

CAMPO ELIAS MUÑOZ R.

# EL PECULADO

Su análisis dogmático-jurídico  
en el Código Penal Panameño

PANAMA  
1973

A MI HIJO CARLOS ENRIQUE

[www.penjurpanama.com](http://www.penjurpanama.com)

## **A MANERA DE PROLOGO**

De las figuras delictivas que con mayor frecuencia se cometen en la actualidad, el peculado constituye, por la naturaleza de los bienes jurídicos que vulneran, un motivo de permanente inquietud estatal y una fuente de preocupación de la Doctrina, que se evidencia a través de la copiosa literatura que el tema ha promovido.

Al interés que despertaron en nosotros, en el ejercicio de nuestra actividad profesional, algunos de los problemas que plantea el delito de peculado, responden las páginas de esta modesta obra, en la que aspiramos a exponer, a la luz de nuestro derecho positivo, la adecuada solución de los mismos, por cuanto estimamos, que el examen de las figuras penales que integran un determinado elenco delictivo, debe hacerse a partir del texto contenido en la Ley.

El estudio que ahora presentamos no pretende ser un trabajo definitivo, sino que en la medida que pueda servir de orientación a los que en el ejercicio de la Abogacía o la Judicatura, se enfrenten a los complejos problemas que en él hemos tratado, habrá cumplido su propósito.

**EL AUTOR**

Panamá, enero de 1973

## I. INTRODUCCIÓN

### A. *Denominación del delito.*

Los diversos tratadistas que han estudiado el tema que nos ocupa utilizan distintas denominaciones para referirse al delito cometido por los funcionarios públicos en perjuicio de los caudales o efectos, que por razón de sus funciones deben administrar, percibir o custodiar.

La doctrina española lo denomina "malversación de caudales públicos" pues, aduce que el término cubre genéricamente las distintas modalidades que el delito comprende. Los autores italianos, a su vez, usan el vocablo "peculado", derivación del derecho romano que definió el delito como "pecuniae aut sacre fortum" y matizan una diferencia entre peculado y malversación, al designar por esta última la modalidad que recae sobre objetos que no son de pertenencia pública<sup>1</sup>.

Opinamos que resulta mas adecuada la denominación de malversación, que al tenor de la tónica seguida en la doctrina española, se ajusta, etimológicamente, a las diversas formas que puede presentar el ilícito, que comprende tipos penales en los que no existe apropiación de los fondos públicos, sino uso indebido o aplicación a fines diversos de los previstos.

A lo largo de este estudio, no obstante, emplearemos la denominación de peculado, por ser esta la que reconoció el delito en sus orígenes y en las primeras épocas de su proceso histórico, y la que adopta nuestro Código Penal.

---

<sup>1</sup> MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 167.

*B. Método y plan de exposición seguido en esta obra.*

El legislador construye los tipos delictivos en virtud de un proceso lógico de generalización, tomando algunas notas comunes a una serie de hechos reales, diferentes en muchas otras circunstancias. Este proceso lógico de generalización va precedido de un juicio de valoración de las conductas humanas en relación con las normas y fines del derecho<sup>2</sup>.

Los Códigos penales son textos prácticos, cuyos imperativos se alejan con frecuencia de los dictados de la dogmática penal.

Resultaría inadecuado, por tanto, emprender el estudio de un capítulo de la Parte Especial utilizando los esquemas que nos proporciona la teoría general del delito de la Parte General. Ello es así, porque la sistematización de la doctrina general contenida en el libro primero y la exposición de la especial en el segundo, no encajan adecuadamente, es decir, que no siempre será posible aplicar la primera al estudio de la segunda, puesto que la misma quiebra en muchas figuras delictivas.

En razón de lo expuesto, estimamos oportuno, siguiendo el método utilizado por nuestro insigne profesor JUAN DEL ROSAL, iniciar el estudio del peculado en el Código Penal panameño, con la formulación previa de lo que hemos denominado "teoría general del delito de peculado". En ella pretendemos resaltar los conceptos generales del ilícito, aplicables a estos tipos penales y determinar los problemas comunes a los mismos, generalizando aquellos salientes técnico-dogmáticos cuya presencia es necesaria para la configuración del tipo delictivo, o bien, resaltando, si ello ocurre, la existencia de un

---

<sup>2</sup> JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 45.

"tipo penal exceptum"<sup>3</sup>; cuando al mismo no le sea aplicable el dispositivo técnico o las conclusiones generales.

Nos interesa, por tanto, más que realizar un minucioso estudio de los caracteres del delito en cada una de las figuras penales, objeto de nuestra investigación, destacar aquellos aspectos que denotan singular importancia.

Para ello, al igual que en el análisis de cada una de las disposiciones del capítulo en referencia, utilizaremos, hasta donde ello sea posible, el esquema construido por DEL ROSAL, sobre la base del módulo objetivo-subjetivo, que si bien pudiera ser tachado de anticuado por haber servido a la vieja dogmática -tal como afirma el citado tratadista- "no cabe duda, conforme con la opinión de MEZGER (año de 1965) que el hecho punible, al igual que el hombre y en gracia a su doble dimensión material y espiritual, presenta una vertiente objetiva y otra subjetiva".<sup>4</sup> (4)

Cabe agregar, finalmente, que ya que nuestro Código no contiene un concepto del delito, a los fines prácticos de nuestro empeño, adoptaremos el que nos proporciona MEZGER, para quien delito "es la acción típicamente antijurídica y culpable".<sup>5</sup> (5) Esta definición del delito y el análisis de los caracteres del mismo (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), serán de suma utilidad seguidamente al abordar el estudio del peculado en la legislación panameña.

---

<sup>3</sup> DEL ROSAL, COBO, MOURULLO. Derecho penal Español. Parte Especial. Imprenta Silverio Aguirre Torre. Madrid, 1962. pág. 118.

<sup>4</sup> DEL ROSAL, Juan. Derecho Penal Español. Parte General. Imprenta Aguirre. Madrid. 1968. pág. 545.

<sup>5</sup> MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho penal. Editorial Revista de Derecho Penal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1965. pág. 156.

## II. TEORIA GENERAL DEL DELITO DE PECULADO

### A. *Aspecto Objetivo.*

El examen del capítulo I, del título VI, del libro II, del Código Penal panameño, permite observar que:

a. Las diversas formas del delito de peculado tienden a proteger ese ordenado y regular desenvolvimiento de la actividad de interés colectivo, que la administración pública desarrolla.

El interés jurídico prevaleciente es el correcto desenvolvimiento de la actividad administrativa en general. Siendo contenido esencial del delito la quiebra por parte del agente del deber propio de ciertas funciones públicas.

En las formas más graves del ilícito, sin embargo, encontraremos que, además, de la ofensa a la administración pública, se viola un derecho ulterior: la propiedad de la administración. Pero, aún en esos casos, el interés tutelado no se relaciona con la seguridad de determinados bienes, sino que atañe a la actividad administrativa patrimonial, cuyo normal funcionamiento altera el funcionario con su comportamiento delictivo.

b. Son elementos integrantes del delito: que el sujeto tenga el carácter de funcionario público, es decir, participe del ejercicio de funciones públicas (sujeto activo); que los dineros o efectos sustraídos tengan el carácter de caudales públicos (objeto material), y que la apropiación haya tenido lugar, precisamente, con motivo de las funciones que desempeña el sujeto (relación funcional con los bienes).

c. Sin embargo, esta regla general se quiebra en el supuesto contemplado en el artículo 158, en donde no se requiere que el

infractor sea funcionario público, ni que los caudales tengan ese carácter.

d. Respecto al sujeto activo será de indudable valor el concepto de función pública. Del mismo se parte en la formulación del concepto de funcionario público, a efectos penales (artículo 183 del C.P.).

e. En ocasiones la naturaleza de la función también confiere carácter público a *los* caudales (art. 158).

f. Por lo que se refiere a la acción material, el capítulo abarca diversas modalidades de la conducta, a saber: conductas de apropiación (arts. 153 y 154); conductas de distracción (arts. 155 y 156), y conductas de retención, en el sentido amplio del término (art. 157).

g. Se ofrece la particularidad de incriminar no sólo modalidades de acción, sino de omisión: *culposa* (art. 154).

h. No se ha tenido en cuenta para nada la rúbrica genérica del *capítulo*, al incluir en él, conductas que como las incriminadas en el artículo 157, suponen, mas que peculado, desobediencia a órdenes o decisiones emanadas de autoridades competentes, que tienen identidades mas a tono con el delito tipificado en el artículo 167 del Código. En consecuencia, cabría afirmar que estos delitos son extraños a la objetividad jurídica que fundamenta el delito de peculado.

i. En unos casos se pondera la sanción conforme a la gravedad del daño ocasionado.

j. Algunos tipos admiten, en forma discriminada, el reintegro de los caudales, como causa de atenuación de la pena (arts. 153 y 155).



k. Finalmente, en el artículo 155 se plantea el fenómeno de la coincidencia de la penalidad con la prevista en el artículo 153, para el caso de no existir el reintegro oportuno de los caudales, fórmula de suyo criticable, como oportunamente veremos, que dificulta determinar con exactitud la ratio essendi de normas típicas tan radicalmente diversas.

*B. Aspecto subjetivo.*

En cuanto a la dimensión subjetiva, la diversas modalidades del delito de peculado admiten únicamente la forma dolosa, con excepción del artículo 154, que ha sido configurado expresamente en forma culposa. En las figuras delictivas dolosas, salvo la hipótesis del artículo 155, no es menester que la conducta del sujeto se desenvuelva inspirada en una intención especial, pues, cumplidas las condiciones objetivas que materializan la infracción, desde el punto de vista subjetivo, basta la voluntad y conciencia de cumplir el hecho (dolo genérico).

En la hipótesis de peculado por uso indebido prevista en el art. 155, la propia norma exige que el acto se realice en "beneficio propio o ajeno", con lo que se hace una especial referencia a una determinada finalidad que el autor ha de imprimir a su conducta, constituyendo, a no dudarlo, una especialización del dolo.

Seguidamente entraremos al detenido estudio de los distintos tipos de peculado consagrados en nuestra legislación penal.

### **III. PECULADO POR APROPIACION**

#### *A. La Norma.*

El delito de peculado por apropiación se encuentra regulado en el artículo 153 del Código Penal, que a la letra expresa:

"El funcionario público que se apropie, sustraiga o malverse en cualquier forma los caudales u otros objetos Públicos o privados, que por razón de sus funciones está encargado de resguardar, retener, guardar, administrar, depositar o manejar bajo cualquier concepto, será castigado con interdicción para ejercer funciones públicas por el término de cuatro años y reclusión en las siguientes formas:

De seis meses a un año si la sustracción no excede de cien balboas;

De uno a tres años si la sustracción excede de cien balboas sin pasar de mil balboas;

De tres a seis, si excede de mil balboas y no pasare de cinco mil balboas;

De seis a doce años si excede de cinco mil balboas. Si el responsable del delito previsto en este artículo reintegrase los caudales u objetos sustraídos o malversados antes de dictarse la sentencia de primera instancia, la pena de reclusión se reducirá en una tercera parte.

PARAGRAFO. En los casos a que se refiere este artículo el procedimiento será de oficio y bastará que se presente formal denuncia por cualquiera que se considere agraviado".

#### *B. Aspecto Objetivo.*

##### **1. Sujeto Activo.**

Criterio unánimemente sostenido es el que afirma que sólo la persona que ostenta el título de funcionario público puede ser sujeto activo del delito de peculado. Estamos, por consiguiente, en este caso, en presencia de un delito propio o especial, dada que la calidad del sujeto activo es elemento constitutivo del tipo. Sabido es que los delitos propios no se configuran sin la concurrencia de la especial

calidad requerida para el mismo, elemento esencial para su estructuración jurídica. Lo que nutre la esencia propia de algunos tipos delictivos es precisamente la impronta que la conducta personal del sujeto activo deja en la conducta tipificada.

La calidad del sujeto activo no representa otra cosa que la valoración que la norma realiza en relación con la posición en que el sujeto se encuentra respecto del bien jurídico tutelado. El delito de peculado adquiere su razón de ser en atención a que la cualidad del sujeto activo se objetiviza en la conducta antijurídica que integra la propia esencia del tipo..<sup>6</sup>

En base a esta idea se concluye que aquellos que no sean funcionarios públicos, o no estén equiparados a ellos, por expreso mandato legal, no pueden cometer este delito. Pero además, hay que tener en cuenta que "la noción de funcionario público supone, necesariamente, la de función pública que es el conjunto de pensamiento, voluntad y acción que se despliega, con atributos de autoridad en la esfera de los órganos legislativo, administrativo o judicial, en relación al Estado, a las otras entidades públicas o a los súbditos, normalmente por obra de los oficios públicos, y excepcionalmente por obra de los particulares."<sup>7</sup>

Cabe destacar que tanto nuestra legislación como la jurisprudencia utilizan indistintamente las expresiones funcionario público y empleado público para referirse a los individuos que desempeñan una función o destino público, de orden nacional, provincial o municipal. A este respecto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente que:

"Empleado público y funcionario público son términos equivalentes y es natural que así sea, porque, por funcionario público, lo mismo que por empleado de esa naturaleza debe

---

<sup>6</sup> JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. pág. 57.

<sup>7</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 9.

entenderse el individuo investido de funciones oficiales públicas". (S. 27 de agosto de 1936, R.I. No. 14, pág. 297).

Así pues, el sujeto activo de la figura que examinamos es el funcionario o empleado público -aceptando la equiparación de los conceptos realizados por la doctrina y jurisprudencia patrias- que tuviere bajo su administración caudales u otros objetos públicos o privados, por razón de sus funciones.

No debe descartarse que el artículo 158 del Código Penal atribuye la calidad de funcionario público no solo a los empleados públicos propiamente tales, sino también a (otras personas que ejercen determinadas funciones especiales, previstas específicamente en la citada norma.

Para el delito de peculado, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Administrativo, no tiene importancia la especie de las funciones de que se encuentra revestido el empleado público, sino que basta que se trate de una función que entre en la esfera del poder legislativo, jurisdiccional o ejecutivo. El Derecho Penal maneja nociones procedentes de otras ramas del Derecho, en este caso del Administrativo, pero al hacerla así las dota de un contenido específicamente penal, con lo que se confirma que el Derecho Penal no tiene naturaleza secundaria, sino primaria.

El Código Penal, al definir en su artículo 183 el alcance del concepto de funcionario público, se aparta de las doctrinas que niegan la conveniencia de definir dentro del Derecho Penal conceptos ajenos a los ámbitos de esta materia.

No obstante, lo sostenido por tratadistas tan autorizados como MAGGIORE, es indudable que la citada definición sirve fines prácticos a efectos de la configuración del delito de peculado en la legislación panameña. La citada disposición legal se encuentra redactada de la siguiente manera:

"Se considera como funcionario público, para los efectos de la Ley penal, a todo individuo investido de funciones públicas, aún transitorias, ya sean remuneradas o gratuitas, que tengan por objeto el servicio de la Nación o del Municipio".

"Se asimilan a funcionarios públicos para los mismos efectos, a los jurados, peritos y testigos durante el tiempo en que deben ejercer sus funciones".

Es indudable que tal definición resulta válida, exclusivamente, para los efectos penales, en cuanto tales personas pueden ser sujetos activos de estos delitos. La misma, por ello no resultará valedera para otras ramas del Derecho, especialmente para el Administrativo.

Al tenor de dicha norma, funcionario público es todo individuo investido de funciones públicas, que tenga por objeto el servicio de la Nación, de la provincia, del municipio o de cualquier entidad descentralizada, ya sean remuneradas o gratuitas. En la medida en que se participa de la función pública se es funcionario público, a efectos penales.

