que esta vez el círculo de posibles sujetos activos se ensancha: tanto pueden serlo el empleado que tiene los fondos a su cargo como el

⁷⁹ SUÁREZ MONTES, en loc. cit., pág. 850.

⁸⁰ Cfr. SUÁREZ MONTES, en loc. cit., pág. 847; BONSIBER BUSTOS, op. cit., pág. 54; ENCHUIRREY ORRISTEIGUI, op., vol. et ed. cit., pág. 239.

superior suyo que ha de vigilar y controlar su actividad⁸¹. Ambos incurrir en una simple omisión—no ya comisión por omisión, como en el caso anterior⁸²— asociada al incumplimiento de sus deberes de custodia, conservación, vigilancia, etc., que brinda a un tercero la ocasión para substraer los bienes⁸³. Con todo, el nexa causal que anuda la omisión con su resultado tiene que ser jurídicamente relevante, por lo que es imperioso que la substracción sea la consecuencia en que cobró forma precisa el grave abandono o la negligencia del empleado.

d) Resultado

Éste se verifica con la apropiación por el empleado que substraer, o con la substracción—mero desapoderamiento—por el tercero, facilitada por la pasividad dolosa o el descuido del funcionario. Privada por tales vías la Administración de la disponibilidad de los caudales o efectos, ulteriores perjuicios para el ente público cuentan sólo para fines extrapenales (disciplinarios y civiles, principalmente); por lo mismo, es indiferente que el autor haya prestado al asumir el cargo una caución, o que ésta sea superior a las especies malversadas⁸⁴. Tampoco cancela el resultado delictuoso que la Administración pudiera haber obtenido un beneficio económico,

⁸¹ Cfr. VERA, op. cit., pág. 427, y SUÁREZ MONTES, en loc. cit., pág. 855. En contra, RODRÍGUEZ DEVEZAN, op. et ed. cit., cfr. pág. 1185, y LANARUT GUERRA, op., vol. et ed. cit., cfr. pág. 80, en cuyo sentir la remisión que hace el artículo 234 al 233 revelaría que los caudales deben estar a cargo del sujeto activo.

⁸² Por lo demás, el que comentamos es un característico delito de *omisión*.

⁸³ La substracción vale aquí como *omisión*, no siendo necesaria la apropiación. Cfr. RODRÍGUEZ DEVEZAN, op. et ed. cit., pág. 1185.

⁸⁴ Cfr. AMORAL, op., vol. et ed. cit., pág. 774. De los seguros, fianzas y otras garantías que deben constituir los empleados que sean tenedores de fondos estatales, trata el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contaduría General de la República, modificado por la ley número 19.817, de 26 de julio de 2002.

o que el agente reportase de la cosa un lucro⁸⁵. Sobre todo, el eventual reintegro de los objetos o sumas malversados deja incólume la adecuación típica y la responsabilidad del malhechor⁸⁶. “Este reintegro, en cambio, constituye la circunstancia atenuante de responsabilidad del artículo 11 N° 7, si es que el tribunal estima que [el reo] ha procurado con celo reparar el mal causado”⁸⁷. Confirma lo anterior la cláusula final del artículo 234, si bien entendemos que, satisfecha por el tercero la obligación civil de devolver la cantidad o los efectos que sustrajo merced a la torpeza del habieca, cesa la correlativa obligación del funcionario, porque de lo contrario el Estado sería pagado dos veces⁸⁸. Volvremos sobre el espinoso problema del reintegro, *infra*, al tratar de la distracción de fondos.

3. Situaciones de justificación

La índole del peculado y los intereses supraindividuales que pulsán en su bien jurídico, dejan a las causas de justificación un

⁸⁵ A propósito de lo cual interesa destacar que el *animus rem sibi habendi*—elemento subjetivo de la injusto— es una exigencia implícita del tipo, pero sólo en la modalidad dolosa de sustracción. Cfr. FERREZARANDA, op. cit. vol. cit., pág. 218; LABAYRU GUENA, op. cit., vol. cit., pág. 80; BUNSTER BERCESKO, op. cit., pág. 65, y toda la doctrina española. No lo es, en cambio, para ninguna de las actividades típicas del artículo 233, el ánimo de lucro, otra sensible diferencia entre la malversación y los que se perfilan como sedicentes delitos comunes (hurto y apropiación indebida), que trae aparejadas severas repercusiones en la eventual participación de *extranei*, según veremos más adelante.

⁸⁶ Cfr. CRISTÓ, STRALVA Y ZECCHATA, op. cit. ed. cit., pág. 804; SUAREZ MONTES, en loc. cit., pág. 854; y DÍAZ PALOS, en loc. cit., pág. 822.

⁸⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXII, número 2, pág. 65 (sentencia de la Corte Suprema); además, cfr. los fallos del supremo tribunal en 13 de mayo de 1991, *Fallos del Mes* número 486, pág. 762, y de la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre (verda en 12 de junio de 1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXX XI, pág. 170).

⁸⁸ Un enriquecimiento sin causa, como indica ROUKORUZ DEVERSA, op. cit. ed. cit., cfr. pág. 1186.

margen de validez menos dilatado que en el hurto y la apropiación indebida. De suerte que el consunción del dueño—cuando éste sea un particular—de los caudales no tiene efecto justificante, pues siempre queda en pie el quebrantamiento de los deberes oficiales de custodia⁸⁹; tampoco, el otorgado por el superior para que el subordinado disponga de los fondos públicos a su cargo y pueda así satisfacer sus necesidades particulares, ya que el superior carece de la facultad para conceder semejante autorización⁹⁰.

Pero como “boy se acostumbra asignar sueldos elevados a los altos funcionarios, mientras se trata de economizar dando a los empleados inferiores unos estipendios que no bastan para el alimento cotidiano de su familia”, es perfectamente posible que se configuren un estado de necesidad—cumplido que sea el requisito de no haber otro medio practicable y menos perjudicial que la sustracción—, una eximente incompleta o una franca situación de incapabilidad suprallegal, por no exigibilidad de otra conducta, en los infelices “que han provisto con dinero público las necesidades de la miseria a que inconsultamente los arrojó la avaricia del gobierno”⁹¹.

Digna de atención, en este sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena que en 1980 desestimó el estado de necesidad alegado por el acusado, individuo que percibía un modesto salario con que debía mantener a una familia numerosa, sólo porque él aplicó los caudales malversados a la adquisición de bienes que el fallo consideró como sumuarios⁹².

⁸⁹ MAURACH, op. cit. ed. cit., cfr. pág. 725.

⁹⁰ Esfz, en SCHMOKA Y SCHROEDER, *Stroffgesetzbuch. Kommentar*, Beck, München, 23ª ed., 1997, cfr. pág. 1747.

⁹¹ CARRERA, op. cit. vol. cit., pág. 46.

⁹² Cfr. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXVII, número 1, pág. 58.

4. La culpabilidad y el error

El empleado que substraer debe proceder con dolo directo, inevitable corolario del ánimo de apropiación; y como en la forma omissiva prevista por el artículo 233 es otro el que tiene en sus manos la progresión activa de los acontecimientos, puede darse el dolo eventual en el funcionario que permite la substracción. El abandono o la negligencia inexcusables representarían las únicas fuentes de culpa admitidas por el artículo 234. Y puede sintetizarse en la idea de imprudencia temeraria⁹³, es decir, el olvido o la desatención de las más elementales normas de prudencia y cuidado, "que no admiten disculpa ni justificación" y rayanos, pues, con el dolo⁹⁴, hubiese o no en el empleado la cognición del resultado que sobrevendría, "pues la inexcusabilidad no es privativa de la culpa con previsión"⁹⁵.

El agente debe tener plena conciencia de todos y cada uno de los numerosos elementos normativos presentes en el artículo 233. Por de contado que basta un conocimiento profano del significado de los hechos, aquel que el lego posee respecto de la realidad en que está inserto y opera⁹⁶, siempre y cuando esa representación marche en la misma dirección que la trazada por el Derecho al estampar los conceptos respectivos. La representación falaz de la condición de funcionario es un error de tipo, maguer no sea en absoluto necesario que el hecho conozca los presupuestos forma-

⁹³ Del mismo oríen, SÁNCHEZ OCEÑA, en *Código penal comentado*. Obra coordinada por Jacobo López Barja de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos. Akal, Madrid, 1990, cfr. pág. 729.

⁹⁴ LABARTUT GURVA, op., vol. et ed. cit., pág. 81; además, cfr. Dea, Rfo, op. et vol. cit., pág. 188, y *Gaceta Jurídica* número 98, pág. 63 (falto de la Corte Suprema).

⁹⁵ SÁNCHEZ MONTES, en loc. cit., pág. 850.

⁹⁶ SIKKANDARAJA, *Peculato*, en *Enciclopedia del Derecho*, cit., t. XXXII, 1982, cfr. págs. (354 y ss.) 644.

les de su nombramiento y empleo⁹⁷. También la ignorancia o la representación falsa acerca de los deberes derivados del puesto, especialmente los que hacen a la custodia y conservación del objeto material, funcionan como un error de tipo⁹⁸; al revés, la suposición errónea de deberes jurídicos inexistentes determina un delito imaginario, impone en el caso de la comisión por omisión —mas la acción de substraer emprendida en esas circunstancias puede constituir un hurto—. Un error *in oggetto* irrelevante se dará siempre dentro de los que menciona la figura legal ("caudales a cargo" del funcionario, no otros). Incurre en errores indirectos de prohibición el inferior que cree facultado al superior o al particular que le autorizan para substraer los bienes, imagina lícita la acción de comensar, con la apropiación, un crédito que el ostenta frente al servicio, o considera que la costumbre —difusa y pemiciosísima— de apoderarse de papeles y otros utensilios de oficina para darlos consigo es un hurto (salvo su conducta (salvo los casos de insignificancia, naturalmente). Dado el carácter de las actividades típicas es harto trabajosa la posibilidad del error directo de prohibición⁹⁹.

5. Accidentes del delito

a) "Ier criminis"

Cuando, de acuerdo con la naturaleza o ubicación del objeto material, el funcionario deba desplegar una actividad fraccionable para lograr la apropiación, es posible la tentativa¹⁰⁰, pero obsérve-

⁹⁷ MATRACHA, op. et ed. cit., cfr. pág. 702.

