

T
343.03
M722m
1967
FJyCS-
E8-2

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y

CIENCIAS SOCIALES

"MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS"

TESIS DOCTORAL
PRESENTADA POR

OSCAR MOLINA

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA

FEBRERO DE 1967

-0-



~~378.7284
UES-T.D
M722m
1967~~

ES. 2.-14253

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10121990

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

DOCTOR JOSE ANTONIO VASQUEZ

SECRETARIO GENERAL:

DOCTOR MARIO FLORES MACALL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

DOCTOR ROBERTO LARA VELADO

SECRETARIO:

DOCTOR MANUEL ATILIO HASBUN.

PRIMER EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "MATERIAS PROCESALES Y
LEYES ADMINISTRATIVAS"

PRESIDENTE: Dr. Francisco Bertrand Galindo

PRIMER VOCAL: Dr. José Ignacio Paniagua

SEGUNDO VOCAL: Dr. Guillermo Manuel Ungo.

SEGUNDO EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "MATERIAS CIVILES PE-
NALES Y MERCANTILES"

PRESIDENTE: Dr. Rafael Ignacio Funes

PRIMER VOCAL: Dr. José Enrique Silva

SEGUNDO VOCAL: Dr. Manuel Antonio Ramírez.

TERCER EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "CIENCIAS SOCIALES, -
CONSTITUCION Y LEGIS-
LACION LABORAL"

PRESIDENTE: Dr. Armando Napoleón Albanéz

PRIMER VOCAL: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruíz

SEGUNDO VOCAL: Dr. Francisco Bertrand Galindo.

....

EXAMEN TESIS DOCTORAL

PRESIDENTE: Dr. José Enrique Silva

PRIMER VOCAL: Dr. Francisco Bertrand Galindo

SEGUNDO VOCAL: Dr. José Antonio Morales Erlich.

...

DEDICO ESTA TESIS:

A LA MEMORIA DE MIS PADRES:

José Rafael Molina y María G. de Molina,
quienes con su abnegación supieron fortalecer en mí el deseo de superación.

A MI ESPOSA:

Que con sus nobles anhelos, cariño y --
comprensión, me alentó en la tarea im--
puesta.

A MIS HIJOS:

Dos objetivos de lucha.

A MIS SUEGROS:

Con especial cariño.

CAPITULO	III-	
		9.- MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS POR SUSTRACCION DE LOS MISMOS.....32
CAPITULO	IV-	
		10 .-MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS POR APLICACION DE LOS MISMOS A USOS PROPIOS O AJENOS.....40
CAPITULO	V-	
		11.- MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS POR SUSTRACCION DE LOS MISMOS POR NEGLIGENCIA O ABANDONO.....45
CAPITULO	VI-	
		12.- MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS POR DESVIACION DE LOS MISMOS HACIA FINES PUBLICOS INDEBIDOS.....49
CAPITULO	VII-	
		12.- NEGATIVA A REALIZAR UN PAGO.....55

C A P I T U L O I

GENERALIDADES.

C A P I T U L O I.

GENERALIDADES.

I.- DESARROLLO HISTORICO

Considero necesario, antes de entrar en un estudio a fondo del delito de Malversación de Caudales públicos, destacar las importantes variaciones que el mismo ha tenido através de la historia; porque creo que son éstos cambios fundamentales de su existencia jurídica, - los que nos darán los elementos de juicio necesarios para una mejor determinación del delito; así como las razones del por qué es considerado como delito agravado con relación a otras infracciones penales semejantes.

El Derecho Romano antiguo designó el delito que ahora nos ocupa, con el nombre de peculado (de pecus, animal que paca), su denominación se deriva de que la riqueza de los romanos estaba compuesta en los primeros -- tiempos, por bienes pecuarios, y es en virtud de esta razón, que a los que se apropiaban de fondos públicos se - les calificó como reos de peculado.