Para la comisión del delito resulta indiferente que la función pública sea permanente o temporal. Coincidiendo con esta interpretación, nos dice MAGGIORE: "aún una simple aplicación ocasional o temporal al ejercicio de esa misma función", y "no es necesario que la legitimidad de esa aplicación resulte expresamente de normas jurídicas, ya que la facultad de ordenarla debe considerarse implícita en el poder jerárquico cuando no esté expresamente excluida o no resulte incompatible con la índole de sus funciones"<sup>8</sup>

Ahora interesa sobremanera aludir a dos interrogantes cuya solución importa a los fines prácticos de nuestro estudio en qué momento debe concurrir en el sujeto activo la calidad de funcionario

---

<sup>8</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 18.

o empleado público requerido por la norma legal? Y qué sucede cuando el título del agente no es legítimo?

La primera pregunta permite manifestar que la calidad de funcionario público debe ser investida tanto al tiempo del recibo de los cuales u otros objetos, como al momento de la apropiación o sustracción de los mismos. Así lo han sostenido autores como MANZINI y MAGGIORE, para citar algunos.

La segunda interrogante resulta, en cambio, mas compleja: hace relación a uno de los factores que concurren a la determinación del carácter de empleado público, o sea el que tiene que ver con el título o la designación, y ha servido para que la doctrina configure una clara distinción entre funcionarios de derecho, de hecho y usurpadores de funciones.

*a. Funcionarios de derecho, de hecho y usurpadores.*

La investidura de las funciones públicas tiene su origen en el nombramiento; ya sea que éste se verifique de derecho, por la determinación de una norma general, o porque depende de un acto legislativo, jurisdiccional o administrativo, o bien se verifique mediante elección o cualquier otra forma legal.

Funcionarios de derecho son aquellos que ejercen sus funciones en virtud de una investidura legítima, o sea, originada de las diversas formas previstas en la Ley: nombramientos, elección, etc. Los actos ejecutados por los funcionarios de derecho son válidos y surten los efectos legales previstos.

Funcionario de hecho es, por el contrario, quien ha sido designado y ejerce el cargo, sin el cumplimiento de las prescripciones legales que para cada caso se exigen. La situación del funcionario de facto puede originarse por que ocurran ciertas circunstancias que acarreen la nulidad del nombramiento o designación, como por ejemplo, la falta de un requisito de forma; o

bien porque el funcionario ejerza las funciones antes del cumplimiento de la totalidad de las formalidades requeridas para que su nombramiento adquiera validez legal, o porque las ejerza, aún después de haber perdido el carácter de tal, por haber cesado el período para el cual fue investido de las mismas. En todos estos casos, no hay duda, el funcionario ejerce funciones de hecho, y en todos ellos se mantiene la posibilidad de lesiones que son objeto de la protección penal que examinamos y, por consiguiente, los mencionados funcionarios pueden incurrir en el delito de peculado.

Al analizar situación similar MAGGIORE opina que las nulidades que invaliden el acto de nombramiento podrán tener importancia para otras esferas, pero no para el Derecho Penal, para el cual es suficiente que el individuo nombrado esté efectivamente investido de las funciones públicas que se requieren tutelar en él o en contra de él.<sup>9</sup>

Las razones expuestas nos autorizan a concluir que incurrirá en este delito todo aquel que cometa la violación, en ejercicio de funciones públicas, aún sin tener las condiciones personales exigidas por la ley para el desempeño del cargo, siempre que medie nombramiento de autoridad competente.

La Corte Suprema de Justicia ha sentado igual criterio, en lo referente a este aspecto, cuando expresa:

"La omisión de la diligencia de posesión de un funcionario encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos nacionales o municipales, no lo exime de responsabilidad por el delito de peculado" (El subrayado es nuestro. Casación, 19 de enero de 1939. R.J. No. 1, pág. 42)".

"La ausencia del acto de posesión de un funcionario no lo exime de la responsabilidad penal en que hubiere incurrido en ejercicio de sus funciones, las cuales

tampoco están dotadas de nulidad por razón de aquella irregularidad formal. Basta con que el empleado haya ejercido las funciones del cargo, en que se le nombró de acuerdo con la ley, para que sus actos. ..". (S.25 de mayo de 1965. Repertorio Jurídico. pág. 115 y ss).

La persona legalmente nombrada y no posesionada debidamente, cuando ejerce funciones lo hace de hecho, y como tal, sus actos son perfectamente válidos y le resulta exigible a los efectos penales, toda la responsabilidad correspondiente a ellos.

Advertiremos, por considerar que resulta interesante, que el funcionario de hecho no ejerce funciones por medio de un delito, como sucede en el caso de la usurpación, de la que seguidamente nos ocuparemos.

Usurpador es el agente que ejerce funciones para las cuales no ha sido investido. No teniendo el usurpador el carácter de funcionario público, sus actos no son nulos, sino jurídicamente inexistentes, y por tal razón no puede ser sujeto activo del delito de peculado. En la usurpación, sostiene RICCIO, existe contradicción entre el ejercicio de la función y la voluntad de la administración pública.<sup>10</sup>

El usurpador difiere del funcionario de hecho en que en el segundo existe un título putativo, o sea, por lo menos una apariencia constitutiva de la calidad de funcionario público, condición de que carece absolutamente el usurpador. Refiriéndose a este tema sostiene BERNAL PINZON que "el usurpador carece hasta de un simple título putativo que es lo menos que puede exigirse para que la persona que ejerce la función pública pueda adquirir la condición de

---

<sup>10</sup> RICCIO, Stefano. Citado por Bernal Pinzón, Jesús. Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir. Editorial Temis. Bogotá, 1965, pág. 7.



funcionario y consiguientemente poder ser sujeto activo de este tipo de delito".<sup>11</sup>.

El Código Penal panameño contempla en sus artículos: 170 y 171 la infracción penal denominada "usurpación de funciones". De tal manera que el usurpador al apoderarse de los caudales u otros objetos, incurrirá en varias violaciones penales (concurso de delitos), por una parte, la usurpación de funciones, y por otra, el delito contra la propiedad de que se trate, dadas las circunstancias del caso concreto, pero nunca el delito de peculado.

*b. La relación funcional con los caudales u otros objetos.*

"La norma condiciona la configuración del ilícito a la existencia de una relación funcional entre el autor y los bienes. A esta característica, es precisamente, la que algunos autores denominan "presupuesto del delito".<sup>12</sup>.

Para los efectos del delito previsto en la norma bajo estudio no basta tener la calidad de funcionario público en abstracto, sino que es menester otro factor que hace relación con las funciones en el ejercicio de las cuales el mismo se comete. De tal manera que para que un determinado funcionario pueda ser inculcado por peculado se requiere la atribución de ciertas funciones que permitan a su acto material encuadrar dentro del tipo.<sup>13</sup>

Si no existe una función de autoridad respecto de los caudales que le han sido encomendados al agente, la apropiación de los mismos puede ser imputada como delito contra la propiedad, pero no como peculado.

---

<sup>11</sup> BERNAL PINZON, Jesús. Ob. Cit. pág. 7.

<sup>12</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. Pág. 141.

<sup>13</sup> En este mismo sentido: PEREZ. Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal Tomo III. Editorial Temis. Bogotá, D. E. 1968. pág. 181.

Tal exigencia es la que precisamente indica con claridad que los bienes se confían o encomiendan al sujeto por una causa objetiva. La encomienda -como la denomina MAGGIORE- se hace cuando el funcionario tiene competencia para ello son, por tanto, las respectivas regulaciones legales las que determinan a qué funcionarios corresponde el manejo de bienes como administradores, preceptores o custodios.

Inspirado en el Código de ZANARDELLI, el legislador panameño utiliza una forma casuística para determinar la relación entre el funcionario y los caudales, señalando las facultades de resguardar, guardar, retener, administrar, depositar o manejar bajo cualquier concepto.

Resulta interesante anotar que el Código Penal italiano (ROCCO de 1930) se ha desvinculado de la enumeración taxativa de los modos de poseer contenida en el Código de 1889 (administración, percepción o custodia), lo que obedeció a las graves controversias que suscitó la delimitación exacta de cada uno de esos títulos y su correcta aplicación a los casos que se presentaban en la práctica<sup>14</sup>. En el mismo se ha dado acogida a la noción civilística de la posesión, es decir, en el sentido de detentación que no excluya todo poder en relación a la cosa, y por tanto dicha posesión no es sólo el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio del derecho de propiedad o de otro derecho real, ejercido directamente o por medio de otra persona que tenga la detentación de la cosa, sino también el inherente a la simple custodia no momentánea, al uso o a la administración de la cosa.<sup>15</sup>

Ahora bien, es preciso determinar si la relación funcional debe entenderse en sentido amplio, lo que implicaría todo tipo de tenencia

---

<sup>14</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 150. -25-

<sup>15</sup> Ibidem. pág. 151.

a la que haya dado lugar el ejercicio de cualquier función pública; o si por el contrario, el significado concreto de la misma es más restrictivo, exigiendo por parte del funcionario una relación de dependencia inmediata que presuponga en él una competencia legal. Dicho en otros términos, es necesario establecer si la relación funcional exige que el funcionario deba tener competencia legal para que los caudales le sean encomendados, o si bien que la entrega se realice únicamente en consideración a su condición de funcionario. En este último caso la entrega se realizaría teniendo en cuenta las razones inherentes a las funciones, pero no a la calidad de las mismas, lo que la doctrina ha dado en denominar “entrega facultativa”.

A nuestro juicio, sólo cuando la tenencia queda comprendida en la competencia propia de las funciones encomendadas existe esa especial violación del deber funcional que el peculado incrimina.

Si el delito de peculado es un ilícito contra la administración pública, que se comete, esencialmente, con la violación de los deberes inherentes al cargo, es menester para que se configure el delito que la apropiación ocurra precisamente sobre los bienes que le han sido confiados en virtud de las normas o disposiciones legales que determinan esos deberes específicamente.

"La esencia del delito que estudiamos -sostiene FERRER SAMA- reside precisamente en el quebrantamiento de ese esencial deber, por lo cual, cuando el deber específico falta, no puede hablarse de malversación por más que el sujeto activo sea un funcionario público y aunque el hecho de serlo haya hecho factible la apropiación de los fondos, habiendo en tales casos de orientarse la

calificación jurídica penal por otros caminos ajenos al delito comentado".<sup>16</sup>

Teniendo en cuenta que la norma dice "por razón de sus funciones" y no "en razón del ejercicio de la función pública" notaremos que la entrega de los bienes se realiza al agente no por su condición genérica de funcionario público, sino por ser el tutelar del cargo que lo hace competente, en el caso concreto, para recibir los caudales o efectos.<sup>17</sup>

Finalmente, habrá de concluirse que no existirá peculado en aquellos casos en que la entrega de los caudales se realice no sobre la base de la actividad funcional propia del cargo sino en consideración a una mera confianza subjetiva, a la elección arbitraria por razones de amistad o de comodidad<sup>18</sup>; y, menos aún, cuando obedezca a un hecho abusivo, o cuando la recepción de los caudales o efectos provengan de un acto administrativo ilegítimo o de usurpación; o si la causa de la entrega es una conducta dolosa de parte del funcionario, porque en todos estos supuestos, es indudable que la entrega no se realiza por razón de las funciones.

## **2. La Conducta Típica.**

La descripción abstracta y objetiva de la conducta antijurídica recogida en cada tipo penal, contiene un verbo activo que reviste la trascendente importancia de indicar la verdadera esencia o núcleo del tipo.<sup>19</sup>

La conducta delictuosa prevista en la norma se manifiesta en las expresiones "apropie", "sustraiga" o "malverse" y consiste en el

---

<sup>16</sup> FERRER SAMA, Antonio. Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Editorial Artes gráficas, Madrid, 1 956. pág. 187.

<sup>17</sup> HUNGRIA, Nelson. Citado por Bernal Pinzón, J. Ob. Cit. pág. 22.

<sup>18</sup> MAGGIORE. Giuseppe. Ob. Cit. pág. 149.

<sup>19</sup> JIMENEZ HUERTA, Marlano. Ob. Cit. págs. 68-69.

apoderamiento por parte del funcionario público de los caudales u otros objetos en cuya posesión se encuentra por razón de sus funciones.

### **a. Apropiación.**

Apropiarse significa disponer de una cosa como si se fuera dueño de ella. Entraña, por parte del agente, un comportamiento de propietario, realizando sobre los bienes actos de dominio incompatibles con el título de su posesión. En tal forma, que el funcionario público se apropia de los bienes ejerciendo sobre los mismos actos a título de propietario, o sea, los actos de disposición a que se refiere el Derecho Civil, sin tener la calidad de tal.

La apropiación, como lo exponen LEVI y MANZINI, no transforma el título posesorio en uno de dominio, ya que un acto ilícito no tiene la virtualidad de surtir efectos jurídicos.<sup>20</sup>

No se precisan en la norma las distintas formas materiales en que el sujeto puede incurrir en apropiación y por ello puede concluirse que constituye apropiación cualquier medio idóneo o cualquier conducta indicativa de la voluntad de "poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos, o en general las disposiciones las colocan".<sup>21</sup>

En términos generales, en el delito de la malversación de caudales la acción material opera apoderándose de las cosas, quebrantando el vínculo de lealtad que liga al funcionario con la administración pública, y por razón de la cual, para los fines públicos correspondientes, están materialmente bajo su custodia.

---

<sup>20</sup> SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. El Delito de Malversación de Caudales Públicos. **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**. Junio 1966. pág. 18.

<sup>21</sup> SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1967. pág. 182.

Es *oportuno* destacar que la norma no exige que la conducta delictuosa se cometa en ejercicio de las funciones; basta que el funcionario se encuentre en la posesión o tenencia de los caudales u otros objetos, por razón de las funciones, siendo intranscendente que la apropiación ocurra en momentos en que éste no se encuentre transitoriamente en el ejercicio de las mismas.

Conviene señalar, también que para la existencia o configuración del ilícito resulta necesario que el sujeto se apropie efectivamente de los caudales, y no que sólo parezca posible o probable.<sup>22</sup>

La circunstancia de que el sujeto se apropie de los caudales en todo o en parte, sólo tendrá importancia para la determinación de la pena, ya que la norma realiza una graduación de la misma en relación directa con el monto de la suma apropiada; siendo indiferente para la existencia del delito.

Para la norma, la apropiación se supone definitivamente sin ánimo de restituir los caudales y objetos entregados a la custodia del funcionario. Si la conducta típica viene, pues, constituída por la apropiación definitiva, para siempre, con ánimo de no restituir, no estaríamos en presencia de peculado por apropiación en aquellos supuestos en que se manifiesta el decidido propósito de reintegrar los caudales tras su momentánea utilización, puesto que en ellos faltará el ánimo de apropiación definitiva. Tampoco integrarían el ilícito las irregularidades administrativas en el manejo de los dineros públicos o en la custodia de los otros objetos muebles, en las que siempre faltará el elemento subjetivo del mismo.

Para configurar el delito, naturalmente, el acto debe ser ilegítimo. El carácter de ilegitimidad va implícito en los conceptos

---

<sup>22</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 158.

de apropiarse, sustraer y malversar en cualquier forma, que utiliza el legislador.

"Las cuestiones relativas a la existencia de ese carácter -ha expresado MAGGIORE- no puede decidirse más que en cada caso: habida cuenta de las particularidades respecto: del hecho concreto".  
23

El peculado al igual que la apropiación indebida supone una inversión del título para poseer, ya que la simple tenencia o posesión de la cosa por parte del agente, se torna en virtud del ánimo de éste, en una facultad de disposición como si fuera legalmente su dueño. Ha sido ésta la razón de que no pocos autores han querido ver en el peculado una apropiación indebida, calificada por la persona del agente. Calificación que se origina en el hecho de que la apropiación la realiza un funcionario público que tiene a su cargo la custodia de los caudales u otros objetos.