⁹⁸ En su op. et ed. cit., piensa WICZKA que se trataría de un error de prohibición.

⁹⁹ "Conciencia denegada viva" de la antigüedad, afirma BUNSTRA BERGONO, op. cit., pág. 64.

¹⁰⁰ Cfr., por todos, CURSIA, en *Comentario contributivo de Código penal*. Parte especial. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. 3 vols. Coimbra Editora, Coimbra, t. III, 2001, pág. 701.

se que un *iter* prolongado no es requisito del delito imperfecto¹⁰¹. La tentativa puede presentarse, también, en la acción de substraer que el empleado no evita; pero el mero consentir, aun expreso, es un acto preparatorio impune, mientras no tome inicio la actividad del tercero. En cambio, la naturaleza culposa y omisiva de la infracción contenida en el artículo 234 es incompatible con la tentativa¹⁰².

b) Autoría y participación

El estudio de este aspecto a propósito de la figura del artículo 233 demanda dos precisiones previas. Ante todo, que parece arriesgado afirmar que el delito allí descrito es, según sostiene Grisolia Corbatón, "sin discusión posible" un delito especial impropio¹⁰³, ya que lo diferencian de aquellos que comparecen como delitos comunes algunos elementos (entre otros, la posibilidad de la comisión por omisión y lo innecesario del ánimo de lucro, estando aquélla excluida y siendo éste fundamental en el hurto y la apropiación indebida) cuya entidad relativiza la distinción que suele hacerse en la doctrina para resolver los problemas de la codificación en los *delicta propria*, a saber: participación del extraño cuentea en los delitos cometidos por el sujeto cualificado y, a la inversa, participación de este último en la substracción cometida por el primero. Esas mismas diferencias obligan a examinar con reduplicado esmero las consecuencias de una eventual ruptura del título de imputación para los frecuentes casos de intervención plural de fun-

¹⁰¹ Por ejemplo, la carta o caja abiertas por el empleado para apropiarse de su contenido MAURACI, op. cit., págs. 725.

¹⁰² La niegan para todas las formas de peculado MARTÍN ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, op. cit., págs. 210, por estimar que el delito es uno omisivo, que se perfecciona al no reintegrar el sujeto los caudales substraídos.

¹⁰³ Op. cit., págs. 7.

cionarios y particulares en una substracción de caudales públicos. De ahí que nos atengamos al binomio tradicional autoría-participación en sentido estricto, al plantear y resolver aquellos accidentes en el delito que nos ocupa.

Pues bien, la autoría está reservada al funcionario que tenga a su cargo el objeto de la substracción; los demás individuos, incluso el empleado desprovisto de una relación funcional de custodia respecto de los caudales, no pueden perpetrar este delito¹⁰⁴. Además de la autoría directa, son concebibles la coautoría—que tuviera la custodia compartida de los caudales, exista o no entre los agentes subordinación jerárquica¹⁰⁵—y la autoría mediata, sea que el hombre de atrás obré a través de un sujeto cualificado o de un simple particular, pero siempre que "la conducta del instrumento forzado no sea dolosa"¹⁰⁶. Por su parte, el *extraneus* que substraer o interviene como coautor en la substracción realizada por el funcionario, respondería por el delito patrimonial común¹⁰⁷, con tal que estén presentes sus elementos específicos, pues de lo contrario, por ejemplo, si faltan el *animus lucrandi* o el *rem sibi habendi* en la acción, "el resultado en este caso es la impunidad para el extraño"¹⁰⁸. Verificados tales requisitos, el tipo aplicable al no cualificado es el del hurto.

¹⁰⁴ Cfr. BUNSTRA BRICEÑO, op. cit., págs. 33.

¹⁰⁵ Cfr. BUNSTRA BRICEÑO, op. cit., págs. 32; CUNHA, en op. cit. vol. cit., págs. 701; MAURACI, op. cit. cit., págs. 724; GRISOLIA CORBATÓN, op. cit., págs. 14, y, en la jurisprudencia, que también acoge esta posibilidad, la sentencia de la Corte Suprema de 23 de junio de 1994, en *Gaceta Jurídica* número 162, págs. 91.

¹⁰⁶ GRISOLIA CORBATÓN, op. cit., págs. 12. Si hay dolo, autor e *induciar* responderán de hurto.

¹⁰⁷ Se rompe, pues, la unidad del título de imputación. Cfr. BUNSTRA BRICEÑO, op. cit., págs. 33-34; GRISOLIA CORBATÓN, op. cit., págs. 15-19; STRÁZEV MONTEZ, en loc. cit., págs. 872, y la generalidad de la doctrina.

¹⁰⁸ DÍAZ PALOS, en loc. cit., págs. 819.

En la participación en sentido estricto gobierna la regla de la incommunicabilidad. Ésta es de antiguo la *communis opinio auctororum* en Chile¹⁰⁹, si bien trabajosamente, a ténas y sólo en los últimos años ha ido imponiéndose, asimismo, en la jurisprudencia¹¹⁰. Por consiguiente, cómplices, instigadores y encubridores de la subtracción cometida o consentida por el empleado deben reunir la condición de funcionarios para ser partícipes de peculado —basta con esto, porque de exigirse en ellos que tengan los bienes a su cargo serían autores—; en cambio, el *extraneus* partícipe debe responder por el delito común, que, en nuestro sentir, será siempre la apropiación indebida¹¹¹, supuesto que en la actividad del autor principal estén presentes los requisitos del artículo 470, número 1º. Ahora, la opuesta situación del *intraneus* que participa en el delito común realizado por el particular, no altera su responsabilidad como autor de peculado, puesto que “*cualquiera* forma de intervención del funcionario como instigador, coejecutor o mero cooperador del extraño” lleva consigo, “fatalmente y por fuerza de definición, la prestación del consentimiento para que la apropiación [...] se perpetre”¹¹², o sea, que cometa el delito del artículo

¹⁰⁹ Robustiano Vera, op. cit., pág. 425, anotó: “si hai particulares mezclados en este delito, ellos no serán penados por este artículo, porque no son empleados”.

¹¹⁰ Cfr., por todos, GRISSOLA CORRAÓN, op. cit., págs. 19 y ss., con cita de los fallos de los años 60-70 en págs. 42-45. Para los más recientes, véanse las sentencias de la Corte Suprema, en 23 de junio de 1994 (*Gaceta Jurídica* número 168, pág. 89), y del tribunal de apelación de Talca, en 6 de octubre de 1983 (*Gaceta Jurídica* número 42, pág. 90). Los argumentos más socorridos son el inciso primero del artículo 64, que sería aplicable porque la voz “*circunstancias*”, aplicada allí, abarcaría tanto a los auténticos *accidentalia delicta* como a sus elementos típicos (tal en este caso la calidad de empleado público), y que los principios reñantes en materia de participación, o sea, la unidad y la accesoriidad, deben entenderse referidos al hecho común, no a su adecuación típica.

¹¹¹ Aunque sobre ello no hay en absoluto uniformidad en la jurisprudencia, que menciona como delitos comunes la apropiación indebida, estafa, el hurto, la falsificación de documentos, etc., en total anarquía.

¹¹² GRISSOLA CORRAÓN, op. cit., pág. 39.

233 por omisión; esto, reserva hecha del encubrimiento, que es una actividad posterior, en cuyo caso el empleado responderá como encubridor de hurto.

Ninguno de estos principios es aplicable al artículo 234, vista la incompatibilidad de la culpa con la codeinfluencia.

c) *Concursos de leyes y de delitos*

Quedó dicho páginas atrás que el tipo no vincula los medios de ejecución, de lo que dimanarían múltiples concursos, de leyes y de delitos.

Grávidos en consecuenecias se ofrecen el engaño y las falsedades, ora como medios para perpetrar o facilitar la substracción, ora como expedientes para ocultar la ya consumada. En cuanto al engaño, no hay concurso aparente de leyes ni de delitos entre el peculado, por una parte, y el fraude al fisco (artículo 239) y las diversas especies de estafa, por otra, sino, antes bien, una relación de exclusión. Escribe con verdad Frank¹¹³ que el vínculo entre peculado y estafa se plantea en los mismos términos que en la pareja estafa-apropiación indebida, por lo cual si el funcionario, que no tiene los caudales a su cargo, se sirve de un artificio para entrar en posesión de ellos, comete estafa, no peculado, y “la apropiación sucesiva es un hecho posterior impune”¹¹⁴, viceversa, hay peculado, y no estafa, cuando el ardid sea utilizado para ocultar la apropiación¹¹⁵. Se excluyen recíprocamente, también, los artículos 233 y 239, porque en el último delito el empleado no tiene los caudales a su cargo y se limita a defraudar al ente público “*en las operaciones en que*

¹¹³ Op. cit. ed. cit., cfr. pág. 725.

¹¹⁴ WELZEL, op. cit. ed. cit., pág. 555; asimismo, DERRIER, op. cit. ed. cit., cfr. pág. 1080.

¹¹⁵ Cfr. GRISPEL, STELLA y ZUCCALA, op. cit. ed. cit., pág. 811.

intervenire por razón de su cargo". esto es, carece de los atributos necesarios para ser sujeto activo del peculado¹¹⁶, de darse ambos supuestos típicos, es decir, si el empleado tiene la custodia de bienes que, además, él debe invertir en alguna operación por sus funciones administrativas, y emplea un medio fraudulento para substraerlos, hay un concurso aparente de leyes por subsidiaridad facia 117.

Habitual es que la anchurosa puerta de la infidelidad seduzca a los malversadores con el empleo de falsedades para conservar su fama de honestos, sea alterando o suprimiendo libros o cuentas, inventando registros, asientos o recibos, etc., por modo de encontrar o asegurarse de tal guisa un enriquecimiento subrepticio¹¹⁸. Cuando quiera que la falsedad documental sirva para ocultar la substracción, se tiene dos delitos; pero la regla de la impunidad del autoenubrimiento y el principio *nunquam ex post facto creasci praeterit criminis imputatio*, serán bonrados únicamente si el funcionario vistió su hipocresía falsificando, según es sólio, documentos privados, pues el artículo 197 quedará absorbido en las graves penas del 233, mientras que la diversidad de los bienes jurídicos y las severas puniciones del artículo 193 imponen reconocer un concurso real en la misma hipótesis. Si, por su parte, la falsificación fue el medio para substraer, "es irrecusable la unifi-

¹¹⁶ Cfr. Cereus, 338, y la docta sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, fecha el 6 de octubre de 1983 y publicada en *Gaceta Jurídica* número 42, págs. 89 y ss., cuyo redactor, el ministro Juan Guzmán Tapia, descarta el artículo 233 y la aplicación al 239, porque los agentes, empleados municipales que estaban a cargo de un programa de abnoción de cesantía, obtuvieron engañosamente dineros públicos destinados a ese fin, para hacer otros gastos en pro del municipio e inversiones privadas.