Hay que aclarar que el peculatus fue considerado en su origen, como un hurto agravado (furtum publicae

pecuniae); que apareció juntamente con el sacrilegium, - delito relativo al hurto cometido en bienes sagrados, es decir, pertenecientes a los dioses.

La penalidad agravada en el peculado obedeció a que en la antigua Roma, el Erario era considerado sagrado, y quienes atentaban contra él, eran castigados con mayor rigor; más por el ultraje hecho con su acción a los dioses, que por ofender a la República.

Al concepto de peculado como figura dependiente del hurto, que concibió el antiguo Derecho Romano, escapaban una serie de conductas delictivas, como eran la emisión abusiva de moneda, la apropiación, de parte de los dirigentes militares, del botín de guerra; al igual que la falsa valuación del mismo. Es por ello que resulta indispensable mencionar la institución del "Crimen Residuorum", por el cual respondían los que retuvieron dinero público destinado a algún fin, o los que no le dieran a dicho dinero su verdadero destino.

Pero hay que aclarar que en el imperio, el Erario dejó de ser sagrado para pasar a ser un bien prevalente, y en la figura del peculatus, se castigó la -- violación de la fé pública, la deslealtad y el abuso de

confianza.

Como consecuencia, pués, de la pérdida del carácter sagrado del Erario, resultó que el peculado fue considerado en un concepto más amplio, que el de un hurto agravado, y dentro de aquel, fueron comprendidos diferentes actos humanos que hoy en el Derecho Moderno -- constituyen diversas figuras de delito.

Con el engrandecimiento del Imperio, el derecho penal romano, se orientó, no sólo a la protección de los bienes fiscales, sino también a la protección de bienes pertenecientes a las corporaciones, provincias y pueblos y se calificó reo de peculado, a los funcionarios que, teniendo fondos públicos a su cargo, no dieran de ellos la debida cuenta o se los apropiaren.

Por ser el Código Español un antecedente directo de las legislaciones penales Latinoamericanas, considero necesario para una complementación de esta reseña histórica, referirme, en forma especial, a las Partidas y a la Novísima Recopilación, que contemplaron el delito que nos ocupa.

Las primeras, como una conducta penal encami

nada a ofender la autoridad real, Es así, como la Partida de VII título XIV, Ley 14, establece que los autores de malversación cometen "un gran yerro posponiendo la - pro de su señor por la suya mesma"; castigando a veces con la pena de muerte, cuando la malversación integraba un hurto propiamente dicho. Igual pena estableció La No vísima Recopilación para las personas, consejos o uni-- versidades que usurparon la venta o derecho reales. Libro XII, título XV, Ley 7.

Concepto y Elementos del Delito de Malversación de Caudales Públicos.

Del estudio de la legislación positiva se concluye que la malversación de fondos públicos presenta diversas formas, a tal grado, que es casi imposible - fijar desde un punto de vista puramente teórico un con-- cepto unitario de ésta.

Pero no obstante esta pluralidad de formas delictivas comprendidas en el Capítulo XI del Título VII de nuestra Ley penal vigente, se podría sostener en un - sentido amplio que, "La Malversación es un delito ejecu-- tado por un empleado público en el ejercicio de sus fun--

ciones y en ocasión del ejercicio de ellas, que vulnera directamente los bienes patrimoniales del Estado".

Pero se ve a las claras, que este concepto provisional del delito de mérito, no comprende las diferentes conductas delictivas que contiene el Capítulo del Código a que nos hemos referido.

Es en virtud de lo anterior que creo que antes de arriesgarnos a dar un concepto más cabal del delito, es necesario destacar cuales son los elementos -- que lo constituyen, y a este respecto se puede manifestar que son los siguientes:

Primero.- Que el autor del delito sea empleado público o tenedor de caudales o efectos públicos o de particulares;

Segundo.- Que se los fondos públicos los tenga en virtud de encargo o de su oficio;

Tercero.- Que se los apropie, los distraiga o les dé un destino público distinto al ordenado.