Lo que viene a diferenciar nítidamente estas dos figuras consiste en que en el peculado no es suficiente la existencia, en el sujeto activo, de la calidad o condición de funcionario público, para que se dé el delito: es necesario además, que exista una relación específica entre el funcionario y los bienes cuya apropiación configura el ilícito. Es indispensable que el sujeto tenga la calidad de funcionario público, y de otra parte, la función específica de administrar, custodiar, tener en depósito o manejar en cualquier concepto los caudales u otros objetos, que a su vez, deben tener una destinación legal específica.

#### *b. Sustracción*

No cabe duda que el término "sustracción" es inadecuado para significar la acción material del delito de peculado, y es que, mal

---

<sup>23</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 161.

puede hablarse de sustracción cuando los caudales deben encontrarse en la posesión material o inmediata del autor.

Sustracción es expresión que no refleja el elemento subjetivo del delito, constituido por el ánimo de la apropiación; siendo ambigüo su significado al servir, no sólo para indicar el hecho de quitar u ocultar la cosa con el fin de apropiación, sino también el de quitarla de un lugar determinado para apoderarse de ella. Tal como sostiene SUAREZ MONTES, "la sustracción no es necesaria ni suficiente para configurar el delito de peculado".<sup>24</sup>

No faltan quienes, teniendo como fundamento el concepto de sustracción, estimaran como posible la perpetración del delito de peculado mediante hurto, lo que a todas luces resulta inaceptable.

Nuestro Código, inspirado en esta materia en la legislación española, utiliza la sustracción como una de las distintas formas que puede revestir la conducta delictuosa; lo que a nuestro juicio no se justifica, ya que existe en la norma el término apropiación, concepto indudablemente de alcance técnico más conforme con la acción que se pretende señalar en este delito.

Legislaciones que utilizaron el término "sustracción", como el Código italiano de 1889 (ZANARDELLI), luego lo abandonaron por el de "apropiación". (Véase Código de ROCCO de 1930).

Cabe mencionar que la doctrina española en forma unánime ha realizado la equivalencia entre sustracción y apropiación. Al respecto señala GROIZARD, que la sustracción no es la mera apropiación sino la apropiación dolosa. "Sustrae el que se apropia de las cosas apartándolas, separándolas, excluyéndolas".<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Ob. Cit. pág. 17.

<sup>25</sup> GROIZARD, Alejandro. Código **Penal** de 1870. Tomo IV. Imprenta Esteban Hnos. Salamanca, 1891. pág. 273.



Al igual que la doctrina, la jurisprudencia española ha entendido siempre sustracción como equivalente de apropiación.

SUAREZ MONTES nos informa que la jurisprudencia española se vio precisada a realizar la equivalencia entre estos dos términos, a fin de distinguir el delito de peculado por apropiación de otras figuras delictivas como la de uso, en la que únicamente existe una distracción momentánea de los caudales con intención manifiesta de restituirlos.

*c. Malversación.*

Malversar del latín, male y versare, implica tanto el concepto de la inversión ilícita de los caudales como de aplicarlos a usos distintos de aquellos para los cuales están' destinados.

El legislador al incluir la "malversación" como una de las conductas delictuosas, no tuvo otra intención -a nuestro juicio- que la de abarcar dentro de ese concepto todas aquellas formas posibles de distracción de los caudales que no entrañaran "apropiación" o "sustracción" de los mismos. Prueba de ello es que el término malversación se encuentra calificado por la expresión en cualquier forma.

Estimamos que el término malversar debe entenderse en un sentido amplio comprensivo de todas las modalidades, de la conducta delictiva, incluyendo la omisiva dolosa, comúnmente denominada "comisión por omisión".

Concluimos pues, que el delito previsto en la norma bajo estudio, se produce por el acto del funcionario de apropiarse o prestar su consentimiento para que otros se apropien, configurándose de esta manera las dos formas dolosas del delito: comisión activa y comisión por omisión. Dado que el elemento psíquico del tipo consiste en la voluntad de apropiación, el mismo no admite la comisión culposa, la

que dicho sea de paso, estudiaremos al examinar el artículo 154 del Código Penal.

La forma dolosa de omisión supone por parte del sujeto activo, la omisión del deber de custodia de los caudales puestos a su cargo o bajo su administración, y el perfecto conocimiento del acto de la apropiación por otro; si ese conocimiento falta, podrá darse la forma omisiva culposa, esto es, la prevista en el artículo 154, pero no la dolosa del precepto que examinamos.

Compartiendo este criterio, la Honorable Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado de la siguiente manera:

"El cargo de malversación de caudales públicos no sólo es imputable a los empleados que por razón de sus funciones están encargados de resguardar o administrar o manejar bajo cualquier concepto, cuando estos los sustrajeron o aprovecharon indebidamente de ellos, sino que también cuando ellos consintieron en que otro u otros los sustraigan, dolosamente; como ocurre en el caso en examen". (S. 7 de julio de 1947. R.J. No. 7, pág. 123).

### **3. Objeto Jurídico.**

Precisa distinguir, en primer lugar, un objeto genérico, consistente en el interés público por el normal funcionamiento de la administración pública. Es indudable, que las diversas modalidades del delito de peculado tienden a proteger la actividad administrativa en general, o sea, el interés social de que permanezca incólume el regular desenvolvimiento de la administración pública en sentido lato.

El objeto específico de la tutela, en la norma que examinamos, está constituido por la seguridad de los bienes públicos o privados confiados a los funcionarios públicos por razón de sus funciones. La esencia del delito se encuentra en la quiebra del deber de probidad a

que están sometidos los funcionarios públicos con relación a los fondos públicos o privados a ellos encomendados, precisamente, por razón del ejercicio de esas funciones.

Por lo tanto, el interés protegido no tiene un carácter meramente patrimonial, pues, el funcionario público al apropiarse o sustraer los bienes que le son funcionalmente confiados, viola también sus deberes para con la administración pública.

Tal concepción de la objetividad jurídica tutelada en la hipótesis de peculado por apropiación es perfectamente válida en los supuestos de peculado culposo o por uso indebido, a que haremos referencia más adelante.

#### **4. Objeto Material.**

El objeto material está constituido por los "caudales u otros objetos", de los cuales, por razón de sus funciones, se encuentra encargado el funcionario público.

Cuando el tipo habla de caudales u otros objetos hay que entender que se trata de todo género de bienes, de clase que tengan algún valor económico o aptitud para satisfacer una necesidad. Para que dichos bienes puedan ser objeto del delito, será necesario que tengan naturaleza corpórea, que puedan ser objeto de apropiación en el estado en que se encuentran y que tengan un valor cierto o determinado. Ello es así, porque sobre las cosas incorpóreas no puede haber apropiación, las cosas que no pueden constituir objeto de propiedad, en el estado en que se hallan, no son susceptibles de peculado; ni aun cuando el agente, mediante especificación las torne comerciales. En efecto, en ese caso la cosa hipotéticamente susceptible del delito viene a encontrarse en el poder del sujeto activo, no por razón del cargo, sino por abuso del mismo. Así el anatomista que reducidos a esqueletos los cadáveres a él encomendados, por razón del cargo que ostenta, comercia con ellos,

no comete el delito de peculado, sino el de sustracción de cadáveres.

26

*a. Cosas Muebles o Inmuebles*

La doctrina en relación con este tema se plantea la interrogante de si los bienes inmuebles dan base para la comisión del hecho. BERNAL PINZON contesta en forma afirmativa y para corroborar su aseveración cita los ejemplos siguientes: el funcionario que tiene la administración de una granja agrícola de propiedad del Estado y la destina para el pastoreo de su propio ganado; y el caso del administrador de un inmueble de propiedad de un ente de derecho público que da en arrendamiento parte del mismo.<sup>27</sup>

Disentimos de la opinión del reputado profesor de Derecho Penal, pues, a nuestro juicio, incurre en error de apreciación a propósito de los ejemplos que señala, ya que ellos no constituyen actos de apropiación, ni siquiera de uso indebido de bienes inmuebles, sino la inversión de la posesión o del uso, en los cuales el funcionario se aprovecha de los frutos o de otras utilidades del bien inmueble. En ambos supuestos, no debemos tomar en consideración el inmueble en si mismo, sino las cosas muebles que del mismo se derivan, y por tal motivo concluir que se está en presencia de peculados, sin que pueda por ello afirmarse válidamente la existencia del delito sobre bienes inmuebles.

Por cosa mueble, a los efectos del delito de peculado, debe entenderse la que pueda desplazarse de un lugar a otro sin detrimento de su propio ser, aunque se trate de las que el Derecho Civil, en virtud de una ficción legal, califica de inmueble.

---

<sup>26</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 137.

<sup>27</sup> BERNAL PINZON. Jesús. Ob. Cit. pág. 19.

Las cosas inmuebles por accesión y aún por destinación, son o pueden ser, penalmente, muebles y prestarse a estas absorciones dominicales características de la apropiación.

b. *Especial Situación de los Muebles y Útiles de Oficina.*

En relación Con la especial situación de los muebles y útiles de oficina ha dicho PALMA que “se ha juzgado que no incurre en peculado el oficial público que vende o se apropia de cualquier manera de los muebles de su oficina, y se ha resuelto muy bien, por la razón de que los muebles y útiles de oficina, aunque estén destinados al servicio de los funcionarios mientras desempeñan sus funciones, no puede aducirse que constituyen el objeto de su administración”.<sup>28</sup>

De conformidad con lo preceptuado en la figura examinada, la apropiación por parte del funcionario, de los muebles y útiles de oficina, que la administración pública proporciona para el desempeño de las funciones, en todo momento constituye peculado. Esto es así, porque si bien los mismos no son objeto de su administración, son consignados a los empleados o funcionarios públicos que de ellos se sirven y por los que están obligados a responder. En efecto, la norma dispone que, se incurre en el delito sobre los bienes que el funcionario público está encargado de resguardar, retener, guardar, administrar, depositar, o manejar, bajo cualquier concepto, y no cabe duda que dentro de estas previsiones se comprende la situación de tales bienes.

Finalmente, es preciso advertir que nuestro legislador al describir el objeto material del delito utiliza la expresión "caudales u otros objetos públicos o privados", siguiendo en esta materia las

---

<sup>28</sup> PALMA, Práxedes. El Delito de Peculado en la Doctrina y en la Legislación Panameña. Trabajo de Graduación. Panamá, 1965. pág. 82.

corrientes doctrinales que admiten el ilícito sobre bienes de propiedad privada.

### C. *Aspecto Subjetivo.*

La dimensión subjetiva del peculado previsto en el artículo 153 del Código Penal, puede revestir únicamente la forma dolosa. Dado que el elemento psíquico del tipo consiste en la "voluntad de apropiación", el delito no admite la forma culposa.

La doctrina discute si para la configuración del peculado es suficiente el dolo genérico, o si por el contrario, se requiere la existencia de un dolo específico o especializado, como también lo denomina.

Estimamos que para la existencia del delito en la modalidad de apropiación no es necesario que la conducta del sujeto se desenvuelva inspirada en una intención especial, pues, cumplidas las condiciones objetivas que materializan la infracción, desde el punto de vista subjetivo, basta la voluntad y conciencia de cumplir el hecho.

Compartimos el criterio expuesto por MAGGIORE, para quien, salvo la prueba de la involuntariedad, de la buena fe, de la simple negligencia, o de cualquier otra causa, que excluye el dolo mismo, hay que reconocer que en el peculado por apropiación el dolo está "in re ipsa", dada la voluntariedad del hecho en sí, es natural que quien lo haya; querido haya tenido también la conciencia de obrar contra' legítimo interés ajeno, lo cual basta para el dolo genérico.<sup>29</sup> Por último, es interesante determinar si es preciso para la integración del contenido del elemento subjetivo del delito, que el sujeto activo tenga conocimiento o conciencia de su cualidad de funcionario público.

---

<sup>29</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 172.

Para algunos autores<sup>30</sup> el agente debe tener conocimiento de esa cualidad; debe saber que actúa en su condición de funcionario público y que los caudales u otros objetos le han sido entregados oficialmente. Ante la ausencia de ese conocimiento, en el sujeto activo del delito, su conducta no debe incriminarse como peculado.

Otros, como MANZINI y MAGGIORE, consideran que es necesario y suficiente que el agente sepa o deba saber que ejerce una actividad pública, ya que no le compete a él definir jurídicamente esa actividad ni juzgar de la cualidad que esa actividad atribuye a quien la ejerce. Así, expresado, en criterio que compartimos, la jurisprudencia, italiana que: "la ignorancia de la ley que atribuye la calidad de oficial público a una persona, no excusa" (Casación, 19 de diciembre de 1939), y "no tiene relevancia el error del imputado acerca de la propia cualidad de oficial, público" (Casación, 5 de julio de 1938).<sup>31</sup>

No está demás observar que el reintegro de los caudales apropiados en forma alguna influye en el dolo que caracteriza el delito, y sólo tendrá relevancia para los efectos de la pena o de la responsabilidad civil en que pueda haber incurrido el funcionario con su comportamiento delictivo.

#### *D. Formas de aparición.*

##### **1. Fases ejecutivas.**

El delito se consuma en cuanto se verifica la apropiación de los caudales u otros objetos muebles confiados, por razón de sus funciones, a la administración o custodia del funcionario público. Así tenemos que el funcionario que al cesar en su cargo retiene los

---

<sup>30</sup> NUÑEZ WELZEL, FRANK y MAURACH, citados por Carrera, Daniel P. Peculado. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968. pág. 154.

<sup>31</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 30.

dineros que en tal carácter custodiaba en vez de entregarlos a su sucesor, consuma en ese momento el delito.

Por tratarse de un delito instantáneo no se borra por el reintegro posterior, requerido o no, de los caudales apropiados indebidamente, su consumación opera con la simple apropiación y desde ese instante empieza a correr el plazo para la prescripción de la acción penal.

Como se desprende del propio texto de la norma, la restitución del valor del faltante en ningún caso hace desaparecer el delito, sin que pueda tener otro efecto que la eventual atenuación de la pena. Ello es así, porque las atenuantes se refieren -en todos los delitos- a la punibilidad, no a la responsabilidad, sirven para graduar la pena, y no son elementos constitutivos del delito. De donde se infiere que la restitución, que es acto posterior a la infracción penal, en nada afecta la existencia de ésta.

En lo que respecta al reintegro de los fondos malversados, cabe destacar que debe efectuarlo el mismo procesado. El reintegro efectuado por una empresa aseguradora a la institución asegurada, en virtud del cumplimiento de obligaciones contraídas en el contrato de seguro, es completamente ajeno a la voluntad del autor del ilícito y se tiene por no realizado, a los efectos de la atenuante prevista en la norma.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido este criterio cuando en acertado fallo se expresa de la siguiente manera:

"Se, puede observar, pues, que nuestro ordenamiento penal exige que el reintegro de los fondos públicos sustraídos lo haga el procesado por sí mismo o bien mediante tercera persona, lo cual nos está indicando que el resarcimiento que haga la institución aseguradora proveniente de un contrato civil, tal seguro no puede aceptarse como un reintegro de fondos hecho por el procesado, porque no le concierne. Aquí no existe el reintegro porque como ya se ha dicho, sólo ha habido un acto de cumplimiento de tal contrato civil, que nada



tiene que ver con la acción penal cometida. La atenuante de la Ley, al no producirse el reintegro, no puede dársele". (S. de 26 de junio de 1963. Repertorio Jurídico de 1963, págs. 169-170).

Por otra parte, estimamos que el peculado es un delito formal que no requiere la necesaria presencia de una lesión patrimonial. A la administración pública la lesiona el peculado, sin consideración al valor, en sus conceptos de integridad, prestigio, confianza, de los asociados en el Estado y en sus instituciones, siendo siempre secundario el daño económico, que puede *o* no existir *o* puede ser oportunamente resarcido.