¹¹⁷ *Lex phreptitia*, el artículo 233; véase, en este sentido, la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 23 de junio de 1994, en *Fallos del Mes* número 427, pág. 372.

¹¹⁸ De hecho, el antiguo parágrafo 351 del Código alemán describía para esos casos un tipo calificado de malversación.

cación jurídica"¹¹⁹, o sea, la absorción de la falsificación de documentos privados en el artículo 233¹²⁰ y la aplicación del artículo 75, inciso primero, cláusula final, cuando el medio fue la falsificación de documentos públicos.

Digamos para cerrar este apartado que es frecuente la contuinuación, de la que se ocupan numerosos fallos, sentando sus requisitos en el delito en palabra¹²¹.

6. Las penas y su determinación

De excepcional dureza, la pena de presidio se gradúa según el monto de lo substraído, y va de quinientos cuarenta y un días a tres años, en el número 1º, de tres años y un día a cinco años, en el número 2º, y de cinco años y un día a quince años de privación de la libertad en el número 3º del artículo 233. Lo propio acontece con la pena copulativa de multa, al paso que la privativa de derechos (para toda clase de cargos y oficios públicos y profesiones titulares, pues la inhabilitación es absoluta), que se extiende en sus tramos temporales de tres años y un día a diez años, puede alcanzar la perpetuidad, y ha de imponerse en todo caso, sin que intere-

¹¹⁹ CÁMARA, op. cit., vol. I, ed. cit., pág. 39.

¹²⁰ Véase, de nuevo, la excelente sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, citada en nota 116, que desplaza, si bien por especialidad, el artículo 197, para que prevalezca la ley preponderante, en ese caso, el artículo 239. En contra, divisoando un concurso ideal imprupio, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en 8 de agosto de 1988, *Gaceta Jurídica* número 99, pág. 91.

¹²¹ V. gr., sentencias de las Cortes de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda (*Gaceta Jurídica* número 48, pág. 108), La Serena (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXVII, t. LXXXVII, 1980, pág. 58), Santiago (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXVIII, 1991, pág. 95), así como el desafortunado fallo de la Corte Suprema (*Fallos del Mes* número 486, págs. 763-764), que fija con relativa precisión esos requisitos, pero inexplicablemente somete la malversación continuada al artículo 75, cosa que desvirtúa el sentido de esta ficción jurídica, cuyo signo de benignidad es de todos conocido, y en lugar de favorecer al reo, como correspondía, acabó por perjudicarlo.

se a qué grado de la de presidio acompañe. El "artificioso y anticuado" sistema de graduación de las responsabilidades a base de la cuantía¹²², combatido en Europa desde finales del siglo XVIII, sobrevive en Chile con el beneplácito del legislador actual, que en las leyes números 19.450 y 19.501, mentadas antes, no ha hecho sino darle un rotundo espaldarazo.

En abstracto, esto es, a menos que estén presentes dos circunstancias atenuantes, las penas privativas de la libertad señaladas en los números 2º y 3º del artículo 233 no pueden ser substituidas por la condena de ejecución condicional ni la reclusión nocturna, las que, en cambio, proceden sin ambages en el número 1º. La libertad vigilada tendrá espacio en los números 1º y 2º, pero no para las penas del número 3º, a menos que dos atenuantes y ninguna agravante permitan rebajarlas en un grado. La libertad condicional para el malversador que haya cumplido la mitad de su condena no está sujeta a limitaciones. Por su parte, la suspensión de cargo y oficio público, pena única en el artículo 234, se extiende de sesenta y un días a tres años, e incluye los tres grados señalados en el artículo 56.

En ausencia de motivos específicos de agravación o atenuación - que no los hay—, repárese en que las agravantes comunes 7ª (abuso de confianza) y 8ª (prevalimiento del carácter pñblico del culpable) del artículo 12 son inherentes al peculado y, por lo mismo, no pueden influir en la determinación de la pena. Tampoco parece que quepan las demás agravantes del artículo 12, ni siquiera la reincidencia. El malversador que substrae bienes con miras a hacerse de una prenda extrajudicial u otra garantía indebidas, no menos que el que, a sabiendas de que no le es lícito, pretende compensar con ellos cantidades que le adeuda el fisco, pueden invocar fructuosamente la circunstancia atenuante de haber obrado por celo de la justicia (artículo 11, 1º). Ya se ha dicho que el reintegro

¹²² Quintano Riquelme, *Comentarios al Código penal*, ed. cit., pág. 722.

configura la atenuante de la reparación celosa del mal causado (artículo 11, 7º).

VII. LA DISTRACCIÓN DE FONDOS

1. Generalidades

El delito de distracción de fondos, descrito en el artículo 235¹²³, es conocido también como *residuis* o *crimen residuum*. Y es que en Roma, para dulcificar un tanto el cruel castigo del peculado propiamente dicho, nació una fortuna impropia de malversación cuyo propósito era sancionar con más benigno talante al administrador o tenedor de fondos públicos que no los invertía en el uso que tenían determinado, los aplicaba a uno diverso o que, después de hechas las cuentas, "retenía los restos o residuos del dinero recaudado por él"¹²⁴—en lo que entranza el nombre del ilícito—; dentro del año siguiente a la rendición, al que hubiera tomado dinero de la comunidad se tenía por la ley romana como un simple deudor del fisco, y sólo transcurrido ese término quedaba sujeto a la acción pública del delito en cuestión¹²⁵.

De la mano de esta categoría surgió en el peculado la diferencia entre conductas de substracción y distracción, al estimarse que

¹²³ "Artículo 235: El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas 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 substraído. No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 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 substraída, sin perjuicio del reintegro".

¹²⁴ CAMERONIAN, op. cit., pág. 497.

¹²⁵ MOMMSEN, op. cit., cfr. pág. 473.

ciertos funcionarios, particularmente los tesoreros, eran deudores de cantidad, no de especie, y por esta razón en Italia se llama *vinolo di cassa* (desfalco de caja) la apropiación de una cantidad de dinero u otras cosas fungibles con la intención de restituirlos dentro del plazo de la rendición de cuentas. Cuando se lanzó en esta materia la manzana de la discordia que concede importancia al dualismo substracción-distracción, se cimentó también los enladosos problemas que genera hasta el día de hoy el distinguir entre peculado y residuo, así como otros escollos hermenéuticos de la infracción que pasamos a examinar.

2. Análisis de los tipos

El delito de residuo está estampado en dos tipos delictivos, necesariamente dolosos. El tercer párrafo del artículo 235 describe la forma básica de la infracción, al paso que la especie calificada, en el párrafo uno, surge cuando la actuación irroge un daño o entorpecimiento al servicio público.

a) Actividad típica

Puesto que sujeto activo y objeto material coinciden con los del peculado, vayamos directamente al verbo rector de la distracción de fondos.¹²⁶

Tanto en Chile como en otros muchos ordenamientos de este tipo romanista, la actividad típica de este delito ha permanecido —dignoslo con la brillante prosa de Bettiol— “*avvolta in un alone di mistero e di incertezza*”¹²⁷. El juicio de la aporía radica en el

¹²⁶ La palabra fondos, esto es, el conjunto de bienes que posee una persona o comunidad, significa lo mismo que caudales o efectos, como en el artículo 233.

¹²⁷ *In tema di interesse privato in atti di ufficio*, en la *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1968, págs. (633 y ss.) 633.

significado que debe acordarse a su núcleo, aplicar a usos propios o ajenos los bienes puestos a cargo del empleado, y a la naturaleza jurídica de su reintegro por él.

Dos doctrinas se disputan este terreno. La teoría subjetivista es la más antigua. Ya Pacheco preconizó que si el del peculado “habla de la sustracción definitiva, absoluta, después de la cual no se piensa hacer nada”, el presente artículo “habla de una distracción interna de fondos, con ánimo o intención de reponerlos”¹²⁸. Álvaro Buxster Briceño, el más conspicuo representante de esta postura en Chile, explica que en el residuo el agente sustrae transitoriamente los caudales, a fin de aplicarlos a usos propios o ajenos, mas con el propósito inicial de llegar a restituirlos¹²⁹. El designio original de reponer oportunamente los fondos es también destacado por Labatut-Glenat¹³⁰, para quien aplicar es sinónimo de distraer, o sea, destinar una cosa a un fin distinto de aquel a que estaba afectada. Del Río¹³¹ y, sobre todo, la jurisprudencia. La sentencia de la Corte Suprema fechada el 7 de mayo de 1980, cuya composición débese al desaparecido profesor Luis Cousiño Mac Iver, consigna, cual hoy uniforme parecer del superior tribunal, que los verbos retores utilizados en los artículos 233 y 235 “difieren substancialmente: en el primer caso, la acción que se realiza es la de *sustrae* o consentir que otro sustraga esos bienes; en el otro, en cambio, consiste en *aplicar* a usos propios o ajenos los mismos. Por ende, en una hipótesis, la actividad está dirigida *finalmente* a la apropiación [...]; en la segunda, tan sólo a la distracción o uso indebido. Como consecuencia de lo dicho, el delito configurado en el artículo

¹²⁸ *El Código penal comentado y comentado*, Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera, Edisoler, Madrid, 2000, pág. 940.

¹²⁹ Op. cit., cfr. págs. 71-72.

¹³⁰ Op., vol. et ed. cit., cfr. pág. 81.