Así lo ha entendido la Honorable Corte Suprema de Justicia cuando afirma:

"No es el daño patrimonial por el delito lo que domina el, mandato legislativo, sino la ofensa que recibe la administración pública, contra la fidelidad que todo funcionario público debe emplear en el manejo de dinero y bienes a su cargo, por las funciones que le han sido asignadas. En la consumación del peculado es indiferente la existencia del daño patrimonial, sino el ultraje al deber de fidelidad de parte del funcionario". (S. de 26 de junio de 1967. Repertorio Jurídico No. 6, de 1963. pág. 171).

Si bien se está en presencia de un delito formal, no lo independizamos de un resultado, ya que por ser ilícito contra la administración pública, cuya objetividad jurídica se encuentra, por tanto, en la lesión de interés colectivo en el probo desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública; dicho resultado lo es el quebrantamiento de ese regular desenvolvimiento que el funcionario público realiza al faltar al deber de probidad, está *o* no unido a una lesión al patrimonio de la administración. En todo caso, el resultado en este delito está unido a un daño que puede ser material *o* moral. El daño moral está íntimamente ligado, como hemos expuesto, a la objetividad jurídica tutelada en la norma,

mientras que el daño material guardaría relación con el objeto material.

Debemos advertir que la consumación en este delito no implica posesionamiento de los caudales u otros objetos, puesto que éstos deben encontrarse ya antes y legítimamente en la posesión mediata o inmediata del sujeto activo, sino que supone apropiación de los mismos.

Ha sido objeto de discusión doctrinal la determinación de si en el peculado son posibles las formas imperfectas de ejecución: tentativa y delito frustrado. CARRARA sostiene que en abstracto se admite la idea de la tentativa, pero no en la práctica. Según este autor, ante casos concretos o se presenta el delito consumado o nos detendremos, con toda probabilidad, en la esfera de los actos preparatorios.<sup>32</sup>

No hay duda, que en muchas de las diversas formas comisivas de este delito, será difícil establecer la existencia de la tentativa o de la frustración; sin embargo, las mismas nos parecen perfectamente admisibles, y muy especialmente, en aquellos casos en que la acción material dirigida a la apropiación se realiza mediante actos de disposición.<sup>33</sup>

Naturalmente, para la clara determinación de la existencia de las formas imperfectas de ejecución de este delito, será menester el minucioso examen del supuesto de hecho de que se trate. Sólo ante él, podremos averiguar la intención del agente y la eficacia causal de los actos realizados.

---

<sup>32</sup> CARRARA. Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol. VII. Editorial. Temis Bogotá, 1964. Pág. 43.

<sup>33</sup> Sobre este aspecto resulta interesante examinar los criterios expuestos por MAGGIORE, GIUSEPPE. Ob. Cit., pág. 169; y CARRERA Daniel P. Ob. Cit., pág. 151.

## 2. Autoría y participación.

Cuando la norma utiliza la expresión "el que haga tal cosa" o "el que omita tal cosa" nos está describiendo tan solo en cada caso concreto la conducta de un sujeto activo primario. Innecesario resulta señalar que estas expresiones comprenden una pluralidad de personas, ya que los delitos pueden ser la obra no de una sola persona sino de varias, en la que cada una presta su colaboración o ayuda, en distintos grados, en la realización del tipo penal.

Los tipos penales hacen referencia a una determinada conducta que encuentra aplicación en el comportamiento del sujeto activo: autor. No todos los que intervienen en la comisión del delito son autores, sino exclusivamente aquel o aquellos cuya conducta tiene la virtualidad de ejecutar el acto típico.

Autor, en sentido estricto, es aquel cuya conducta es subsumible, en el tipo de la parte especial, lo que él realiza *es* "la violación de la ley" a que hace referencia el artículo 63 del Código Penal. La responsabilidad de coautores ejecutivos, inductores y cooperadores es accesoria en cuanto que se les castiga con base al delito cometido por el sujeto que realizó la acción típica.

Sólo son autores los que realizan íntegramente la acción principal típica, ya que su intervención personal es subsumible en el tipo. Pero, en torno a la conducta principal pueden existir otras conductas coadyuvantes de la acción principal. Como quiera que estas conductas no implican la realización de la conducta principal (autoría) no quedan comprendidas en el tipo delictivo. Para sancionar estas conductas accesorias, el Derecho Penal crea los preceptos que regulan la participación, que constituye, usando la frase de JIMENEZ HUERTA, el dispositivo que se ensambla al tipo penal y produce su amplificación.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> JIMENEZ HUERTA. Mariano. Ob. Cit. pág. 48.

A la punición de estas conductas accesorias van dirigidos los artículos 63 y 64 del Código, que no son otra cosa que normas que contienen causas de extensión de la pena.

Son autores del delito de peculado, por tanto, los funcionarios públicos que se apropian los caudales u otros objetos públicos o privados que por razón de sus funciones están encargados de resguardar, retener, guardar, administrar, depositar o manejar bajo cualquier concepto.

Habrà de tenerse en cuenta que también serán penados, como si fueran autores todos aquellos que "cooperen de modo directo y principal en la violación de la ley penal" y "quien decida a otro a cometer el delito si se demuestra que aquel tenía interés personal en cometerlo".

Puede suceder que el delito de peculado sea cometido por un funcionario público con participación de particulares. La duda consistirá en determinar si debemos considerar a todos los partícipes del delito, funcionario y particulares, como reos de peculado, o si por el contrario, únicamente responderá por este delito el funcionario sancionado al particular o particulares como responsables de delito contra la propiedad.

CUELLO CALON opina que el particular que participa en el peculado realizado por un funcionario público no es culpable de este delito sino de un delito común contra la propiedad. Para justificar este criterio, el tratadista señala las siguientes razones:

- a. El motivo del castigo de la malversación es el quebrantamiento por el funcionario del deber de fidelidad en el manejo de los caudales puestos a su disposición y el particular no puede violar semejante deber;
- b. La disposición del artículo 60 (80 del Código Penal de 1870), el cual no se limita tan solo a las atenuantes y agravantes genéricas, sino que, establece una regla que comprende lo mismo a las agravantes genéricas que a las que

siendo también de carácter personal cualifican determinados delitos".<sup>35</sup>

Con el respeto que nos merece el insigne tratadista, estimamos que la cuestión está mal planteada. El problema o radica en determinar si las circunstancias, aun siendo de carácter personal se comunican o no según que se conozcan o desconozcan. En el delito de peculado, la calidad de funcionario público no es una mera circunstancia agravante, sino que es un elemento constitutivo del tipo. El partícipe responderá por el mismo título de delito del autor, porque el hecho es único y la tipicidad del concurrente no surge del modelo de la parte especial, sino de la norma extensiva o complementaria de la parte general.<sup>36</sup>

Una cosa es que el delito de peculado requiera ser materialmente ejecutado por un sujeto que sea funcionario público en el ejercicio de las funciones a su cargo y otra muy distinta, que en el mismo no puedan cooperar o ser inductores otras personas que no tengan ese carácter.<sup>37</sup>

### **3. Concurso de delitos.**

En relación con el delito de peculado no ofrecen una problemática especial, las normas generales del concurso de delitos.

Es posible que el agente no se limite a ejecutar la apropiación prevista en la figura sino que, para llevarla a cabo o para ocultarla, realice otros actos susceptibles de configurar otras infracciones penales.

Frecuentemente, para realizar el peculado el autor incurre en falsedades documentales, en esos casos, como en cualesquiera otros, en que el peculado vaya unido a la comisión de otros hechos

---

<sup>35</sup> CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte Especial. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1946. pág. 365

<sup>36</sup> BERNAL PINZON, Jesús. Ob. Cit., pág. 38.

<sup>37</sup> De acuerdo con esta posición: PACHECO OSORIO, Pedro. Derecho Penal Especial. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá, 1972. pág. 129.

delictivos, serán de aplicación las disposiciones del Título VII, del Libro I del Código Penal, relativo a la "conurrencia de hechos punibles ejecutados por un mismo individuo".

Compartimos la posición doctrinal que admite la existencia del concurso delictivo cuando los hechos se cometen para realizar u ocultar el peculado, pero no cuando se les ejecuta para lograr la relación con los caudales u otros objetos; ello es así, porque en este último supuesto no estaríamos en presencia del delito de peculado, toda vez que éste supone la posesión inmediata o mediata de la cosa, y si la posesión se procura en forma delictuosa, el apoderamiento de la misma configurará otra especie delictiva, más nunca peculado.

#### **4. Delito continuado.**

Los delitos en general, y entre ellos el peculado, pueden darse en la modalidad de continuado; de ella se ocupa el artículo 74 del Código Penal. Se trata en este caso de un solo delito ejecutado en forma repetida. Dada la unidad de los actos delictivos, la ley los unifica tanto para su investigación en un solo proceso criminal, como para los efectos de determinar la pena.

"No hay restitución -ha señalado MAGGIORE- sino peculado continuado, cuando el agente comete apropiaciones o distracciones para llenar los vacíos determinados por anteriores apropiaciones o distracciones suyas, pues respecto de esas acciones ha sustraído él la propiedad de la administración pública".<sup>38</sup>

#### *E. Determinación de la penalidad.*

La norma establece la graduación de la pena con base en la cuantía de los caudales indebidamente apropiados. Este sistema a mas de artificioso y anticuado, resulta injusto y radicalmente opuesto a las modernas concepciones del Derecho Penal, especialmente en lo que se refiere a la finalidad de la pena.

---

<sup>38</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit., pág. 173.

Por otra parte, resulta inconcebible que no se haya señalado un mínimo al valor de los caudales, cuya apropiación ofrezca, a los efectos de la objetividad jurídica protegida, verdadera relevancia penal. En la forma actual de la figura nos encontramos ante el absurdo de que el faltante de cantidades mínimas puede perfectamente configurar el delito, con todas las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan.

Resulta conveniente destacar que, si bien la norma contiene una graduación de la pena en relación con el monto de las sumas apropiadas, será suficiente para la fijación de la misma, la determinación aproximada del faltante que encuadre dentro de las escalas previstas. A este respecto, consideramos oportuno reproducir el criterio sentado por nuestro mas alto tribunal de justicia, cuando en sentencia de 23 de abril de 1937, expuso:

"La pena a los responsables de peculado no depende de la  
.: mayor o menor cantidad indebidamente retenida, y que  
por eso sea menester un juicio previo de cuentas para  
determinar esa cantidad, puesto que el artículo 153 del  
Código Penal no exige la fijación exacta de dicha suma ni  
el juicio de cuentas. Las nuevas disposiciones penales  
sobre la materia, tampoco requieren dicho juicio; y en  
cuanto a la cantidad malversada, se conforma con que en  
ella se determine por aproximación".

Igualmente, resulta interesante señalar que para que opere la atenuante de la pena prevista en la norma, será necesario que el reintegro se realice antes de dictarse la sentencia de primera instancia, y no, como algunos han pretendido, cuando la misma se encuentra ejecutoriada.

Además de la pena privativa de la libertad el legislador ha considerado, en atención a la gravedad del delito, la conveniencia de imponer a los reos del mismo, otra sanción: la de "interdicción para el ejercicio de funciones públicas".

Indudablemente, delitos como éste, reclaman esta sanción porque el peculado, aparte de irrogar desprestigio a la administración

pública, altera en forma grave el normal desenvolvimiento de la actividad patrimonial administrativa del Estado, al quebrar el sujeto activo del delito, el deber de probidad a que se encuentra obligado.

Finalmente, debemos añadir que, los efectos prácticos que se persiguen con la aplicación de esta última pena, no se han producido, al menos en la forma esperada; unas veces por la lenidad con que los tribunales de justicia la aplican, y otras, por la falta de energía, por parte de las autoridades competentes, en el cabal cumplimiento de la misma.

*F. Problema procesal: denuncia formal.*

No logramos entender la justificación de la exigencia contenida en el parágrafo de la norma, al señalar que el procedimiento será de oficio y bastará "formal denuncia por cualquiera que se considere agraviado".

Dada la naturaleza de la objetividad jurídica que se pretende proteger en el peculado, estimamos que este delito debe ser perseguible de oficio, sin ninguna excepción o condición.

Nuestra jurisprudencia, a fin de reducir los efectos negativos que la aplicación práctica de esta exigencia conlleva, ha determinado el amplio alcance con que debe ser interpretada.

En sentencia de 27 de agosto de 1936 la Corte Suprema de Justicia manifestó:

"La ley no exige que el denunciante haya recibido materialmente un perjuicio con el delito, sino tan solo que se considere, agraviado por su ejecución. El agravio puede ser material, como puede ser de orden moral. Considera la Corte que el jefe de una oficina, en donde uno de los subalternos comete un peculado, tiene sobrada razón para considerarse agraviado por ese hecho". (R.J. No. 61, pág. 1129).

No está demás afirmar que en el Estado panameño, la Contraloría General de la República constituye el organismo fiscalizador y vigilante de la recta administración y manejo de los



fondos públicos. Esta función se encuentra consagrada en el artículo 240 de la Constitución Nacional.

El artículo 12 de la ley número 6 de 1° de febrero de 1941, por la cual se organiza la Contraloría General de la República, señala expresamente la obligación de esta dependencia gubernamental de remitir a las autoridades competentes las investigaciones en que se advierta la posible comisión de un hecho punible, constituyendo así, la Contraloría, el auxiliar más valioso con que cuenta la Administración Pública para la fiscalización del manejo del patrimonio público.

#### **IV. PECULADO CULPOSO**

##### *A. Exposición del artículo 154.*

El Código Penal de 1916, regulaba ya en nuestra legislación penal el llamado "peculado culposo" que constituye la materia de que se ocupa el artículo 154 del Código Penal vigente luego de una reforma introducida por la ley 5a. de 1933, y cuyo texto es el siguiente:

"El funcionario público que por abandono o ignorancia diere ocasión a que otra persona se apropie, malverse o sustraiga los caudales o efectos públicos o privados de que se trata en el artículo anterior, sufrirá la tercera parte de la pena de reclusión allí señalada e interdicción para ejercer funciones públicas por el término de tres años",

No existe en el Código una disposición general destinada a reprimir todas las especies de culpa o negligencia; motivo por el cual resulta imperativo, en cada caso particular, que el hecho que se pretenda incriminar esté descrito por la ley en forma culposa.

El peculado culposo no está comprendido como infracción penal en las legislaciones europeas, salvo en la española de donde la tomamos.

La norma no sanciona la apropiación de los, caudales por parte del funcionario encargado de su custodia, porque el apoderamiento de los mismos no puede efectuarse por descuido o negligencia. Pero la falta de cuidado, de atención por parte del funcionario, así como el incumplimiento de sus especiales deberes puede dar lugar a que otro se apodere de los caudales u otros objetos, y en ese caso, la ley sanciona al funcionario que da lugar a la ejecución del delito.

Los funcionarios públicos deben cumplir sus deberes oficiales no solo con decoro y probidad, sino con diligencia y prudencia. La norma eleva a categoría de delito la culpa cuando ella da lugar a la

apropiación de los caudales o efectos puestos bajo la administración o custodia del funcionario.

*B. Aspecto objetivo.*

**1. Pluralidad de sujetos activos.**

No cabe duda que estamos en presencia de un delito propio o especial, en contraposición a los comunes en que el sujeto activo puede ser cualquiera. Los delitos especiales, como es sabido, son tipos subjetivamente limitados, en el sentido que sujetos activos primarios de los mismos sólo pueden ser un sector determinado de personas. En el caso concreto los que tengan la calidad de funcionario público. Hay sin embargo, una excepción: la contemplada en el artículo 158, que permite que puedan ser también sujetos activos los empleados particulares que se encuentren encargados, por cualquier concepto, de fondos, rentas, o efectos nacionales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia.

Ahora bien, es menester reconocer, que como quiera que el delito culposo debe ir en concurrencia de un delito doloso distinto, imputable a otra u otras personas, que no al funcionario; nos encontramos en presencia de una pluralidad de sujetos activos primarios, cuyas conductas también debemos examinar para establecer las consecuencias que de las mismas se derivan.