¹³¹ Op. et vol. cit., cfr. pág. 188.

lo 233 importa una apropiación o sustracción de los fondos, mientras el precepto del artículo 235 significa un uso indebido o sustracción temporal, por lo cual es indispensable la presencia del ánimo de reintegrar.¹³²

Esta inteligencia del precepto comporta dos corolarios: primero, que el sujeto tiene que sustraer los fondos, al igual que en el peculado—el propio Código lo recalifica al enlazar como “sustraidas” las cantidades ilícitamente aplicadas por el empleado infiel—, y, de suyo, se los apropia, porque no es factible dar a la cosa una aplicación diferente de la prevista por la Administración sin apropiarse antes de ella (del mismo modo que la acción de distraer, en el artículo 470, 1º), y, en seguida, que esa sustracción ha de ir acompañada de un elemento subjetivo de lo injusto, el ánimo de reintegrarla tempestivamente. El reintegro, esto es, la restitución de la misma cosa sustraida, cuando se trate de especies no fungibles, o de igual cantidad, si en numerario recayó la actuación¹³³, no representaría un elemento del tipo, pues el delito está consumado “cuando se perfecciona la sustracción con el ánimo de integrar [...]”, y no por la existencia del reintegro¹³⁴, sino una semixecusa absolutoria, que releva al hecho de las graves penas del peculado y lo somete a las más templadas del *crimen residiornum*. A su vez, el peculador que sustrae sin el propósito de reintegrar, mas luego muda oportuna y eficazmente su tendencia interna, es decir, reintegra a tiena-

¹³² *Folios del Mes* número 258, pág. 108.

¹³³ Diganos por inciso que únicamente en Alemania, llevados por ese rigorismo al que suelen entregarse sus penalistas, se sostuvo que el dinero recibido por el empleado aduñaría la condición de cosa no fungible, deseariéndose el delito solo en los casos en que el cambio del dinero de caja por otro no hubiese representado perjuicio alguno para la caja, y así, el tuqueque de moneda acuñada en monedas preciosas por papel moneda de idéntico valor nominal, realizado en épocas de crisis monetaria, pasó a ser malversación. Cfr. WERNER, en op., vol. et ed. cit., págs. 712-713.

¹³⁴ BUNSTER BRANCO, op. cit., pág. 81.

po, no puede, según esta tesis, ver alterada su responsabilidad por el delito que perpetró, que es siempre el del artículo 233, pero sí beneficiarse de la atenuante de la reparación celosa del mal causado, como declara aquel fallo del máximo tribunal¹³⁵.

Por su parte, la teoría objetivista procura hacer tesoro de los puntos débiles que columbra en la concepción que combate, a la que ha objetado un quebrantamiento del principio *factum infectum fieri negari* y que el hecho posterior del reintegro es incapaz de producir el milagro jurídico de transformar un acto cuya adecuación típica quedó ya irrevocablemente fijada con la realización de su núcleo, la distracción de los fondos, en el muy distinto que señala el artículo 233: “Una cosa es afirmar que la devolución, efectuada a su debido tiempo, dificulta bastante la prueba de la distracción y del dolo concomitante, y otra es decir que la intención de devolver convierte la sustracción en distracción y hasta para eliminar la acusación de peculado [...], doctrina peligrosísima, que puede servir de fácil excusa a todos los malversadores”, sentencia Carral¹³⁶. El objetivismo, que deniega plaza a los ámbitos de apreciación y de reintegrar en los artículos 233 y 235, respectivamente, postula que la conducta delictuosa señalada en la segunda disposición (“aplicar”) consistiría en una sustracción seguida de reintegro. “De este modo, si se sustrae y no se reintegra, el delito, objetivamente, en nada se diferencia de la sustracción, y por esa

¹³⁵ La concepción subjetivista ha reinado sin contraste en España (cfr., por todos, SUÁREZ MONTES, en loc. cit., págs. 858-859) y, con algunas variantes y *servata distantia* de las diferencias entre los Códigos, también en Italia (cfr. FIANDECA y MUSCO, op. cit., págs. 139-140).

¹³⁶ Op., vol. cit., ed. cit., pág. 25. Desde la otra trinchera se replica, con BUNSTER BRANCO, op. cit., pág. 79, que en tales casos el delito no cambia de naturaleza, puesto que la “acción de uso indebido no puede—por hecho posterior—ser convertida en una acción de sustracción”. O sea, no verificado el reintegro, el delito sigue siendo el del artículo 233, “pero se le aplica la penalidad determinada en el artículo 233”, como reza la citada sentencia de la Corte Suprema.

razón las penas son las mismas que las del artículo 233¹³⁷, que describiría una substracción sin reintegro. Desgraciadamente, no campea entre los partidarios de esta doctrina uniformidad de pareceres en lo que hace a la naturaleza del reintegro. Para Echeberry Orhusleguy sería una circunstancia atenuante enquistada en el tipo, cuyo efecto es el drástico cambio en la penalidad señalado en el artículo 235¹³⁸; Matus Acuña y Ramírez Guzmán parecen inclinarse por una condición objetiva de punibilidad¹³⁹, y Daniel Schweitzer, con la jurisprudencia más antigua, ve en el extremo un elemento del tipo, lo que parece más congruente con los puntos de partida de la interpretación objetivista¹⁴⁰.

Pero si de pergeñar milagros se trata, también ésta, *malgré elle*, los ejecuta, y aún más prodigiosos, porque rompe la correspondencia entre el dolo y la actividad objetivamente realizada por el autor, para atender exclusivamente a la última, según que el primer haya reintegrado o no, cualquiera que haya sido su voluntad en el momento del acto. Entonces, o el tipo salta por los aires, irreconciliablemente escindidas sus facetas objetiva y subjetiva, o bien la culpabilidad que él demandada no se adecua al esquema receptor: más allá de las preferencias sistemáticas de cada quien, la doctrina deja un regusto insatisfactorio. Cuando, en cambio, se sostiene, como nos parece correcto:

1) que la aplicación a fines privados de los caudales implica, *velis nolis*, distraerlos, y “*distrarer*, en su significación penalística, tanto significa como apropiación”¹⁴¹;

¹³⁷ LUCHEBERRY ORHUSLEGUY, op., vol. et ed. cit., pág. 211.

¹³⁸ Ídem, pág. 242.

¹³⁹ Op. et ed. cit., cfr. pág. 210.

¹⁴⁰ Por un “requisito específico de este delito” se pronuncian también, últimamente, RONDÓN CARRASO y OSSANDÓN WIDROW, op. cit., cfr. pág. 389.

¹⁴¹ JIMÉNEZ HUERTAS, op., vol. et ed. cit., pág. 132.

2) que, de suyo, es atípico en Chile el peculado de uso, esto es, el empleo temporal e indebido de cosas no fungibles, que permanecen en la esfera de disposición del ente público—como el automóvil asignado a deberes oficiales, que la autoridad usa con propósitos ajenos al servicio—, a cuya represión bajo el *residuo*, empero, conduce insensiblemente la tesis objetivista;

3) que el *residuo* de la distracción de fondos es, precisamente, la aplicación ilícita sin daño o entorpecimiento del servicio, haya habido o no reintegro de los caudales, de forma que la existencia de ese perjuicio, asociada a la falta de reintegro, engendra la hipótesis calificada del párrafo primero del artículo 235, que se pune como peculado, mas sigue siendo residuo;

4) que quien distrae aquello que tiene en su poder necesariamente lo substraer—hasta el punto que, extremando un tanto las cosas, se ha escrito que la distracción es el *genus* conceptual de la apropiación¹⁴²—; y

5) que, en consecuencia, si media un divorcio entre peculado y residuo, él estriba en esa apropiación transitoria, para fines particulares, de los caudales, denotada en el giro “aplicar a usos propios o ajenos”, habrá que concluir que lleva razón la tesis subjetivista.

En verdad, es la disposición anímica del hecho la que funda el *minus* de injusto de la distracción de fondos, aunque la Administración juegue aquí con una doble ventaja frente al resto de los justiciables, pues, por un lado, producido el reintegro, sanciona lo que hubiera quedado impune en una común apropiación indebida (arrepentimiento eficaz del que distrae y luego repone antes de ser descubierta su impostura), y, por otro, eleva groseramente las penas al desventurado que quiso desde un principio reintegrar y que, más tarde, no pudo hacerlo por la causa que fuere.

¹⁴² Ast. PARRA, op. et ed. cit., cfr. pág. 40.

Sentado ya nuestro criterio, es de añadir que no hay limitaciones para los medios de ejecución, como en el peculado, y que no es posible la comisión por omisión, ya que sancionar al funcionario que permite a un tercero que emplee los caudales en sus negocios particulares llevado del propósito de restituirlos, implicaría desvirtuar la *ratio* del privilegio del artículo 235 respecto del 233, convirtiendo la especie atenuada en una forma agravada de malversación¹⁴³. Por último, los usos indebidos pueden ser aquellos propios del funcionario o los de un tercero. En ninguna de las hipótesis es necesario que el empleo obedezca a designios lucrativos: tanto comete distracción de fondos el servidor público que coloca los caudales en un depósito a interés o los concede en préstamo fructuoso a otra persona, como el que los destina a mejorar o simplemente deslavar su imagen pública, a la financiación de una campaña electoral o al servicio de intereses generales de su partido político.

b) Otros requisitos del tipo; el resultado

Expresado está que el ánimo de restituir configura un elemento subjetivo de lo injusto amadrigado en la figura legal. La ausencia de daño o entorpecimiento del servicio público es elemento constitutivo de la forma básica del delito, en el inciso tercero, cuya cláusula final ("sin perjuicio del reintegro") no transmuta el reintegro, del accidente del delito que es, en parte integrante de éste, sino alude a la obligación civil de reparar. Por eso las penas del peculado se aplican sólo para la forma agravada, en el párrafo primero de la disposición, cuando, faltando el reintegro, la aplicación indebida finere con daño o entorpecimiento del servicio público.

¹⁴³ De otra opinión, BUSTIER BARCEÑO, op. cit., cf. pág. 74, y, en España, MUÑOZ CONDE, op. et ed. cit., cf. pág. 779, quienes admiten la omisión impropia.

co¹⁴⁴. En todo caso, ese daño o entorpecimiento "ha de ser distinto de los inherentes y necesarios a la malversación misma, en cuanto privación temporal del dinero o efectos utilizados indebidamente por el funcionario. Ha de tratarse de un menoscabo de ella derivado o de un entorpecimiento concretamente perjudicial al buen orden, fines y regular curso de la Administración pública"¹⁴⁵.

En cuanto al resultado, debe distinguirse su disímil presentación en los incisos tercero y primero. En el tipo básico, coincide con la aplicación indebida: en el calificado, con el daño o entorpecimiento adicionados a la aplicación. Hemos expuesto ya que el reintegro es sólo un accidente del delito descripto en el párrafo primero, y que carece de otras consecuencias que las civiles en la imposición de las penas del párrafo final del artículo.

3. El problema del reintegro

Despejada ya la cuestión de su naturaleza jurídica, procede esclarecer los caracteres y la oportunidad del reintegro.

¹⁴⁴ Cfr. BUSTIER BARCEÑO, op. cit., pág. 92. Advirtátese, empero, que la opinión mayoritaria considera que, no verificado el reintegro, deben imponerse siempre al malversador las penas del artículo 233; abstracción hecha de un daño suplementario al servicio. En tal sentido, LAMARCA GILBANA, op., vol. et ed. cit., cf. pág. 82, y ERCHENARREY ORTIZTEGUI, op., vol. et ed. cit., cf. págs. 241-242.

¹⁴⁵ SÁENZ MONTES, en hoc. cit., cf. 860. Éste, por lo demás, representa el criterio unánime en la doctrina y jurisprudencia españolas, que, por imponerlo así la redacción del viejo Código de ese país, el cual se servía del seco giro casuístico "residuo daño o entorpecimiento", convenían, también, en que la especie agravada del *crimen residuum* era un delito calificado por el resultado (ibidem). Y aunque voces análogas se han dejado sentir en Chile, somos de la opinión de que así la diversa redacción del tipo chileno como, muy especialmente, la prohibición constitucional de presumir de Derecho la responsabilidad criminal, imponen la conclusión de que ese daño o entorpecimiento es el resultado de la infracción del párrafo primero, y debe estar captado por el dolo del autor.

Ni que decir tiene que para verificarlo ha de conocerse la cantidad exacta por reponer.¹⁴⁶ El reintegro, por ende, debe ser total e incondicionado.¹⁴⁷ Pero acerca del momento hay opiniones encontradas: antes del descubrimiento de la sustracción por la autoridad administrativa, según BUNSTER BRICEÑO¹⁴⁸, de iniciarse la acción eriminal contra el inculpado¹⁴⁹ o en cualquier instante que permita tenerlo por acreditado en el proceso y tomarlo en consideración al dictarse la sentencia definitiva¹⁵⁰. En esto conviene recordar que el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República presume *in reus tantum* que el funcionario que no presenta debidamente documentado, al ser requerido por el organismo fiscalizador, el estado de la cuenta de los fondos que reciba, custodie, administre o pague, ha sustraído dichos valores, de lo que puede inferirse, *sensu contrario*, que el reintegro realizado antes del requerimiento "excluye toda posibilidad de perseguir eriminalmente al funcionario por este delito, sin perjuicio de las sanciones administrativas"¹⁵¹. La jurisprudencia es vaelante. Mas dado que el reintegro es sólo una semixcensa absolutoria, entendemos que su *dies ad quem* será el que preceda la acusación del Ministerio público con arreglo al artículo 259 del Código procesal penal¹⁵².

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ DEVEZAN, op. cit. ed. cit., cfr. pág. 1187.

¹⁴⁷ Esto sí, no necesita hacerse de una sola vez. Una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena otorga relevancia al descuido mensual sobre el salario del amplificado, siquiera por ser tardía la devolución, sólo para acoger la atenuante de la reparación del mal. Cfr. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1980, pág. 51.

¹⁴⁸ Op. cit., cfr. pág. 85.

¹⁴⁹ Cfr. LANATIER GLENA, op. cit. ed. cit., pág. 82, y DER RÍO, op. cit. vol. cit., pág. 189.

¹⁵⁰ Cfr. EICHENBERG OMAJESTREY, op. cit. vol. cit. ed. cit., pág. 243.

¹⁵¹ MARIAS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, op. cit. ed. cit., pág. 209.

¹⁵² La sentencia de la Corte Suprema, en 6 de diciembre de 1985 (cfr. *Fallos del Mes* número 325, pág. 889), que recoge este temperamento y diseña a su calor la frontera

4. *Culpabilidad*

La distracción de fondos, tanto en su forma básica como en la calificada, demanda dolo directo, atendida la pareja exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto, el ánimo de restituir. Las representaciones del agente deben abrazar su condición de funcionario, el hecho asimismo normativo de tener los fondos a su cargo, la calidad jurídica de estos últimos, la aplicación ilícita y, según se trate del tipo básico o del calificado, la falta o presencia del daño para el servicio público; no así el propósito de reintegrar, cuyo emplazamiento es la tendencia interna trascendente del malversador. Los principios generales trazados a propósito del peculado, pueden traerse aquí a colación en el tema del error.

5. *Accidentes del delito*

a) "*Her criminus*"

"La consumación tiene lugar en el momento en que se lleva a cabo la aplicación, aunque medie posterior reintegro"¹⁵³. Y como este último yace fuera de la descripción legal, parece inconcebible la tentativa: "si la distracción ya se efectuó, está consumado el delito; y si aún no se ha efectuado, es probable que no salgamos de

Continuación nota 152

entre peculado y distracción de fondos, reputa como "un índice altamente significativo para determinar la intención que ha animado al agente al sustraer los caudales [...] la oportunidad en que efectuó el reintegro [...] pues [...] es diversa la denotación que implica una restitución según se efectúe con prontitud o tardanza, o según sea realizada antes del comienzo o en las postimerías de la investigación judicial". El fallo, que condena al reo por *residuo*, admite el reintegro hasta aquéllas, pues en su mayor parte había sido hecho antes del proceso penal.

¹⁵³ SANCHEZ OCAÑA, en op. cit., pág. 730; cfr., además, BUNSTER BRICEÑO, op. cit., pág. 78.

la esfera de los actos preparatorios"¹⁵⁴. Análogos corolarios articularon la tesis objetivista¹⁵⁵.

b) Autoría y participación

Se puede dar por reproducido en ello lo dicho sobre el participar en materia de peculado. Agreguemos solamente que la participación de *extranei* debiera regirse por el artículo 470, número 1º, en relación con el 467, número 3º, admitido que en la actividad del funcionario que distrae estén presentes los elementos de la apropiación indebida (en especial, el ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial del ente público). Mantener la unidad del título de imputación, ya defenestrada con respecto al peculado, no se concilia con las penas especiales aquí previstas para el funcionario, que trastornan el tratamiento punitivo del *extraneus* partícipe, quien no puede ser alcanzado por ellas —la inhabilitación especial y la suspensión, incluso reducidas según las reglas generales, conciernen a cargos que esos sujetos no poseen—. Pero visto que tampoco resuelve satisfactoriamente el problema tomar como base el artículo 467, 3º, porque la reducción de las penas de cómplices y encubridores los deja a merced de una privativa de la libertad (privación), sin nombrar que la del instigador (presidio menor en su grado mínimo y multa) supera, cualitativamente hablando, las privativas de derechos que amenazan al autor, sugerimos tener como baremo la contravención de apropiación indebida, en el artículo 494, número 1º, y, por consiguiente, someter al instigador a la pena allí señalada (multa), rebajar a la mitad la del cómplice, cual ordena el artículo 498, y dejar impune al encubridor. La pena pecuniaria para instigadores y cómplices debe ser la general del artículo 494,

¹⁵⁴ CARAVANA, op. cit. ed. cit., pág. 43.

¹⁵⁵ Cfr. MATOS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, op. cit. ed. cit., cfr. pág. 210.

no la del último inciso de esta disposición. Ya que ajustarla al valor de lo malversado superaría unos montos superiores a los que debe sufragar el autor. Pareceros que así se pone a buen recaudo la racionalidad y el equilibrio valorativo del ordenamiento, evitando la abstracta situación de punir más a quien hizo menos.

c) Concursos de leyes y de delitos

Párese mientes en que, a diferencia de lo visto en el peculado, la falsificación de documentos realizada para cometer u ocultar la distracción de fondos, genera un concurso de delitos —ideal impropio y real, respectivamente—. Asimismo, la continuación y el concurso real de substracciones sucesivas, de tan común ocurrencia en el peculado, deben tratarse en la especie como casos de unidad de la acción, es decir, constituyen un solo delito, atendida la exigencia del reintegro.

6. Las penas y su determinación

La lentitud de las punitciones retrata la historia de este delito. La suspensión prevista para la forma básica se extiende de un año y un día a dos años, mientras la de inhabilitación, en el párrafo primero, de cinco años y un día a siete años. Ambas afectan al cargo o empleo específicos del funcionario; y no obstante la independencia de la responsabilidad disciplinaria respecto de la penal, entendemos que las correcciones impuestas al sujeto de resultas del sumario administrativo que se instruya, han de ser forzosamente inferiores a las que prevé este artículo, so riesgo de desvirtuarlas merced a una eventual duplicación, o lo que sería peor, agravarlas —la desutilización, en particular, está de lleno prohibida, pues sus efectos superan con largueza los de carácter temporal queridos por la legislación punitiva—. A su turno, la pena copulativa de multa es un porcentaje de la cantidad malversada, por lo cual

ésa debe determinarse con toda precisión. La naturaleza de estas penas y los bienes jurídicos que disminuyen en el condenado, las hacen enteramente ajenas a los substitutivos de las cortas de privación y restricción de la libertad; lo mismo sucede en los artículos 236 y 237.

La opinión según la cual la atenuante de la reparación celosa del mal causado estaría ínsita en el reintegro, siendo entonces incompatible con la figura del artículo 235¹⁵⁶, parecemos harto cuestionable, como quiera que la reparación puede referirse a todo el mal del delito—por no mencionar sus ulteriores consecuencias perniciosas, esto es, otros efectos, diversos del injusto típico, conexos causalmente con él—. Ciertamente es que el manejo irregular de los caudales malversados es algo que ya no tiene arreglo, pero sí puede el culpable hacer un esfuerzo serio para reobrar sobre el daño sufrido por el ente público en el tipo calificado. Si, pongamos por caso, como consecuencia de la distracción la biblioteca fiscal en que trabaja el malversador se vio en la imposibilidad de adquirir a buen precio ciertos volúmenes, podría aquel poner de su bolsillo la diferencia, amenguando así el entorpecimiento del servicio.