**2. Examen de las conductas descritas en el tipo.**

La conducta propia del sujeto activo primario del tipo (funcionario público) viene constituida por un hecho de abandono o ignorancia en lo referente a sus deberes de custodia y vigilancia de los caudales u otros objetos públicos o privados de que está encargado por razón de sus funciones. A esta conclusión se llega por

razón de la expresa remisión que hace la norma al artículo 153, en lo relativo al objeto material y al presupuesto del delito.

Debe ser la acción culposa del funcionario la que necesariamente dé lugar u "ocasión a que otra se apropie, malverse o sustraiga los caudales u otros objetos muebles. Entre el abandono o imprudencia del funcionario y el acto intencional de la otra persona debe existir una relación de causalidad puramente hipotética: expresa la idea de que la sustracción o apropiación no habría tenido lugar si el funcionario hubiese observado la diligencia o cuidado debidos.

"La acción dolosa de la otra persona debe guardar una estrecha relación con la acción culposa del funcionario: ésta debe haber dado la ocasión, de manera que haya hecho posible por ella misma la comisión del delito".<sup>39</sup> Este es el criterio que ha mantenido la Honorable Corte Suprema de Justicia en varios fallos. (ver: Sentencia de 24 de enero de 1963. Repertorio Jurídico No. 1, Enero, 1963, pág. 33).

Tenemos, pues, que afirmar que la responsabilidad culposa del funcionario público desaparece al no existir acto doloso de una tercera persona. Así, no estaremos en presencia de un delito de peculado culposo si los bienes confiados al funcionario por, los distintos títulos que señala la norma se pierden o extravían como consecuencia de su negligencia o abandono.

Nos ocuparemos seguidamente de precisar el contenido de la expresión "otra persona" usada por el legislador, lo que resulta de interés a los efectos prácticos de nuestro estudio.

Aun cuando el tema no ha sido objeto de especial cuidado por parte de los diversos autores o tratadistas, podemos afirmar que la mayoría parten de la premisa que la expresión alude a un tercero o particular (extraneus). Ante este supuesto no admitiría duda alguna la problemática de establecer el título por el cual deben responder tanto

---

<sup>39</sup> SOLER, Sebastián. Ob. Cit. pág. 185.

el funcionario como el tercero: el intraneus (funcionario público) responderá por el delito de peculado culposo -y el extraneus por un delito contra la propiedad'. Se trata de dos distintos delitos, cometidos por personas distintas, en épocas diversas y sin que medie entre ellos acuerdo o concierto. El problema se plantea de difícil solución, en cambio, cuando autores como RODRIGUEZ, en el Derecho colombiano, sostiene que "otra persona" puede ser un funcionario público, que si actúa con "ocasión de sus funciones" cometerá igualmente malversación en la modalidad dolosa, a que se refiere el artículo 153, anteriormente examinado.<sup>40</sup>

Tímidamente, porque el punto no está muy claro, estimamos que cuando la norma usa la expresión "otra persona", se está refiriendo a los extraneus. Ello es así porque si la interpretación adecuada del tipo permitiera extender el alcance de dicha expresión a "otro funcionario público en ejercicio de sus funciones" perderían su razón de ser los presupuestos de culpa que son la ratio essendi de la punibilidad del tipo. Dicho en otras palabras, el hecho de abandono o ignorancia que constituye la conducta típica del funcionario público, no revestiría las mismas características de gravedad. Otro funcionario público podría, o por lo menos estaría en condiciones de, burlar con suma facilidad la diligencia o cuidado exigidos al funcionario bajo cuya custodia o administración están los caudales u otros objetos, quebrantando precisamente, los vínculos de confianza, lealtad, etc., que deben relacionar normalmente a los funcionarios en el desempeño de sus deberes. Hasta qué extremos habría de llegar para establecer, entonces, los grados mínimos de culpa de que podría hacerse responsable el funcionario en estas condiciones? La cuestión se agrava más, si se tiene en consideración, que la norma no incrimina, como hace la española, una culpa inexcusable, o sea, que no pueda ser disculpada o justificada, sino que exige simplemente

---

<sup>40</sup> RODRIGUEZ. Gustavo Humberto. El Peculado. Imprenta Departamental. Tunja. 1956. pág. 117.

abandono o ignorancia por parte del funcionario, lo que hace suponer que cualquier grado de culpa por leve que sea hace al funcionario reo del delito. Ante este supuesto estimamos por simple lógica, que si bien estaríamos en presencia de un delito de peculado doloso en que incurriría el "otro" funcionario, la conducta del funcionario negligente no constituiría la culpabilidad configurada en el delito previsto en la norma examinada.

Es preciso advertir, por último que la relación de causalidad a que nos hemos referido, no puede admitir acuerdo de voluntades entre el autor del delito de peculado culposo y el tercero que actúa dolosamente. La culpa, a diferencia del dolo, no supone una relación subjetiva, mas o menos directa, entre el autor y el resultado delictuoso, sino que se resuelve en una relación que sólo á veces es indirecta, pudiendo también faltar<sup>41</sup>; no es posible hablar de una participación entre la acción dolosa y la culposa. Es por ello, que cuando señalamos la relación de causalidad, entre el funcionario público negligente y la conducta dolosa del tercero, manifestamos que es puramente hipotética.

### *C. Aspecto subjetivo.*

La dimensión subjetiva del tipo, en lo que se refiere al funcionario público, únicamente puede revestir la forma culposa. La propia norma usa las expresiones "abandono o ignorancia".

El artículo 395 del Código Penal español, de donde proviene la disposición legal patria, contiene la expresión: "abandono o negligencia". La sustitución de negligencia por ignorancia, realizada por el legislador panameño, a nuestro juicio, no resulta adecuada.

Por otra parte, la realización culposa de la figura requiere que la defraudación se produzca a consecuencia de la imprudencia, negligencia o impericia, de parte del funcionario público, en la

---

<sup>41</sup> FONTAN BALESTRA. Carlos. El elemento subjetivo del delito. Roque Depalma. Buenos Aires, 1057. pág. 120.

administración o custodia de los caudales u otros objetos, de que se encuentra encargado por razón de sus funciones.

No basta para la configuración del tipo que los caudales se hayan perdido o extraviado, como consecuencia culposa del funcionario, sino que es necesario, en todo caso, la apropiación dolosa por parte del tercero, sin la cual no habrá peculado culposo.

Si bien no hay participación, tal como hemos dejado expuesto, debe existir un vínculo de causalidad que una a la conducta de las dos personas (funcionario público y tercero); dicho vínculo surge de ser la culpa del funcionario público la que hace posible que el delito se consume, puesto que sin el abandono o negligencia del funcionario, no habría podido realizarse el acto en virtud del cual se cometiera la apropiación. No existirá, por tanto, delito si se prueba que la apropiación hubiere tenido lugar aun en la hipótesis de un comportamiento diligente del funcionario. "Si la comisión de un grave robo con fractura coincide con la existencia de una infracción a los deberes de parte del funcionario, no se dirá que él ha dado ocasión al asalto".<sup>42</sup>

Sabido es que, "objetivamente" el hecho culposo supone un resultado previsible, y, su objetivamente, un deber de diligencia cuyo cumplimiento hubiere permitido prever y, por tanto, evitar el resultado típicamente antijurídico".<sup>43</sup>

Cabe preguntarse entonces: ¿Cuándo concurre en la realización de la conducta típica una falta de diligencia, Una infracción del deber de cuidado y Custodia de los caudales u otros objetos, que haga al funcionario responsable de ella? Nuestro Código no define las distintas especies de culpa, y la norma no determina qué especie de culpa se sanciona en la misma. Resulta, por tanto, de gran trascendencia esa determinación. Podría argüirse, y con razón, que tales deberes de diligencia no están determinados con precisión en

---

<sup>42</sup> SOLER, Sebastián. Ob. Cit. pág. 185

<sup>43</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Ob. Cit. pág. 123

ninguna parte que en la práctica, en los casos de simple imprudencia o negligencia, es al juez, a quien corresponde apreciar, en último término, si el autor del hecho culposo, ha obrado con la diligencia que el caso requiere, teniendo en cuenta todas las circunstancias subjetivas y objetivas en que actuó.

A nuestro juicio, toda vez que la norma no exige que el abandono o ignorancia sea inexcusable, habrá que decidirse que será punible todo tipo de falta de preocupación grave en que incurra el funcionario en la vigilancia o custodia de los caudales u otros objetos muebles, de que se encuentre encargado, por razón de sus funciones. Cuanto mas precaución requiere la naturaleza del acto que realiza, tanto mayor será la negligencia en que se pueda incurrir.

A este respecto, podemos señalar, como lo hace reputado autor<sup>44</sup>, que para que se pueda sancionar al sujeto activo de un delito a título de culpa- es menester: a) Que el hecho esté descrito por la ley en forma culposa; y b) Que el resultado no haya sido previsto por el autor al momento de la acción o bien que habiéndose representado el resultado, no haya asentido en él, habiendo sido decisiva para su obra la convicción de que no se produciría.

Finalmente, debe observarse que la impericia y la inobservancia de los reglamentos, o deberes del cargo, constituyen a no dudarlo, modalidades de la negligencia y la imprudencia, especialmente para el delito de peculado culposo.

#### *D. Formas de aparición.*

##### **1. Fases ejecutivas.**

El delito no se configura una vez ocurrida la acción culposa del funcionario público, la punibilidad depende del " hecho doloso del tercero, de manera que no puede hablarse de peculado culposo, antes del cumplimiento de la conducta delictuosa de éste.

---

<sup>44</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Ob. Cit., pág. 130.



Es a partir de la apropiación o sustracción del tercero cuando el delito se consuma y empieza a correr el plazo para la prescripción de la acción penal del mismo, y no desde la fecha en que se produjo la conducta negligente del funcionario.

No son admisibles en este delito las formas imperfectas de ejecución. "Las formas imperfectas sobre todo las normales (tentativa y frustración) no cabe cometerlas culposamente, señala el maestro, ya que conductas cifradas en un requisito subjetivo típicamente expresado es antinómico de la culpa. Justamente el finalismo subraya la tentativa, o mejor decir, la resolución de cometer el delito) como un elemento subjetivo de la antijuridicidad, excluyente de la tipología de las actuaciones culposas".<sup>45</sup>

## **2. Autoría y participación.**

Es autor del delito de peculado culposo el funcionario público que maneja o administra los caudales u otros objetos, que por abandono o ignorancia de ocasión a que un tercero se los apropie o sustraiga.

Por tratarse de un supuesto de culpa no puede hablarse de complicidad, porque la culpa como hemos dejado expuesto, no admite participación. Si bien, el peculado culposo no se consuma sino cuando ocurre la acción dolosa del tercero, éste no debe obrar de acuerdo o en concierto con el funcionario, pues de lo contrario, el delito, para el funcionario no sería culposo, constituyendo el tipo del artículo 153 del Código Penal.

La participación dolosa de ambos sujetos, ha dicho SOLER, se rige por los principios generales: el extraneus pasa a ser cómplice primario de peculado (se refiere al peculado por apropiación).

Por último, cabe agregar, que el tipo configura claramente la existencia de dos especies de delitos cometidos por personas diversas, en distintos momentos, en modalidades sustancialmente

---

<sup>45</sup> DEL ROSAL, Juan. Ob. Cit. pág. 435.

contrarias; culposa y dolosa; con la especial peculiaridad que, la existencia de la malversación culposa, está condicionada a la del delito contra la propiedad del tercero, en hipotética forma tal que si hemos señalado una relación de causalidad entre esas dos conductas delictivas, no puede existir, en estricto derecho, participación.

#### *E. Determinación de la penalidad.*

Debido a la menor gravedad del elemento subjetivo, el peculado culposo es sancionado con pena más leve que el doloso. En efecto, la norma sanciona el peculado culposo con la tercera parte de la pena prevista en el artículo 153 del Código Penal.

Estimamos, sin embargo, excesiva la penalidad de este tipo de peculado. En su fijación el Código ha abandonado la regla general sentada para los delitos culposos, que se sancionan con pena de arresto y multa. En los casos más graves como el homicidio por imprudencia la pena es de seis meses a un año de arresto, que no de reclusión, como sucede en el peculado culposo. Este ejemplo por sí solo ilustra la extrema gravedad del tratamiento otorgado a este tipo delictivo. Otro tanto sucede con la pena de interdicción para el ejercicio de funciones públicas que se establece en tres años.

Mas sorprendente aún resulta, que para esta modalidad delictiva ni siquiera se admita la atenuante de reintegro, lo que a nuestro juicio, es insólito; especialmente si se tiene en consideración que en la práctica el peculado culposo es menos frecuente y reviste una menor peligrosidad en el sujeto activo del delito.

En consideración a lo expuesto, abogamos por una penalidad menos severa, y por la incorporación de la posibilidad del reintegro de las sumas apropiadas, con carácter de atenuante.

También debe ser materia de revisión el hecho de que la norma, en la determinación de la penalidad remite el artículo 153, sistema a todas luces inadecuado, ya que dicho precepto legal regula un tipo delictivo sustancialmente diferente.

## V. PECULADO POR USO INDEBIDO

### A. *La Norma.*

La modalidad de peculado por uso indebido está descrita en el artículo 155 del Código Penal, que es del siguiente tenor:

"El funcionario que usare en beneficio propio o ajeno, los caudales o efectos públicos o privados que estén a su cargo por razón de sus funciones, sufrirá pena de multa de cien a mil balboas e interdicción para ejercer funciones públicas por el término de dos años, siempre que reintegre los caudales o efectos públicos o privados usados, antes de dictarse auto de enjuiciamiento; si no lo reintegrase o el reintegro se hiciere después, sufrirá las penas señaladas en el artículo 153 de este Código".

Inspirada en la legislación española, la norma incrimina el uso arbitrario de los caudales o efectos en el que existe, no el ánimo de apropiarse de ellos, sino de restituirlos oportunamente.

La mayoría de las legislaciones europeas no sancionan el peculado de uso. No se encuentra reprimido en el Código Penal italiano, a diferencia de lo que sucede con el hurto de uso. "Así que, por ejemplo, expone MAGGIORE, *no* comete peculado el funcionario que se aproveche, aun para su uso particular, de la nave, del automóvil, del caballo, de la máquina de escribir, etc., pertenecientes a la administración de que depende y a él encomendadas, por razones de su oficio: con tal de que se trate de un hecho precario, excepcional, destinado a satisfacer una necesidad hasta un capricho ocasional, y que excluya en el funcionario el comportamiento de propietario en relación a la cosa".<sup>46</sup>

Pese a los caracteres de gravedad que esta forma delictuosa reviste, en nuestro país, el peculado por uso es letra muerta, por la benignidad con que nuestros tribunales de justicia aplican el

---

<sup>46</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 156.

precepto, y lo que es peor aún, debido a la confusión interpretativa que de la norma realizan -en la mayoría de los casos la aplican a situaciones que presentan las características típicas del peculado por apropiación- desvirtuando en esta forma la ratio essendi de este tipo penal.

*B. Aspecto objetivo.*

**1. Sujeto activo.**

No ofrece particularidad alguna el sujeto de la acción, siendo por tanto aplicable a este supuesto cuanto dejamos expuesto en relación con el peculado por apropiación.

**2. La conducta típica.**

El núcleo del tipo del artículo 155 viene constituido por una determinada conducta: "usar en beneficio propio o ajeno los caudales o efectos".

Usar indebidamente una cosa es darle arbitrariamente un uso diferente al prescrito. Difiere de la apropiación en cuanto que no existe, como en ésta, el propósito de apoderarse de la cosa, ya que se tiene el de devolverla o reintegrarla.

Es necesario tener presente que en nuestra legislación el uso indebido adopta dos formas: una es la prevista en la norma que analizamos, en donde se trata de un uso privado en provecho del usuario o de otra persona. La otra, que tendremos ocasión de examinar más adelante al tratar el delito de "peculado por aplicación pública distinta a la prevista" es en cambio, un uso oficial, o sea, para otra finalidad de la administración pública, que no exige provecho del usuario o de otro, y que supone únicamente contrariar normas presupuestarias.

La acción material comprende tanto el uso de los caudales como el de cualesquiera otros efectos públicos o privados.

### 3. Objeto material.

MAGGIORE considera que el peculado de uso es solo concebible por parte de los funcionarios consignatorios de especie y no por los que responden de cantidad, refiriéndose a la distinción que se hace en el Derecho italiano y que proviene del Derecho Romano<sup>47</sup>.

El objeto material está constituido por los "caudales o efectos", de los cuales, por razón de sus funciones, está encargado el funcionario público. Presenta la norma en este aspecto una notable diferencia, que es necesario destacar, con el artículo 153, ya examinado, y que hace recaer el objeto material del delito sobre los "caudales u otros objetos". Cabe preguntarse entonces: Cuál ha sido la intención del legislador al utilizar en este caso un término que como "efectos" es más limitativo y específico?

Por efectos se entiende "valores, papeles de crédito, títulos, estampillas, bonos, etc.," mientras que el término "objeto" es genérico comprensivo de toda clase de cosas o bienes susceptibles de ser administrados, custodiados o manejados por los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones.

La acepción jurídica y civil de "efectos" se utiliza más bien para diferenciar aquellos valores que no son dinero efectivo.

La expresa mención del vocablo "efectos" en el artículo 155 podría dar base para estimar que el peculado por uso indebido sólo puede recaer sobre los caudales o efectos, en sentido estricto, sin que pueda extenderse, *como* sucede en el peculado del artículo 153, a toda clase de bienes. Sin embargo, y como quiera que el legislador usa el término efectos también en el artículo 154, nos inclinamos por una interpretación amplia, mas acorde con la finalidad práctica de la norma y con la objetividad jurídica que se pretende proteger en estos delitos.

---

<sup>47</sup> MAGGIORE. Giuseppe. Ob. Cit. pág. 163.

### C. *Aspecto Subjetivo.*

Es indudable que la cuestión de mayor interés que la norma típica suscita es la que hace relación con el elemento subjetivo. De su correcta interpretación dependerá, a no dudarlo, la cabal comprensión del precepto. Se puede afirmar que la norma señala una diferencia esencial con el elemento subjetivo de esta forma de delincuencia en relación al elemento subjetivo del peculado por apropiación. En efecto, al usar la expresión "usarse en beneficio propio o ajeno", está significando una especialización del dolo (dolo específico).

El tipo ofrece un corpus estructurado por elementos anímicos del autor, ya que de lo contrario no se podría reconocer cuándo el agente dispone indebidamente de los caudales o efectos que posee legítimamente.

La idea de "beneficio" a que alude el precepto legal comprende: tanto una ventaja de orden patrimonial como otra que no tenga ese carácter.

Atendiendo a que el elemento especializador del tipo lo constituye una finalidad determinada: el provecho propio o ajeno, sostenemos que queda excluida de este supuesto la imputación a título de dolo eventual.

El elemento subjetivo de este delito está constituido por el ánimo de aplicar a usos propios o ajenos los caudales o efectos públicos o privados, a cargo del funcionario, y en la conciencia de que son estos los aplicados a aquellos usos.<sup>48</sup> Es, precisamente, la falta de ánimo de apropiación, que se manifiesta en el decidido propósito de restituir- los luego de su momentánea utilización, lo que diferencia el peculado por uso indebido de la modalidad de apropiación contenida en el artículo 153 del Código Penal.

---

<sup>48</sup> CUELLO CALON, Eugenio. Ob. Cit. pág. 367.

No lleva razón, por tanto, PACHECO OSORIO, cuando manifiesta que "pese a la aparente amplitud de la expresión que en cualquier forma haga uso indebido", este debe consistir siempre en una apropiación o una sustracción".<sup>49</sup>

Al respecto de este elemento diferenciador ha sostenido ilustre comentarista del Código Penal español de 1870, "ya no se trata de la sustracción de fondos o caudales públicos, sino de una mera distracción, de un simple uso indebido de los mismos, con ánimo empero de reintegrarlos realizando efectivamente el reintegro".<sup>50</sup>

En definitiva, pues, lo que permite establecer la existencia del delito de peculado por uso indebido consiste en que en el agente debe existir siempre, es decir, en todos los casos, la intención o el ánimo de reintegrarlos luego de su uso arbitrario. O bien como afirma FERRER SAMA: "con evidente intención de colocar posteriormente dichos objetos en la legítima situación en que se encontraban con anterioridad a dicho uso".<sup>51</sup> A esta misma conclusión arriba LABATUT GLENA en el Derecho Penal chileno.<sup>52</sup>

#### *D. Fases ejecutivas.*

En relación con el momento consumativo del delito previsto en la norma que comentamos se sostienen dos posiciones fundamentales. Por una parte, hay quienes estiman que toda vez que en el delito se quebranta el vínculo de confianza y lealtad que debe el funcionario, y lo que se ofende es el prestigio de la administración pública, no se requiere para que se estime consumado el peculado por uso indebido, que se haya producido un daño patrimonial. Para los seguidores de esta corriente doctrinal, el peculado es un delito de

---

<sup>49</sup> PACHECO OSaRIO, Pedro. Ob. Cit. pág. 143

<sup>50</sup> VIADA, Salvador. Código Penal de 1870. Editor Fernando Fe. Madrid, 1870. II Edición. pág. 67.

<sup>51</sup> FERRER SAMA, Antonio. Ob. Cit. pág. 196.

<sup>52</sup> LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1969. pág. 153

peligro y no de lesión, porque para que se consuma no es necesario que se produzca un daño efectivo. Es además, un delito formal cuya consumación opera por el simple uso indebido, aunque del mismo no resulte daño alguno. La esencia del ilícito consistiría en el abuso y la violación de la confianza pública depositada en el servidor; público, sin que haya necesidad, para integrar el núcleo típico de la figura, que concurra perjuicio económico. El hecho se consuma no con el ataque a la propiedad sino por el quebrantamiento de los deberes funcionales en cuanto a la custodia de los bienes puestos a la custodia del funcionario público.

En síntesis, puede afirmarse que los que comparten este criterio, se fundan primordialmente en la objetividad jurídica tutelada en la norma, y argumentan la ineficacia del resarcimiento del daño en cuanto a la inexistencia de la infracción. Es decir: que el resarcimiento o reintegro de los caudales o efectos no tiene otra finalidad que la de una circunstancia atenuante, situación que por lo tanto, deja - intacta la existencia del ilícito. Si el reintegro de los caudales (resarcimiento del daño) no elimina el delito, es porque, el daño no es elemento constitutivo del mismo, pudiendo éste, por tanto, subsistir sin él.

Los que adversan esta teoría exigen expresamente la concurrencia de perjuicio en la configuración del delito. "Así como en el caso de un particular -ha declarado SOLER- difícilmente se concibe la defraudación sin la existencia de un patrimonio defraudado en el caso de peculado, la existencia de una lesión al patrimonio fiscal constituyen un elemento del corpus delictus".<sup>53</sup>

Así planteada la cuestión resulta, que si bien, el peculado es un delito contra la administración pública cuya objetividad se encuentra, por tanto, en la lesión al interés colectivo en el probo desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración

---

<sup>53</sup> SOLER, Sebastian. Ob. Cit. pág. 184



pública; para el peculado por uso indebido es necesario o imprescindible una lesión patrimonial: el delito se consume cuando ella existe y es oportunamente reparada mediante el reintegro de los caudales o efectos. Mal podría repararse el daño que no se ha causado.

En nuestra opinión, el momento consumativo del delito previsto en la norma coincide con el uso de los caudales o efectos, el delito no desaparece por el hecho de que exista reintegro de los mismos, ya que éste tiene como única finalidad reparar el daño causado a la administración pública, pero el ilícito del cual se deriva el daño queda intacto en sus elementos constitutivos. Entre el momento del uso de los caudales y el del reintegro transcurre un intervalo de tiempo durante el cual el patrimonio de la administración pública se ha disminuido, es decir, ha sufrido un quebranto, y los caudales han sido indebidamente distraídos. La precariedad del daño en forma alguna puede estimarse como falta de daño.

El examen de la determinación del momento consumativo del peculado por uso indebido, sin embargo, plantea otro problema de difícil solución. Es el relacionado con el carácter de la falta de reintegro a que se refiere la parte final de la norma bajo estudio.

FERRER SAMA estima que se dé o no el reintegro, el peculado de uso es siempre distinto al peculado por apropiación, a pesar de que se presente el fenómeno de coincidencia de la penalidad, establecida en la norma que incrimina el peculado por uso indebido, para el caso de que las sumas usadas no hayan sido reintegradas oportunamente. "Lo que debe, pues, evitarse -nos explica el ilustre profesor- es caer en el error de estimar que el sentido del último párrafo del artículo que comentamos (se refiere al artículo 392 del Código Penal español, equivalente al 155 del Código patrio) sea el de que deba considerarse que en el caso de no haberse

efectivamente verificado el reintegro no existe la figura de disposición indebida, sino la sustracción".<sup>54</sup>

De acuerdo con, este criterio debe concluirse que el momento consumativo del delito previsto en la norma es aquel en que se hace uso arbitrario de los caudales o efectos públicos o privados de que se encuentra encargado el funcionario público, por razón de sus funciones.

No conforme con el criterio expuesto, SUAREZ MONTES, es de opinión de que para que se configure el peculado por uso indebido es absolutamente necesario que concurren dos requisitos fundamentales: por una parte, la falta de ánimo de apropiación, y por otra, que el autor verifique el reintegro oportunamente. A este segundo requisito alude el citado autor cuando manifiesta: "la ley exige en segundo lugar que el autor, conforme a su propósito, verifique efectivamente el reintegro, y además, lo haga en tiempo oportuno".<sup>55</sup>

Si ello es así, tendríamos que aceptar entonces que si el reintegro no se produce en su debida oportunidad no se configura el delito previsto en el tipo legal que examinamos. En consecuencia, la restitución oportuna de los caudales o efectos no vendría a ser como sucede en el peculado del artículo 153, una simple circunstancia atenuante, sino un elemento constitutivo del tipo. Dicho reintegro no operaría al margen del hecho típico que permita atenuar la responsabilidad del agente, sino que adquiriría -por razón de la interpretación del citado autor- caracteres de tal naturaleza que lo convertirían por imperativo legal, en uno de los elementos constitutivos del hecho típico. Es decir, condicionante de que el hecho constituya un determinado delito en vez de otro.

Si aceptamos este último criterio cabría estimar como momento consumativo del peculado por uso indebido aquel en que se verifica el reintegro. Así tendría que ser, puesto que si el mismo no se

---

<sup>54</sup> FERRER SAMA, Antonio. Ob. Cit. pag. 197.

<sup>55</sup> SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Ob. Cit. pág. 50-51.

verifica, o se verifica con posterioridad al pronunciamiento judicial a que se refiere la norma, cabría la posibilidad de configurar el hecho como peculado por apropiación.

No cabe duda que la tesis correcta es la de estimar que la falta de reintegro tiene como consecuencia la de establecer un fenómeno de coincidencia de la penalidad, a todas luces censurable, debiendo considerarse como momento consumativo del peculado por uso indebido aquel en el que se usan o distraen los caudales o efectos en forma arbitraria.

#### *E. Determinación de la penalidad.*

Como hemos afirmado con anterioridad, en este delito no existe la intención de apropiarse en forma definitiva de, los caudales o efectos, sino que el ilícito prevé una conducta delictuosa dirigida al empleo transitorio o uso temporal, en beneficio propio o ajeno, de los caudales. Predomina aquí, pues, la mera distracción con ánimo de restitución oportuna. Es por ello, por lo que la penalidad de esta, modalidad de Peculado es menor que la establecida en el supuesto contemplado en el artículo 153, puesto que el legislador estimó que no se trata en este caso de una apropiación o sustracción definitiva, sino que aunque se haya derivado en beneficio, que es la razón de punibilidad y sea de su esencia la restitución, mal pueden los bienes públicos o privados usarse arbitrariamente en beneficio personal o de terceros, .en detrimento de los intereses de sus legítimos propietarios o destinatarios.

No hemos logrado encontrar una explicación satisfactoria a la equiparación punitiva, que realiza el legislador, ante la falta del reintegro oportuno: Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español la ha calificado unas veces como "cláusula de índole meramente utilitaria tendiente al recobro de los caudales" y otras, se ha entendido "como una presunción del advenimiento de

una voluntad de apropiación manifestada por la persistencia en la negativa del reintegro".<sup>56</sup>

Esta última posición tiene, indudablemente, la ventaja de suponer que no es la simple falta de reintegro lo que explica tan grave cambio de penalidad.

No obstante, sigue faltando una explicación satisfactoria. Pues si aceptáramos las razones indicadas por el citado Tribunal sería inadmisibile el establecimiento de una presunción iuris et iure sobre el elemento culpabilista que por pertenecer al reino de la existencia necesita de prueba por ello parece censurable tal cambio automático de responsabilidad, que no permite tener en cuenta la diversa índole de las causas a que puede ser debida la falta de reintegro.

A nuestro juicio, lo que persigue es facilitar el reintegro con la finalidad de evitar el grave perjuicio que puede ocasionar el patrimonio público la comisión de esto datos. Sin embargo, teniendo en cuenta lo antes expuesto, era mucho más práctico fijar una pena distinta para los casos en que el reintegro no ocurriera, la que vendría a operar como agravación del delito.

Por último debemos manifestar que ni la jurisprudencia patria ni mucho menos nuestra escasa doctrina, han reparado en este aspecto.

---

<sup>56</sup> SENTENCIAS de 22 de mayo de 1962 y 4 de abril de 1964.

## **VI. PECULADO POR APLICACION PÚBLICA DIFERENTE A LA PREVISTA**

### *A. La Norma.*

El artículo 156 del Código Penal, dispone:

"El funcionario público que diere a los efectos o caudales que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados incurrirá en una multa de cien a mil balboas".

La presente modalidad de peculado entraña una distracción en cuanto se invierten por el funcionario administrador, ilícitamente, los caudales o efectos en usos distintos a los previamente fijados aunque, como es el caso, se trate de una aplicación oficial, lo que equivale a decir pública.

### *B. Razón del precepto y finalidad político-criminal.*

La frecuencia con que se producían en nuestro medio conductas como la descrita en el precepto que comentamos, llevó a nuestro legislador a adoptarlo, inspirándose para ello en el español.

El fundamento de la incriminación no es otro que el previsto en el artículo 235 de la Constitución Nacional que dispone que "no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido autorizado de acuerdo con la Constitución o la Ley".

De la norma constitucional se deduce el interés público que debe inspirar la distribución de los diversos ingresos públicos habida consideración de las necesidades de la comunidad, por tanto, no puede quedar a la voluntad de un funcionario, distribuir las partidas presupuestarias sin atenerse a las normas preestablecidas para su determinación.

"Los fines de la administración, señala BERNAL PINZON, que no pueden estar inspirados sino en interés de la comunidad, deben ser protegidos contra estos tipos de abuso, ya que si bien es cierto que en esta forma de peculado no hay daño o perjuicio para la administración, puesto que apenas hay un desvío o una aplicación

diferente a la prevista en el presupuesto, no por ello esta desviación no deja de producir trastornos en .los planes hechos por las corporaciones legislativas que, por mandato de la propia Constitución, son las únicas que pueden disponer la forma como se distribuyen los ingresos del erario".<sup>57</sup>

Qué sería del orden económico de los bienes del Estado, si las disposiciones que fijan la distribución adecuada de sus fondos carecieran de una sanción penal?