VIII. LA APLICACIÓN PÚBLICA DIFERENTE

1. Generalidades

Nómbrese el delito descrito en el artículo 236 del Código chileno¹⁵⁷ como aplicación pública diferente—a veces, también, desvia-

¹⁵⁶ FENICHERBERG DECHISTRECOV, op., vol. et cit., cfr. pág. 243.

¹⁵⁷ Artículo 236: *El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento.*

ción o destino indebidos de fondos públicos—y basa su individualidad en que, a diferencia de los ya estudiados, el funcionario no substrahe los caudales para someterlos a fines ajenos al servicio, sino los aplica a un propósito disímil del que tenían asignado, mas siempre público, bienes que, por tal motivo, permanecen dentro de la esfera de actividad patrimonial de la Administración, circunstancia que justifica el tratamiento más benigno que recibe semejante conducta respecto de la substracción y la distracción de fondos.

El delito, muy español, ha penetrado por influjo hispano en los Códigos brasileño y portugués, amén de otros más directamente criolados en el solar ibérico, siquiera también en Italia, donde falta un tipo específico para estas situaciones, se ha debatido la posibilidad de encuadrar en el peculado la destinación arbitraria de cosas públicas para algún provecho asimismo público¹⁵⁸.

2. Análisis de los tipos

La aplicación pública diferente está diseñada en un tipo básico, cuando el acto no irroga perjuicio o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse los bienes, y otro calificado, de darse ese menoscabo ulterior. Hay coincidencia en Chile y España en orden a que la última especie configura un delito calificado por el resultado.

a) Sujeto activo

A los requisitos generales que ya conocemos, el sujeto activo de esta especie de malversación debe sumar la administración de los caudales como función asociada a su puesto. Parte de la doctrina divisa una simetría entre este elemento normativo del tipo y el

¹⁵⁸ Cfr. ANTONUCCI, op., vol. et cit., pág. 772, y FANBACA y MUSCO, op. et vol. cit., págs. 47 y ss.

"tener a cargo los fondos"; esencial para los delitos anteriores¹⁵⁹; sin embargo, el grueso de los criminalistas de la cultura jurídica iberoamericana exige algo más, a saber, una relación de disponibilidad sobre aquéllos, conforme a las disposiciones pertinentes del Derecho administrativo¹⁶⁰. Este poder jurídico de disposición atañe a la facultad del empleado de invertir los caudales en las finalidades que quiere del Derecho, pero no implica que deba detentarlos en persona. Advierte Creus¹⁶¹, con razón, que quien sólo posee la facultad de imputar, no tiene la de disponer, de suerte que el contable o encargado de un centro de costos que trasladan ciertas sumas de una partida presupuestaria a otra, siendo un superior suyo el que en definitiva las invierte, no son autores de este delito —reserva hecha de su responsabilidad como partícipes—. Es factible la administración comparada y, con ello, la coartoría.

b) Actividad típica

En la cláusula que la encierra ("*dar a los caudales una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinadas*") aparece un complemento normativo-jurídico de superlativa importancia, el cual, juntamente a la calidad del sujeto activo, pasa a ser el presupuesto básico del delito: los fondos han de tener asignado un destino¹⁶². Esta consideración recomienda examinarlo antes de la actividad típica que en él se apoya.

¹⁵⁹ De tal opinión, BUNSTER BRUNSON, op. cit., cit. pág. 117.

¹⁶⁰ Cf. STARR, op., vol. I ed. cit., pág. 233; FRANKO, *Límites de Derecho penal*. Parte especial, 2 vols. Forcnse, Rio de Janeiro, t. II, 1ª ed., 1980, pág. 425; POLANO NAVARRETE, en *Manual de Derecho penal* (Parte especial), dirigido por Cobo del Rosal, 4 vols. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, t. IV, 1994, pág. 384; ЕРЧИМЕНКОВ ОСТУПЧАК, op., vol. I ed. cit., pág. 244, etc.

¹⁶¹ Op. cit., cit. pág. 319.

¹⁶² Cf. LORTIÁN BALESERA, op. cit. cit., pág. 320.

Son las normas administrativo-presupuestarias las que tienen la palabra aquí, sobre todo, la Ley de Presupuestos del Estado, seguida de las de jerarquía inferior que le sirven de desarrollo y la hacen operante, es decir, los reglamentos, órdenes e instrucciones que las autoridades competentes dicten o impartan a sus subordinados. Ahora, "salvo que se trate de materia dejada a la discrecionalidad administrativa, la ordenación legal de las inversiones públicas es estrictamente vinculante"¹⁶³. Mas por esas potestades discrecionales hay que transitar con pie plúmbeo. Si el destino fuese genérico, por ejemplo, "para el Servicio de Salud X", queda en efecto librada a la prudencia del administrador el preferir uno u otro, aunque siempre dentro del servicio, pues el cambio de género —o séase, llevar los caudales a uno distinto, del mismo u otro Poder del Estado— constituye malversación. Habiendo una imputación específica, o como expresa el tipo, teniendo los caudales un objeto, éste es el que manda, *ad extra* —la inversión en otras partidas al interior del propio servicio—, pero también *ad intra*: v. gr., cuando al administrador es ordenado aplicar los fondos al mantenimiento de inmuebles fiscales, no se le faculta, con todo, para gastarlos en la construcción de una cocina o un recibidor de lujo para sus amigos ocupados, que aquéllos ocupan, ni para ampliar regianente las dependencias oficiales de sus camaradas, que todo esto cabe dentro del tipo de injusto¹⁶⁴. Sólo cuando "el destino de los caudales o efectos no ha sido legal, reglamentaria o administrativamente determinado, no puede existir malversación"¹⁶⁵. El nuevo destino que arbitrariamente excoigió el administrador tiene que ser público, esto es, propio de la Administración y

¹⁶³ SUÁREZ MONTES, en loc. cit., pág. 861.

¹⁶⁴ Luego veremos que éste puede convivir con designios lucrativos, propios o ajenos.

¹⁶⁵ Cernals, op. cit., pág. 317.

sus fines de beneficio colectivo—del modo y en la medida en que éstos son dischados por los Derechos político, constitucional y administrativo del país—. No bastan aquellos que lo sean genéricamente, mas sin estar reconocidos por el Estado como de la incumbencia de sus reparaciones públicas. Por tanto, tampoco perpetran este delito, sino los de distracción de fondos o, en su caso, peculado, quienes ordenan obras públicas con fines de propaganda electoral, para cortar un paro o una manifestación de opositores al gobierno de turno, gastan oblicuamente las partidas que se les asignó en demostrar adversarios políticos o subvencionar en cualquiera forma las actividades de su partido, desvían fondos que corresponden a Universidades del Estado hacia entes particulares de instrucción o enseñanza, etc. Por lo demás, hace tiempo que peculado y *residuos* viven en muchos países, bajo estas corrosivas y súbdtolas prácticas, una prolongada primavera¹⁶⁶, cuya cifra negra es casi tan empujada como ancho el manto de impunidad que, por desconocimiento de las posibilidades interpretativas del tipo, ampara las genuinas aplicaciones públicas diferentes¹⁶⁷. Supuesto que la inversión irregular se oriente en parte a fines públicos y en lo demás hacia el bolsillo del pícaro o de sus validos, surge un concurso aparente de leyes por consumación, en que prevalece la figura más grave, el artículo 235 o bien el 233, según proceda.

Dicho esto, la actividad delictuosa en cuanto tal, de claro signo comisiivo, dar aplicación, demandada la real inversión o gasto de los candales. La orden o resolución de erogarlos, es decir, su mera imputación, significa penetrar en el núcleo, mas no aún conjugarlo

¹⁶⁶ Esa *stagione d'oro* denunciada por FRANCOVA y MUSCO, op. cit. vol. cit., cit. pág. 140.

¹⁶⁷ De la magna jurisprudencia reciente sobre el artículo 236 y sus diferencias del 235, cfr. la sentencia de la Corte Suprema de 9 de enero de 1997, en *Fallos del Mes* número 458, pág. 876.

enteramente¹⁶⁸. Es, en cambio, atípico de cara a esta disposición el abstenerse de invertir los fondos en el destino que tenían prefijado, a menos que el hecho configure el delito del artículo 237.

c) *La arbitrariedad de la inversión y el problema del ánimo de lucro; el resultado*

Siguiendo una observación de Pacheco¹⁶⁹ la Comisión Relatora incorporó el adverbio "arbitrariamente", "a fin de que no se comprendan en este artículo aquellos cambios que hicieron los empleados subalternos a virtud de órdenes superiores i procediendo con arreglo a la ley"¹⁷⁰. La expresión, empero, tiene un significado más amplio que el que quiso insuflarle el legislador histórico. Se trata de un elemento normativo del tipo que adelanta a éste la antijuridicidad de la acción—una "impaciencia del legislador", en la nomenclatura de Jiménez de Asúa—, semejante al que estampa el Código portugués ("sin que especiales razones de interés público lo justifiquen"), y, como en éste, determina que las causas excluyentes de la licitud funcionen como situaciones de atipicidad¹⁷¹. En este sentido se pronuncia, también, la doctrina mayoritaria¹⁷².

¹⁶⁸ Cfr. POISSO NAVARRETE, en op. cit., pág. 384; ERICHEBERRY ORTUSTEURY, op. cit. ed. cit., pág. 244; MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, op. cit. ed. cit., pág. 221; SOLER, op. cit. ed. cit., pág. 233; CARUS, op. cit., pág. 317.

¹⁶⁹ Op. cit., cit. pág. 942.

¹⁷⁰ *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno*, cit., pág. 344.

¹⁷¹ CUNHA, en op. cit. vol. cit., cit. pág. 720.

¹⁷² Cfr. BUNSTER BURGEO, op. cit., pág. 121; ERICHEBERRY ORTUSTEURY, op. cit. vol. cit. ed. cit., pág. 245; LABATTE CHINA, op. cit. vol. cit. ed. cit., pág. 82; por su parte, MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, op. cit. ed. cit., pág. 221, opinan que el proceder arbitrario denota capricho, antojo, falta de razón o motivo, y redundaría en la culpabilidad retuadada en el acto.

El ánimo de lucro no es parte integrante del injusto típico. Pero de ahí a asegurar que la aplicación pública diferente en modo alguno coloca bajo sospecha la probidad del funcionario¹⁷³, que en ella se “descarta cualquier finalidad que sea de lucro o de aplicación particular de los bienes para el autor o para terceros”¹⁷⁴, media un paso tal vez excesivo. Nada impide que un celado trasfondo crematístico u obscuras apatencias personales informen las decisiones del malversador, para satisfacer indirectamente sus deseos o los de terceros. Más arriba, al tratar de la actividad típica, hemos aportado algunos ejemplos: en llegando aquí, plácenos añadir otros: compra de automóviles para el uso de autoridades; con fondos destinados a la adquisición de mobiliario de oficina; abono de viáticos o celebraciones a costa de la compra de máquinas o instrumentos; viajes a congresos y otros cánclaves vinculados con materias del servicio, en Chile o el extranjero, a expensas de programas de construcción de viviendas sociales u absorción del desempleo, etc. Para qué seguir.

El resultado de la infracción es la aplicación de los caudales o efectos, en los términos explicados anteriormente. La forma básica supone que esto ocurra sin menoscabar el servicio u objeto en que debían ser invertidos los fondos; que aquéllos reportasen un beneficio objetivo de la acción, carece de importancia¹⁷⁵. El daño o entorpecimiento resultantes, en la forma agravada, es una institucional cualificación por el resultado “que no tiene que ser abarcada por el dolo del autor”¹⁷⁶.

¹⁷³ Como suponen MARTÍZ ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *ibidem*.

¹⁷⁴ CURTIS, op. cit., pág. 317.

¹⁷⁵ Cfr. LABRATOR GUENA, op. vol. et col. cit., págs. 82-83, y DÍAZ RÍO, op. et vol. cit., pág. 189.

¹⁷⁶ MUÑOZ CONDE, op. et ed. cit., pág. 780.

3. Situaciones de justificación

Recuérdese lo dicho *supra* sobre el elemento de la arbitrariedad, que transforma estas situaciones en hipótesis de falta de adecuación típica.

Así, la orden formal y substancialmente legítima del superior elimina la antijuridicidad del obrar del subordinado, que no es arbitrario, como demanda la ley, de suerte que el cumplimiento de un deber (artículo 10, número 10º) impide la adecuación típica. Escapan a este principio la ratificación sucesiva, por orden del superior, de la inversión ilícita, que está ya irremediablemente consumada¹⁷⁷, así como la orden previa que sea legítima sólo en su continente: el mandato antijurídico de obligatorio cumplimiento para el subordinado, al que éste opone la *remonstratio*, insistido por el superior en la forma escrita que determina el artículo 56 de la Ley número 18.834, sobre Estatuto Administrativo, libera de responsabilidad al que lo cumplimentó (obediencia jerárquica como causa de ineulpabilidad por no exigibilidad de otra conducta), responsabilidad que recaerá por entero en el superior.

También el estado de necesidad justificante (artículo 10, 7º) opera como causa de atipicidad, y se presentará, por lo común, cuando el funcionario tenga que afrontar acontecimientos, naturales o derivados del quehacer humano, que representan inminentes y mayores males que los que pueden derivar del desorden administrativo en la esfera patrimonial del Estado, por ejemplo, atender los mantenimientos básicos de prisiones, hospitales, hogares de menores o centros de educación, el pago inaplazable de remuneraciones a los servidores del Estado, proveer lo indispensable durante los catástrofes u otras calamidades y emergencias que afecten a la

¹⁷⁷ Cfr. CURTIS, op. cit., pág. 321. Puede constituir encubrimiento.

comunidad, etc.¹⁷⁸. Sin embargo, la mera circunstancia de gozar alguna partida presupuestaria de un superávit, no justifica al funcionario que sin aquellos preeminentes motivos traslada los caudales a otras asignaciones, a menos que lo impongán legítimos requerimientos del propio servicio; no lo es, por cierto, "preparar" el presupuesto del año venidero, abultándolo a partir de lo sufragado sin necesidad en el ejercicio anterior.

4. *Culpabilidad*

La aplicación pública diferente requiere dolo directo, de primer o segundo grado, porque la arbitrariedad de la acción, así condiciona el injusto típico como repercute en la culpabilidad, manifestada en la forma más intensa del dolo¹⁷⁹. La representación falaz de lo arbitrario de la aplicación es un error indirecto de prohibición.

5. *Accidentes del delito*

a) "*Her criminos*"

Hay autores que recusan la posibilidad de la tentativa, por estimar que este es un delito de peligro, desde el momento que no exige la producción de un deterioro patrimonial para la Administración¹⁸⁰. Nosotros, que lo tenemos por uno de menoscabo contra la gestión y disposición reclas de sus recursos económicos, la creemos concebible, supuesto que se haya ordenado o dispuesto for-

¹⁷⁸ Opinión unánime. Por todos, cfr. CREUS, op. cit., pág. 320, ROMEKATZ, DREVA, op. cit. ed. cit., pág. 1.187; DÍAZ PAREDES, en loc. cit., pág. 823; MIRÓZ COMDE, op. cit. ed. cit., pág. 779.

¹⁷⁹ Coincidentes, MARUS ACROSA y RAMÍREZ GROSZMAN, op. cit. ed. cit., pág. 221; discrepante, CREUS, op. cit., cfr. pág. 321; basta el dolo eventual.

¹⁸⁰ CREUS, op. cit. ed. cit., cfr. pág. 318.

malmente el cambio de destino de los fondos y en tanto en cuanto éstos no sean invertidos¹⁸¹. Pero el mero guardar o dejar reservados los fondos con la mira de gastarlos en un objeto distinto, es un acto preparatorio impune; así lo ha resuelto antaño una jurisprudencia¹⁸².

b) *Autoría y participación*

La aplicación pública diferente es un delito especial propio, siendo, pues, inútil buscarle correspondencia con uno común. De forma que autor directo, coautor y autor mediato serán sólo los sujetos cualificados, o sea, quienes administran los caudales. La punibilidad de particulares y *extranei* en general como partícipes en sentido estricto es muy controvertida, lo mismo que a propósito de cualquier delito de este jaez. La admiten algunos¹⁸³ y rechaza, con razón, BUNSTER BRICEÑO¹⁸⁴, pues a diferencia de otros ordenamientos el Código carece de una cláusula general que resuelva estas situaciones, de forma que extender la pena al partícipe *extraneus* equivaldría a imponerle una no reconocida por el Derecho, en franco desprecio del *nulla poena sine lege* y el norte teleológico de la disposición, que la ciñe a unas funciones que el particular jamás podría quebrantar. Semejante solución no tiene por qué contrariar el sentido común, ya que reverencia la economía valorativa de esta

¹⁸¹ Igual criterio, en FRAGOSO, op. cit. ed. cit., cfr. pág. 426, y PRADO, op. cit. ed. cit., cfr. pág. 391.

¹⁸² Puede confrontarse en DÍAZ RÍO, op. cit. ed. cit., pág. 191.

¹⁸³ Por ejemplo, ERCHENBERG ORTHUSTRECH, op. cit. ed. cit., cfr. pág. 208, y GROSZMAN COMARÓN, op. cit., pág. 23; "el hecho de determinar la calidad personal la *substancialidad misma* del ilícito, nos inclina por la solución de la punibilidad del extraño, aunque restringidas las hipótesis a los casos de coautoría en figuras de "varios actos", a la instigación y a la complicidad".

¹⁸⁴ Op. cit., cfr. págs. 33 y 35.

especial categoría de delitos y, sobre todo, rinde cumplido homenaje a la legalidad que rige todos.

Sin embargo, nada se opone a la participación punible de funcionarios que sin tener carácter de administradores posean cualquier facultad de decisión sobre los bienes, si la utilizan para colaborar en la actividad del autor, induciéndolo —por ejemplo, con una imputación presupuestaria—, ayudándolo —haciendo la vista gorda al control que deben realizar de la orden de disposición— o encubriendo sus fechorías.

c) Concursos de leyes y de delitos

Son, *mutatis mutandis*, semejantes a los que vimos en la distinción de fondos.

6. La pena y su determinación

Decididamente inferior a las de la substracción de caudales, la única pena del tipo calificado se aproxima peligrosamente a la sanción del *residuis* (como en el inciso tercero del artículo 235, la suspensión del empleo va de un año y un día a dos años; en la forma básica o fundamental, la suspensión, más recatada, se extiende de sesenta y un días a un año). La Comisión Redactora desechó la pena de multa que consultaba el modelo español, decisión que permitió preservar la menor entidad axiológica de la aplicación pública diferente.

La atenuante de reparar con celo el mal causado no puede anular el irregular manejo de los caudales malversados, que queda como un hecho histórico no susceptible de modificación; pero el culpable puede, como en el artículo 235, hacer un esfuerzo serio para moderar el daño sufrido por el ente público, es decir, la cualificación por el resultado.

IX. LA DENEGACIÓN DE PAGO O ENTREGA

1. Generalidades

La denegación de pago o entrega, en el artículo 237¹⁸⁵, representa una singularidad del antiguo Código hispano. Ausente en el de 1995, el delito sobrevive en pocos países —la Argentina es uno de los escasos ejemplos—, abrumado por la inveterada crítica de que oculta una de las que Giacomo Delitala llamó “sospechas de delito” (aquí, de substracción o distracción de fondos), y por el exiguo contenido antijurídico de estas conductas, en las que “late una mera infridencia administrativa vinculada a puras abstenciones del funcionario obligado a entregar una cosa o hacer un pago”¹⁸⁶. Todo lo cual, mientras halta condigno reflejo en la casuística jurisprudencia disponible sobre él, impone rigurosa concisión a su glosa.

2. Análisis del tipo

La disgregación de las actividades delictivas y sus correspondientes objetos materiales en los dos párrafos de la disposición no debe hacer pensar que estamos ante una pareja de delitos, porque se trata de la misma figura, construida como tipo de formulación mixta alternativa.

¹⁸⁵ “Artículo 237: El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio. 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”.