Se alega, y no sin cierta razón, que el acto tendrá más los caracteres de una falta administrativa que los de un delito; la intención criminal consistirá únicamente en la voluntad de violar la ley, o en el pleno convencimiento de que se viola con la diferente aplicación de los caudales o efectos, aunque tal cambio no cause daño o entorpecimiento del servicio público a que estuvieran consignados los mismos.

Coincidiendo con este último criterio, sostiene GROIZARD, "pero más que duro, injusto y hasta absurdo encontramos que se eleva la falta administrativa a la categoría de delito, aun cuando el servicio a que estuvieran los fondos consignados en nada aparezca perjudicado. La represión, la pérdida del destino, el ejercicio, en una palabra, de la jurisdicción disciplinaria administrativa son remedios adecuados a faltas reglamentarias, cuyas consecuencias no se traducen en pérdidas o perjuicios para los intereses públicos ni los privados".<sup>58</sup>

Según nuestro profesor RODRIGUEZ DEVESA se deben incriminar únicamente los casos que produzcan daño o entorpecimiento para el servicio público.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> BERNAL PINZON. Jesús. Ob. Cit. pág. 10.

<sup>58</sup> GROIZARD, Alejandro. Ob. Cit. pág. 289.

<sup>59</sup> RODRIGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español. Parte Especial. Ediciones Castilla, S. A. Valladolid, 1968. pág. 980. .

Es indudable que, pese a la menor gravedad que reviste el ilícito, no carece de importancia y deja de ser un abuso punible. Oportunamente veremos que cuando el hecho sea disculpable, y mas aún, cuando el móvil sea elevado, contará el funcionario con la ley o con la resolución precisa para justificarlo.

### *C. Aspecto objetivo.*

#### **1. Sujeto activo.**

Por tratarse de un delito propio la conducta tipificada en la norma no puede ser realizada sino por una persona que ostente la calidad de funcionario público. Pero además, será necesario que exista una especial relación entre los caudales o efectos y el funcionario; que permita que la aplicación de los mismos a fines públicos distintos a los expresamente señalados, configure el tipo delictivo. El funcionario público que efectúe la operación debe ser aquel que tiene la disposición legítima de los caudales o efectos, o sea, el que los administra. Así lo reclama el texto expreso de la norma cuando usa la expresión "que administrare", restringiendo el título de la relación funcional, que es mas amplio en el peculado por apropiación, en donde señalan las facultades de resguardar, retener, guardar, administrar, depositar o manejar" bajo cualquier concepto.

Tal concepto restringido de "administración" es requerido porque sólo el funcionario que posee facultad de disposición de los caudales o efectos, está en capacidad de variar el destino de los mismos.

#### **2. Objeto material.**

Por lo que se refiere al objeto material, el mismo está constituido por los "efectos o caudales cuya administración haya sido confiada al funcionario público.

Para los efectos de esta modalidad de peculado la norma no hace expresa mención a caudales públicos o particulares, como ocurre en los artículos precedentes. En nuestra opinión, toda vez que el legislador no distingue, habrá de concluirse que la materialidad de la acción puede recaer tanto sobre bienes públicos como de procedencia privada. Siendo esto así, no cabe duda incurre en este delito el funcionario público que destine los caudales o efectos consignados por los particulares a la orden de su despacho y que tengan una destinación prefijada, para sufragar cualquier necesidad encaminada al buen funcionamiento de su oficina.

No tendrá importancia la naturaleza del acto que determine el destino de los bienes, que podrá originarse en la ley, decreto, disposiciones reglamentarias de toda índole, órdenes o decisiones de autoridad competente; lo que interesa -a los efectos de configuración del ilícito- es que exista un destino previamente establecido y que el funcionario aplique los caudales o efectos a otro distinto, también público, con pleno conocimiento de la existencia de la destinación original.

### **3. La conducta típica.**

El comportamiento injusto que caracteriza el tipo consiste en dar a los caudales una aplicación pública diferente a aquella que estuvieren destinados. La norma supone: a) Que los caudales tengan un destino determinado, b) Que se aplique a un destino público diferente al previsto y c) Que la variación del destino se realice sin que se encuentre justificada.

Examinaremos a continuación cada uno de estos presupuestos:

#### **a. Que los caudales o efectos tengan un destino determinado.**

Si la conducta típica supone una aplicación distinta de los caudales, los mismos deben tener fijada con anticipación una destinación pública y específica.



No existiendo imputación específica de los caudales o efectos, la determinación de la preferencia en el cumplimiento de las distintas obligaciones públicas, quedará al prudente arbitrario del funcionario y mal podría tal hecho, constituir peculado.

**b. Que los caudales o efectos se apliquen a un destino público diferente al previsto.**

Debe entenderse que la aplicación diferente ha de ser también pública, ya que si esta se efectúa para fines privados o particulares estaremos en presencia de un peculado distinto al previsto en el tipo que examinamos.

"El simple entorpecimiento que deriva en la práctica -expone SOLER- a causa de la minuciosa determinación de partidas, no es motivo suficiente para justificar la alteración de este orden invirtiendo sin las debidas autorizaciones los sobrantes de una partida en los déficits de otras".<sup>60</sup>

Los fondos públicos, pues, deben aplicarse a los objetos señalados por la ley o por la autoridad competente, y si el destino se varía, el funcionario público que incurra en el hecho se hará por ello responsable penalmente.

Por otra parte, cabe anotar que la naturaleza de la norma reguladora del destino de los caudales, no tendrá relevancia: basta simplemente que tenga una determinación legítima del destino de los mismos, y el funcionario le de otro distinto, pero siempre de carácter público. En realidad, reiteramos, la infracción constituye estrictamente una tutela ordenada de la inversión de los ingresos públicos.

En esta modalidad de peculado no se causa una lesión patrimonial al erario público, sino que se lesionan intereses administrativos, toda vez que se incumplen las normas reguladoras de la inversión de la renta pública, que no son otras que las leyes

---

<sup>60</sup> SOLER, Sebastián. Ob. Cit. pág. 170.

presupuestarias o las disposiciones reglamentarias que tengan esa finalidad.

**c. Que la variación del destino se realice sin que se encuentre justificada.**

La ilicitud del proceder, puede quedar eliminada por la existencia de una causa de justificación. No cabe duda, y así lo reconocen distintos autores, que la conducta del funcionario público puede quedar legitimada, tanto por "estado de necesidad" (artículo 48 del Código Penal) como por virtud de la "obediencia jerárquica" (artículo 51 del Código Penal).<sup>61</sup>

*D. Aspecto subjetivo.*

El funcionario público que varía el destino de los caudales o efectos, debe tener conocimiento de la destinación específica de los mismos, y, a pesar de ello, mediante un acto voluntario los aplica en forma arbitraria a fines públicos distintos de los previstos.

En relación con el elemento subjetivo de esta figura ha sostenido CUELLO CALON que: "está constituido por la conciencia de que los caudales tenían un destino diferente del que recibieron y por la voluntad de una aplicación distinta de la debida"<sup>62</sup>

Aunque la norma no exige una especial intención dolosa que es propia de los hechos fraudulentos, no quiere decir ello que haya ausencia de intención criminal. Por contravenir disposiciones legales o reglamentarias, a sabiendas de las cuales obra el agente al dar una aplicación distinta a dichos efectos o caudales, el hecho constituye siempre una actividad ilícita. Es cierto que no se requiere el ánimo de un aprovechamiento personal por parte del funcionario y que inclusive puede obrar determinado por motivos de conveniencia

---

<sup>61</sup> CUELLO CALON, Eugenio. Ob. Cit. pág. 369; FERRER SAMA Antonio. Ob. Cit. pág. 199; SOLER, Sebastián. Ob. Cit. pág. 179. Y BERNAL PINZON, Jesús. Ob. Cit. pág. 14.

<sup>62</sup> CUELLO CALON. Eugenio. Ob. Cit. pág. 369.

pública, pero tales circunstancias no restan al hecho su intencionalidad, con las salvedades a que hemos hecho referencia.

Como en este delito sólo se trata de un cambio de destino de los caudales o efectos, debe descartarse toda idea de lucro o de inversión en provecho personal o de terceros, así como el simple uso particular abusivo. El tipo se satisface con la existencia del dolo genérico. Es sabido que en todo dolo, aún en su modalidad de genérico, existe el elemento ético o moral, el cual se evidencia con la simple violación arbitraria de la fijación legal o reglamentaria de la destinación de los caudales, que supone una conducta ilícita del funcionario público, a pesar de que no exista el aprovechamiento o intención de lucro.

Así. SUAREZ MONTES cuando afirma: "Es indiferente que el autor persiga algún provecho, sea o no de índole económica; constituye malversación de esta clase, por ejemplo, el ordenar obras públicas para cortar un paro con fines de propaganda electoral".<sup>63</sup>

Finalmente, si la conducta típica consiste en el *hecho* de dar a los fondos una aplicación diferente a la prevista, con pleno conocimiento de la existencia de esa destinación se excluye la posibilidad de una realización culposa del acto ilícito previsto en la norma.

#### *E. Fases ejecutivas.*

El delito es formal y se consuma con sólo dar a los caudales o efectos que se administran una aplicación distinta a la determinada por la ley o la administración, siendo innecesario que de esa aplicación diferente se deriven perjuicios para la administración.

Resulta conveniente advertir que el momento consumativo del delito no coincide con la simple imputación presupuestal, sino que es necesaria la inversión de los caudales. Si bien el tipo se consuma con la inversión, que no con la simple imputación, ello no obstante, el delito es formal, porque la inversión adquiere relevancia penal

---

<sup>63</sup> SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Ob. Cit. pág. 33.

considerada no en relación al daño que pueda ocasionar, sino al puro peligro que conlleva al desorden en la aplicación de los caudales o efectos públicos.<sup>64</sup>

*F. Determinación de la penalidad*

El delito de peculado por aplicación pública diferente la prevista se sanciona con pena de multa de cien a mil debido a la menor gravedad del elemento subjetivo del mismo.

www.penjuranama.com

---

<sup>64</sup> SOLER, Sebastián. Ob. Cit. pág. 170.

## **VII. PECULADO POR DENEGACION DE PAGOS Y RETENCION INDEBIDA.**

### *A. La norma*

El artículo 157 del Código Penal, a la letra expresa:

"El funcionario público que debiendo hacer un pago, como tenedor de fondos del Estado, no lo hiciera sin causa justa, será castigado con un mes o un año de interdicción de ejercer funciones públicas.

Esta disposición es aplicable al funcionario público que requerido con orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración".

La simple lectura del precepto transcrito nos permite observar que contiene dos modalidades delictivas distintas. La primera consiste en dejar de hacer un pago, cuando se es tenedor de fondos del Estado (denegación de pagos). La segunda en negarse el funcionario a realizar la entrega de una cosa que tiene bajo su custodia o administración, si a ello es requerido por orden de autoridad competente (retención indebida).

La conducta incriminada en la norma típica, más que constituir delitos, constituye meras infracciones de deberes administrativos. Salvo la legislación española, que inspiró el Código patrio, no hemos encontrado concordancia con otras legislaciones europeas.

### *B. Naturaleza de los delitos.*

Al indagar la naturaleza de estos tipos delictivos, debemos advertir que no se trata de ningún funcionario que debiendo hacer un pago, como tenedor de fondos públicos, no lo hace apropiándose o intentando apropiarse las cantidades para ello recibidas; no se trata de ningún empleado que, por haber aplicado a usos propios o ajenos fondos destinados a hacer el pago, no lo pueda realizar; ni tampoco del que deja de efectuarlos por haber destinado a un uso público distinto los fondos a aquel fin destinado.

De todo lo expuesto, deducimos que nos encontramos en presencia, indudablemente, de un tipo subsidiario cuya aplicación supone la no existencia de otro mas grave.

Su contenido consiste simplemente -según indicó con todo acierto CUELLO CALON- en la mera abstención de hacer el pago debido y en la no entrega de la cosa.<sup>65</sup>

Compartimos plenamente el criterio del ilustre catedrático FERRER SAMA cuando al referirse a estas figuras delictivas expone: "No sólo resultan innecesarias sino nocivas, por cuanto sin una sustantividad propia vienen a dar lugar a una serie de dudas en la interpretación no sólo de este artículo (se refiere al artículo 398 del Código Penal español equivalente al que comentamos) sino de los anteriores. Lo que se castiga es la detención momentánea e indebida de los fondos o efectos públicos, por constituir una sospecha de que el funcionario trata de hacer uso indebido de ellos".<sup>66</sup>

En ningún momento la mera presunción o la simple sospecha justifica la configuración de una modalidad delictiva, y menos aún cuando estas, consisten en conductas que, de realizarse, constituirán hechos delictivos expresamente previstos en normas penales existentes.

Nos parece mucho mas adecuado sancionar este tipo infracciones por la vía gubernativa y disciplinaria, toda vez que son normas de esta naturaleza las que se inculcan en el tipo, y por ende, propugnamos por su eliminación del Código Penal.

### *C. Aspecto objetivo*

#### **1. Sujeto activo.**

La única particularidad que ofrece el sujeto activo de estos delitos es el atinente a la relación funcional que debe ! "existir entre el funcionario y los bienes.

---

<sup>65</sup> CUELLO CALON, Eugenio. Ob. Cit. págs. 370-371

<sup>66</sup> FERRER SAMA, Antonio. Ob. Cit. pág. 200.

En lo referente a la denegación de pagos la norma restringe el título de la relación funcional al "tenedor de fondos del Estado" mientras que en la retención indebida el mismo se expresa por la "custodia o administración de la cosa".

## **2. Objeto material.**

En relación a la denegación de pagos la norma circunscribe el objeto material sobre el que recae la acción. En efecto, el legislador al utilizar la expresión "fondos del Estado" alude a un concepto limitativo, referente a los dineros o caudales, excluyendo, de esta manera, cualesquiera otra clase de bienes a que se refiere cuando usa los términos "efectos" u "otros objetos".

Innecesario resulta recalcar la naturaleza pública de los fondos ya que la propia norma así lo dispone expresamente.

En la retención indebida, por el contrario, la norma no distingue en lo relativo al carácter público o privado del objeto material sobre que recae la acción del agente; lo que nos permite concluir que en esta modalidad de peculado el objeto material puede ser tanto de carácter público como de propiedad de los particulares. Por esta razón, en relación con este aspecto, nos atenemos a lo expuesto al tratar el peculado por apropiación.

## **3. Examen de las conductas típicas y consumación de los delitos.**

La conducta delictuosa en la denegación de pago consiste en abstenerse de verificar el pago, la demora puede originarse en el caso del funcionario administrador, en no dar la orden de pagar, ya que como hemos dejado expuesto con anterioridad, éste tiene facultad de disposición sobre los fondos o caudales; o en no efectuar el pago, en el caso del simple tenedor.

En ambos casos, claro está, se parte del supuesto de la existencia de fondos suficientes y destinados expresamente al pago requerido.

Por lo que se refiere a la retención indebida, la conducta incriminada en el tipo se manifiesta en la negativa de hacer la entrega, lo que equivale a retener indebidamente, la cosa cuya entrega es ordenada por la autoridad competente. En todo caso, la entrega debe referirse a una cosa que el funcionario público deba tener en su poder.

El momento consumativo del delito en la denegación de pagos ocurre en el instante en que debiéndose hacer el pago, el mismo no se hace. La retención indebida se consume en el momento en que el funcionario público, requerido por orden de autoridad competente, rehusa hacer la entrega de la cosa puesta bajo su custodia o administración.

#### *D. Aspecto subjetivo.*

Como consecuencia de lo que hemos expuesto, la dimensión subjetiva de estas dos modalidades de peculado puede revestir únicamente la forma dolosa. Dado que el elemento psíquico consiste, por una parte, en la voluntad de no hacer el pago debido, y en la otra, en no hacer la entrega de la cosa, los delitos previstos en este artículo no admiten una realización culposa. Es preciso recordar que en nuestra legislación para que un hecho pueda sancionarse a título de culpa es necesario que así esté expresamente descrito por la Ley.

Finalmente, en ambos casos, se requiere el conocimiento positivo de la obligación y la voluntad de no cumplirla. Los motivos subjetivos inherentes a este incumplimiento son indiferentes, por lo que cabe manifestar que estamos en presencia de la exigencia de un simple dolo genérico.

#### *E. La índole de la pena.*

La índole de la pena: interdicción para ejercer funciones públicas resulta sumamente leve comparada con la sanción que se impone a otras figuras delictivas contenidas en capítulo. Ello se debe, fundamentalmente, a que el legislador para la aplicación de la misma ha tomado en consideración que incrimina infracciones que



solo muy indirectamente pueden perjudicar patrimonialmente al Estado.

Opinamos que estas modalidades delictivas deben desaparecer del Código, no sólo por innecesarias, sino porque las faltas administrativas no deben ser objeto de regulación criminal.

## VIII. LA EXTENSION DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO PENAL

### A. *La norma.*

El capítulo contiene una disposición general que extiende los preceptos que regulan las diversas modalidades del delito de peculado a particulares y a la acción material que recae sobre determinados fondos de carácter privado.

Nos referimos al artículo 158 del Código Penal, que dispone:

"Las disposiciones de este Capítulo son extensivas a los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos nacionales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o de beneficencia".

### B. *Contenido de la extensión.*

Hasta ahora hemos dejado expuesto que las distintas formas que reviste el delito de peculado tienden a proteger el normal y regular desarrollo de la actividad patrimonial de la administración pública, y que la esencia del delito radica en la quiebra del deber de probidad a que se encuentran sujetos los funcionarios con manejo de bienes públicos, con relación a los mismos.

De modo extraordinario, y en atención a la especial relevancia de ciertos bienes, el legislador hace extensivas las disposiciones que regulan el delito de peculado a ciertos hechos ilícitos en donde en unos casos, el sujeto de la acción no es un funcionario público, y, en otros, la acción típica recae sobre bienes de pertenencia privada. Tenemos, pues, que la extensión opera bajo dos aspectos: en cuanto al sujeto y en cuanto a los bienes.

Precisando el alcance de esta norma, ha expresado FERRER SAMA, que: "en virtud de este precepto queda extendida la responsabilidad penal a título de malversación de caudales a una serie de hechos en los que, en puridad doctrinal, faltan los elementos medulares de tal delito, dando así lugar a la distinción entre la

malversación en sentido estricto y lo que pudiera llamarse malversación impropia. Lo que realmente se hace por la leyes convertir en malversación de caudales una variedad de hechos que habrían de sancionarse, caso de faltar esta expresa disposición legal, como atentados contra el patrimonio en ciertos supuestos y que quedarían impunes en otros".<sup>67</sup>

La norma hace extensiva las sanciones previstas para el delito de peculado a los particulares cuando concurren especiales circunstancias, que ella misma se encarga de señalar taxativamente, y diferencia nítidamente dos situaciones: 1. que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos nacionales o municipales; y 2. que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de instrucción o de beneficencia".

Se trata en el primer supuesto, indudablemente, de la tutela de bienes de carácter público cuya custodia, por razones de diversa índole debe ser encargada a personas que no ostentan la calidad de funcionarios públicos.

En el otro supuesto, por el contrario, estamos en presencia de bienes de pertenencia privada a los que el legislador, en atención a la especial relevancia de los mismos, ha estimado conveniente acordarles una protección extraordinaria.

Pese a que algunos juristas sostienen la inconveniencia de la incorporación de este artículo a la ley<sup>68</sup>, es nuestro parecer que está plenamente justificada. En efecto, si la administración es la actividad funcional del Estado y como tal debe prestar y controlar los servicios públicos, no perdiendo ese carácter cuando sea necesario que los presten los particulares, debe concluirse que los servicios de instrucción y de beneficencia (asistencia pública) son funciones

---

<sup>67</sup> FFRER SAMA, Antonio. Ob. Cit. págs. 201-202.

<sup>68</sup> SOLER, Sebastián. Ob. Cit. pág. 174.

públicas. No es de extrañar, por tanto, que el legislador acuerde una protección extraordinaria a los fondos previstos para tales fines.

Lo que resulta censurable, a nuestro juicio, es que tal medida se limite a las instituciones de instrucción y beneficencia, cuando muy bien pudo el legislador generalizarla a todas las instituciones de utilidad común.

Resulta interesante, en relación con este tema, examinar las acertadas observaciones que hace RODRIGUEZ., en la legislación colombiana al tratar lo que él denomina "peculado por extensión" en su notable obra anteriormente citada.<sup>69</sup>

En lo relativo a los establecimientos de instrucción y beneficencia, sostiene CUELLO CALON que debe tenerse en cuenta que este precepto es aplicable solamente a los de carácter público, ya sean del Estado, de la Provincia y del Municipio. Por tanto, este artículo no será aplicable a los caudales o fondos pertenecientes a los establecimientos privados de enseñanza y a los de beneficencia particular, de modo que si los encargados de estos, fondos los sustrajeran, no serán penados como culpables de un delito de malversación, sino de un delito "Contra la propiedad de los sancionados en el título XIII del libro segundo del Código Penal".<sup>70</sup>

Con el profundo respeto que nos merece la autoridad del citado tratadista no compartimos su criterio. La norma es aplicable únicamente a los establecimientos de instrucción o beneficencia de carácter privado. Referida a los establecimientos públicos sobraría la alusión, puesto que el hecho ilícito encuadraría en alguna de las modalidades del delito de peculado contempladas en los preceptos legales ya examinados, sin necesidad de la existencia de una norma legal que realizar expresamente la extensión. Así lo ha entendido

---

<sup>69</sup> RODRIGUEZ Humberto. Ob. Cit. págs. 98-99.

<sup>70</sup> CUELLO CALON, Eugenio. Ob. Cit. págs. 371-372.

QUINTANO RIPOLLES<sup>71</sup> en el Derecho Español y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de ese país (S. 11 de enero de 1962).

Por otra parte, aunque el legislador no hace la distinción, la norma se refiere exclusivamente a los establecimientos educativos y de asistencia social que sean instituciones de utilidad común. Una interpretación en sentido amplio, que comprenda todos los establecimientos de índole privada que prestan estos servicios rebasaría la intención del legislador y la finalidad práctica perseguida por la norma. Esto es así, porque los establecimientos privados que se explotan como negocios en vez de cumplir una función pública, constituyen una actividad eminentemente lucrativa, dejando de existir en esos casos las razones que justifican esa especial protección que les acuerda la norma comentada<sup>72</sup>

### C. *Aspecto objetivo*

#### I. **Sujeto activo**

A diferencia de lo que ocurre en las diversas modalidades del delito de peculado anteriormente comentadas, en las que el sujeto activo es un funcionario público, la conducta típica de la norma extensiva es realizada por particulares, es decir, por no funcionarios.

Si bien se puede calificar el delito como "impropio" la calidad del sujeto activo se encuentra limitada a un determinado número de personas: empleados particulares que se "hallaren encargados por cualquier concepto" de determinados bienes. Se requiere en todo caso, la relación funcional, a que hicimos referencia al tratar el peculado por apropiación, entre el agente y los bienes que se encuentran bajo su custodia.

Sería inexacto afirmar -algunos autores así lo han entendido - que la equiparación confiere a estos particulares la calidad de

---

<sup>71</sup> QUINTANO RIPOLLES. Antonio. Comentarios al Código Penal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1966. págs. 725-726.

<sup>72</sup> BERNAL PINZON, Jesús. Ob. Cit. pág. 48.

funcionarios públicos. La ley lo que hace es a ciertos empleados particulares como si fueran *funcionarios* públicos, tomando en consideración el carácter de los fondos que se administran, o por la índole los que siendo privados pertenecen a instituciones de carácter particular, que no son otros que las denominadas de "utilidad común" que destinan su patrimonio a una determinada finalidad social, sin ánimo de lucro.

## **2. Objeto jurídico**

También está constituido por el interés público en el normal funcionamiento de la administración pública, ya que como hemos expresado, el concepto moderno de ella comprende la finalidad expresa de prestar servicios públicos o de interés social y las instituciones a que se hace referencia en la norma están destinadas a prestar algunos de estos servicios.

El objeto jurídico específico, también está representado en la seguridad de los bienes de tales instituciones, y en el deber de fidelidad de sus empleados hacia el patrimonio de las mismas instituciones, que para los efectos legales previstos, está equiparado a bienes públicos.

## **3. Objeto material.**

El objeto material sobre que recae la acción típica está expresado con la fórmula "fondos, rentas o efectos". La única particularidad que presenta el objeto material consiste en la diferencia que la norma realiza, por la índole de pertenencia de los mismos, entre: bienes de propiedad pública, ya sean nacionales o municipales, y bienes de propiedad de los establecimientos privados, que la propia norma se encarga de señalar en forma taxativa.

#### **4. La conducta típica.**

No ofrece ninguna particularidad la conducta delictiva del agente, puesto que la norma hace aplicable, a los fines allí previstos, las disposiciones de todo el capítulo, deberá examinarse la conducta del sujeto activo conforme a la modalidad de peculado de que se trate.

##### *D. Aspecto subjetivo.*

Lo dicho en el numeral anterior es aplicable a la dimensión subjetiva del delito, de suerte que en este aspecto nos remitimos a lo tratado sobre el particular en los apartes anteriores.

Sin embargo, "es preciso establecer que el dolo característico de este delito radica en el conocimiento de la existencia por parte del particular de los deberes con respecto al Estado, dimanantes de los servicios por él organizados que vinculan tanto al funcionario como al particular encargado de los mismos, y en la voluntad de infringirlos.

"La buena fe y la creencia de que no se infringe un especial ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal de España- excluye la posibilidad del delito" (S. 7 de febrero de 1927).

## BIBLIOGRAFIA

Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte General. Trad. Juan Del rosal. Editorial Uthea. Buenos Aires, 1960.

BERNAL PINZON, Jesús. Delitos contra la Administración Pública y Asociación para delinquir. Editorial Temis. Bogotá, D.E. 1965.

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol. VII. Temis. Bogotá, D. E. 1964.

CARRERA, Dael P. Peculado. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1968.

COBO DEL ROSAL, Manuel. Examen crítico del párrafo 30. del artículo 119 del Código Penal Español. Editorial Reus. Madrid, 1962.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Conforme al nuevo Código Penal, texto refundido de 1944. Parte Especial. Tomo II. IVa. Edición. Bosh. Barcelona, 1946.

DEL ROSAL, Juan. Tratado de Derecho Penal Español. Parte General. Vol. I. Imprenta Aguirre. Madrid. 1968.

DEL ROSAL, COBO, MOURULLO. Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos contra las personas. Ia. Edición. Imprenta Silverio Aguirre Torre. 8 Madrid. 1962.

FERRER SAMA, Antonio Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Ia. Edición. Artes Gráficas. Madrid, 1956.

FONTAN BALESTRA. Carlos. El elemento subjetivo del delito. Roque Depalma. Buenos Aires, 1957.

GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro. Código Penal de 1870. Tomo IV. Imp. Esteban Hnos. Salamanca, 1891.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa. México, D.F. 1955.



LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1969.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá, 1955.

MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal Trad. J. A. Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955.

MORENO, Rodolfo. El Código Penal y sus antecedentes. H. A. Tomasi, Buenos Aires, 1923.

PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal. Tomo II. IVa. Edición. Imprenta de Manuel Tello. Madrid, 1870.

PACHECO OSORIO, Pedro. Derecho Penal Especial. Tomo I. Ila. Edición. Editorial Temis. Bogotá, D.E. 1972.

PALMA, Práxedes. El delito de Peculado en la Doctrina y en la legislación Panameña. Trabajo de Graduación. Panamá, 1965.

PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Editorial Temis. Bogotá, D.E. 1968.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Comentarios al Código Penal. Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.

RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. El Peculado. Legislación penal-fiscal. Jurisprudencia y doctrina. Imprenta Departamental. Tunja, Colombia, 1956.

RODRIGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español. Parte Especial. Ediciones Castilla, S.A. Valladolid, 1966.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo V. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1967.

SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. El delito de malversación de caudales públicos. Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Junio de 1966. Reus, S. A. Madrid, 1966.

VIADA y VILASECA, Salvador. Código Penal de 1870. Reformado. Ila. Edición. Editor Fernando Fe. Madrid, 1870.

# INDICE

	Pág.
PROLOGO.....	3
<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
A. <i>Denominación del delito</i> .....	4
B. <i>Método y plan de exposición seguido en esta obra</i> .....	5
<b>II. TEORIA GENERAL DEL DELITO DE PECULADO .....</b>	<b>7</b>
A. <i>Aspecto Objetivo</i> .....	7
B. <i>Aspecto subjetivo</i> .....	9
<b>III. PECULADO POR APROPIACION .....</b>	<b>10</b>
A. <i>La Norma</i> .....	10
B. <i>Aspecto Objetivo</i> .....	10
1. <i>Sujeto Activo</i> .....	10
2. <i>La Conducta Típica</i> .....	20
3. <i>Objeto Jurídico</i> .....	26
4. <i>Objeto Material</i> .....	27
C. <i>Aspecto Subjetivo</i> .....	30
D. <i>Formas de aparición</i> .....	31
1. <i>Fases ejecutivas</i> .....	31
2. <i>Autoría y participación</i> .....	35
3. <i>Concurso de delitos</i> .....	37
4. <i>Delito continuado</i> .....	38
E. <i>Determinación de la penalidad</i> .....	38
F. <i>Problema procesal: denuncia formal</i> .....	40
<b>IV. PECULADO CULPOSO .....</b>	<b>42</b>
A. <i>Exposición del artículo 154</i> .....	42
B. <i>Aspecto objetivo</i> .....	43
1. <i>Pluralidad de sujetos activos</i> .....	43
2. <i>Examen de las conductas descritas en el tipo</i> .....	43
C. <i>Aspecto subjetivo</i> .....	46
D. <i>Formas de aparición</i> .....	48
1. <i>Fases ejecutivas</i> .....	48
2. <i>Autoría y participación</i> .....	49
E. <i>Determinación de la penalidad</i> .....	50
<b>V. PECULADO POR USO INDEBIDO .....</b>	<b>51</b>
A. <i>La Norma</i> .....	51

B. Aspecto objetivo.....	52
1. Sujeto activo.....	52
2. La conducta típica.....	52
3. Objeto material.....	53
C. Aspecto Subjetivo.....	54
D. Fases ejecutivas.....	55
E. Determinación de la penalidad.....	59
<b>VI. PECULADO POR APLICACION PÚBLICA DIFERENTE A LA PREVISTA.....</b>	<b>61</b>
A. La Norma.....	61
B. Razón del precepto y finalidad político-criminal.....	61
C. Aspecto objetivo.....	63
1. Sujeto activo.....	63
2. Objeto material.....	63
3. La conducta típica.....	64
D. Aspecto subjetivo.....	66
E. Fases ejecutivas.....	67
F. Determinación de la penalidad.....	68
<b>VII. PECULADO POR DENEGACION DE PAGOS Y RETENCION INDEBIDA.....</b>	<b>69</b>
A. La norma.....	69
B. Naturaleza de los delitos.....	69
C. Aspecto objetivo.....	70
1. Sujeto activo.....	70
2. Objeto material.....	71
3. Examen de las conductas típicas y consumación de los delitos.....	71
D. Aspecto subjetivo.....	72
E. La índole de la pena.....	72
<b>VIII. LA EXTENSION DEL ART. 158 DEL CÓDIGO PENAL.....</b>	<b>74</b>
A. La norma.....	74
B. Contenido de la extensión.....	74
C. Aspecto objetivo.....	77
1. Sujeto activo.....	77
2. Objeto jurídico.....	78
3. Objeto material.....	78
4. La conducta típica.....	79
D. Aspecto subjetivo.....	79
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>80</b>