¹⁸⁶ Díaz Palcos, en loc. cit., pág. 823.

comunidad, etc.¹⁷⁸. Sin embargo, la mera circunstancia de gozar alguna partida presupuestaria de un superávit, no justifica al funcionario que sin aquellos preeminentes motivos trasladada los caudales a otras asignaciones, a menos que lo impongan legítimos requerimientos del propio servicio; no lo es, por cierto, "preparar" el presupuesto del año venidero, abultándolo a partir de lo sufragado sin necesidad en el ejercicio anterior.

4. *Culpabilidad*

La aplicación pública diferente requiere dolo directo, de primer o segundo grado, porque la arbitrariedad de la acción, así condiciona el injusto típico como repercute en la culpabilidad, manifestada en la forma más intensa del dolo¹⁷⁹. La representación falaz de lo arbitrario de la aplicación es un error indirecto de prohibición.

5. *Accidentes del delito*

a) *"Ier criminis"*

Hay autores que recusan la posibilidad de la tentativa, por estimar que este es un delito de peligro, desde el momento que no exige la producción de un deterioro patrimonial para la Administración¹⁸⁰. Nosotros, que lo tenemos por uno de menoscabo contra la gestión y disposición reclus de sus recursos económicos, la creemos concebible, supuesto que se haya ordenado o dispuesto for-

¹⁷⁸ Opinión unánime. Por todos, cfr. Creus, op. cit., pág. 320; Romárcutez Davissa, op. et ed. cit., pág. 1.187; Díaz Palao, en loc. cit., pág. 823; Muñoz Conde, op. et ed. cit., pág. 779.

¹⁷⁹ Coincidentes, Martín Acuña y Ramírez Cruzado, op. et ed. cit., pág. 221; discrepante, Creus, op. cit., cfr. pág. 321; hasta el dolo eventual

¹⁸⁰ Creus, op. et ed. cit., cfr. pág. 318.

malmente el cambio de destino de los fondos y en tanto en cuanto éstos no sean invertidos¹⁸¹. Pero el mero guardar o dejar reservados los fondos con la mira de gastarlos en un objeto distinto, es un acto preparatorio impune; así lo ha resuelto antigua jurisprudencia¹⁸².

b) *Autoría y participación*

La aplicación pública diferente es un delito especial propio, siendo, pues, inútil buscarle correspondencia con uno común. De forma que autor directo, coautor y autor mediato serán sólo los sujetos cualificados, o sea, quienes administran los caudales. La punibilidad de particulares y *extranei* en general como partícipes en sentido estricto es muy controvertida, lo mismo que a propósito de cualquier delito de este jaez. La admiten algunos¹⁸³ y rechaza, con razón, Bunsler Briceño¹⁸⁴, pues a diferencia de otros ordenamientos el Código carece de una cláusula general que resuelva esas situaciones, de forma que extender la pena al partícipe *extraneus* equivaldría a imponerle una no reconocida por el Derecho, en franco desprecio del *nulla poena sine lege* y el norte teleológico de la disposición, que la ciñe a unas funciones que el particular jamás podría quebrantar. Semejante solución no tiene por qué contrariar el sentido común, ya que reverencia la economía valorativa de esta

¹⁸¹ Igual criterio, en Franco, op. vol. et ed. cit., cfr. pág. 426, y Pavao, op. et vol. cit., cfr. pág. 391.

¹⁸² Puede confrontársela en Del. Río, op. et vol. cit., pág. 191.

¹⁸³ Por ejemplo, FICHERRER Y ORPHESTRAY, op. vol. et ed. cit., cfr. pág. 208, y GARCILLO COMAYÓN, op. cit., pág. 23: "el hecho de determinar la calidad personal la *substantividad misma* del hecho, nos inclina por la solución de la punibilidad del extraño, aunque restringidas las hipótesis a los casos de coautoría en figuras de "varios actos", a la instigación y a la complicidad".

¹⁸⁴ Op. cit., cfr. págs. 33 y 35.

a) Sujeto activo y objeto material

Las cualidades para el requeridas penden de su relación funcional con los objetos materiales. En el primer párrafo del artículo 237, tiene que ser un tenedor de fondos del Estado, es decir, un funcionario pagador dotado de fondos para pagar. Si entre sus funciones no se cuenta precisamente ésta, o si, poseyéndola, carece de fondos expedidos —la mera existencia contable de los caudales no basta—, su negativa al pago debe considerarse atípica¹⁸⁷. En el párrafo segundo, autor es el funcionario que detente, por su competencia administrativa, una cosa puesta bajo su custodia o administración. Remitimos al lector a lo que dijimos en materia de peculado, aunque conviene insistir en nuestra anterior administración, en el sentido de que “la entrega hecha ‘en confianza’ al funcionario no lo constituye en posible sujeto activo de este delito”¹⁸⁸.

El objeto sobre el que recae la acción son fondos o cosas. Los fondos, que equivalen a caudales o efectos, pueden pertenecer al Estado, o bien a los municipios o establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, por mandato del artículo 238. Están, pues, excluidos, los fondos de particulares. Las cosas serán enajenables bienes muebles de significación pecuniaria que estén a cargo del empleado, pertenezcan al ente público o a particulares¹⁸⁹.

b) Actividad típica

Caben dos posibilidades. Rehusar el pago significa negarse al cumplimiento a realizarlo. Toda la doctrina está conteste en que ésta es

¹⁸⁷ Cfr. Pacheco, op. cit., pág. 942; Creus, op. cit., pág. 361; Vera, op. cit., pág. 430.

¹⁸⁸ Creus, op. cit., pág. 366.

¹⁸⁹ Cfr. Suárez Montes, en loc. cit., pág. 864.

una simple omisión¹⁹⁰. Pero en el rehusar la entrega, actividad asimilada omisiva, se adiciona un presupuesto previo, porque el funcionario debe haber sido requerido por orden de autoridad competente. Esto hace pensar a muchos criminalistas que la conducta del recalcitrante sería una hipótesis privilegiada del delito de resistencia, del artículo 252, inciso primero, con olvido, empero, de que el que nos ocupa no tiene por objeto proteger el funcionamiento interno de la Administración en lo que concierne a la jerarquía y la disciplina que deben informarla, sino la correcta gestión de los medios económicos con que ella cuenta. Esto aparte, la orden tiene que ser de entregar —no, pongamos por caso, de exhibir o presentar— y legítima, en forma y fondo.

La modalidad concreta que adopte la omisión no está vinculada a ninguna en particular, por lo cual el rehusarse puede ser tanto explícito —un tajante no— como implícito —la demora en pagar más allá del *dies ad quem* previsto para cada caso, o el abstenerse de dar la orden—, cuestión que asume importancia en la denegación de pago, que no demanda requerimiento previo y en la que, en consecuencia, la mera omisión de cumplir la obligación correlativa será lo corriente¹⁹¹.

c) Otros elementos: el resultado

Los pagos denegados, también elemento nominativo-jurídico de la figura legal, podrán ser tanto ordinarios, esto es, aquellos que la Administración efectúa periódicamente con cargo a asignaciones predeterminadas (*v. gr.*, sueldos), como extraordinarios, que son

¹⁹⁰ Cfr. BUSTERA BRACKHO, op. cit., pág. 124; QUINTANO RIBOLLA, *Compendio de Derecho penal*, vol. cit., pág. 189; SÁNCHEZ OCANA, en op. cit., pág. 732, etc.

¹⁹¹ Por eso escribe SUÁREZ MONTES, en loc. cit., pág. 863, que la negativa del funcionario tampoco sería elemento constituyente de la no verificación del pago.

los dispuestos por una resolución especial de la autoridad (por ejemplo, a proveedores, a la parte gananciosa en un pleito judicial, al contribuyente al que se devuelve tributos, etc.). El gerundio "debiendo" y la cláusula "sin causa bastante", que rigen ambos párrafos de la disposición, anticipan al tipo la valoración antijurídica del acto, y por eso la omisión por causa legítima (artículo 10, 12º) opera en la especie como causa de atipicidad.

Tratándose de un puro delito omisivo, el resultado se produce con la denegación por parte del agente, quien, al no producir el efecto jurídicamente esperado —el pago o la entrega oportunos—, lesiona el bien jurídico. Ulteriores deterioros para la Administración no son necesarios.

3. Situaciones de justificación (o atipicidad)

Más arriba se dijo que la omisión por causa legítima surte esta vez el efecto de impedir la adecuación típica de la abstención del funcionario. La aprobación jurídica se dará en no pocos casos, como la incompetencia del superior que ordena entregar, ser inexistente la deuda cuyo pago reclame un tercero, estar incompletos, erróneos o adulterados los documentos, plantillas o facturas cuya solución se pide, la falta de impugnación presupuestaria para hacer el pago, etc.

4. Culpabilidad

Este delito supone dolo directo, pues la falta de causa legítima para rehusarse debe estar incorporada en las representaciones y voliciones del malversador. Los errores sobre la existencia de la obligación de pagar y el tiempo en que ha de cumplirse, la situación de los bienes por entregar, el requerimiento formulado para ello, la competencia de la autoridad que dictó la orden, etc., son

errores de tipo. Pero el empleado que supone falsamente que hay una causa legítima que ampara su abstinencia, incurre en un error indirecto de prohibición.

5. Accidentes del delito

Tratándose de un delito de simple omisión, es inconcebible la tentativa¹⁹². Como la aplicación pública diferente, éste es un delito especial propio, de donde se sigue que los problemas de la autoría y participación son análogos en ambos casos. En cuanto a los cursos, el más importante es el que se presenta con las restantes y más graves formas de malversación, particularmente el peculado, de las que la denegación de pago o entrega se recorta en una relación de subsidiariedad tácita¹⁹³. Con el delito de resistencia, el curso es por especialidad (*lex specialis*, el 237, inciso dos), siempre y cuando la orden de entregar proceda de un superior en el mismo servicio.

6. La pena y su determinación

Enlazada entre las del tipo básico y el calificado de la aplicación pública diferente, en el presente caso los grados de la pena de suspensión van de sesenta y un días a dos años. Es factible la atenuante de impedir ulteriores consecuencias perniciosas del mal propio del delito.

¹⁹² Cfr. CRESCO, op. cit., págs. 361 y 366, y SANCHEZ OCAÑA, en op. cit., pág. 732.

¹⁹³ Cfr. SUÁREZ MONTES, en loc. cit., pág. 863, y MUÑOZ CONTRÓ, op. cit. ed. cit., pág. 780.