Con respecto al segundo elemento enunciado,

hay que aclarar que la sustracción de los fondos públicos debe recaer en aquellos que se le han confiado a su custodia, porque de no ser así, el empleado público cometerá, o bien un robo o un hurto, pero no será sujeto activo del delito de malversación.

Ahora, poniendo en conjunción los elementos mencionados podemos decir: "Que el delito en estudio, consiste en la desviación de su objeto o fin, de caudales o efectos públicos o de particulares, por la apropiación o sustracción, por la distracción o uso indebido o por la aplicación pública diferente de ellos, -- realizada por el empleado público que los tiene a su cargo por razón de su oficio". (Labatut)

Considero de sumo interés explicar que el concepto que se acaba de enunciar no comprende las dos formas que contiene el Artículo 342 del Código Penal referente a la negativa de hacer un pago o de entregar una cosa puesta bajo su custodia o administración; la razón a que aduce su exclusión del concepto, es que, a juicio de muchos expositores del Derecho, no constituyen verdaderas malversaciones.

Por lo anterior queda claro que sostener --

como único elemento del delito de malversación la calidad de funcionario público, nos llevaría a admitir que ésta "es la defraudación de fondos públicos cometidos -- por un funcionario público", con lo cual tendríamos como consecuencia una falsa interpretación del delito, -- porque la calidad de funcionario público no es suficiente para determinarlo, aún cuando vaya enlazada a la sustracción de fondos públicos, puesto que se impone como requisito indispensable, que la sustracción se realice en fondos que han sido funcionalmente confiados a la -- custodia del funcionario.

De la anterior aclaración se deduce que el autor de malversación de fondos públicos comete, no solo una traición a los intereses patrimoniales del Estado, sino, también al interés administrativo, en cuanto éste busca el cumplimiento legal y regular de las funciones públicas.

Conviene recordar en este estudio, que Labón concibió el peculado como un hurto cometido por un sujeto a cuyo cargo no están los riesgos de la cosa, -- concepto éste que fue aceptado por Carmignani y sostenido en el derecho intermedio.

Este concepto de Labeón ha sido duramente criticado por los juristas, pero tiene a su favor el haber señalado como característica de la malversación, - (Peculado), el abuso de confianza: característica ésta que resalta el segundo elemento constitutivo del delito, y al cual nos referimos ya en las anteriores páginas, y que, nos ha servido para independizar la malversación, del hurto.

Esta independencia del hurto a que hemos hecho alusión, ha sido aceptada en forma general por el derecho moderno, el cual a su vez, ha reservado el nombre de peculado únicamente a la malversación en que el sujeto activo obtiene un lucro.

Considero de gran importancia antes de pasar a desarrollar el siguiente punto de este trabajo, - hacer mención del concepto que el profesor Alvaro Buns- ter Briceño ha expuesto sobre el delito objeto de nues- tro estudio, el cual reza así: Existe malversación de - caudales públicos cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones y en razón del ejercicio de ellas, se apropia de los caudales a su cargo, los dis- trae, o da ocasión a que por su negligencia inexcusable,

otro los sustraiga, los desvíe de su destinación pública normal o se niega como tenedor de fondos del Estado, a efectuar un pago sin causa bastante. Considero a mi juicio que este último concepto es mas completo, por comprender las distintas formas del delito; de las cuales hablaremos en su oportunidad.

Concepto de Funcionario Público.

En el ámbito del derecho administrativo, por lo general, se admite que las expresiones de funcionario público y empleado público no son sinónimas; usándose como criterio diferenciador que si bien tanto el funcionario como el empleado público se encuentran al servicio del Estado, lo cierto es que los funcionarios públicos están dotados de ciertas facultades, gozan de una autoridad cualquiera, mientras que los empleados públicos son aquellos que están supeditados a los funcionarios públicos, no tienen en sí facultades propias, son, en estricto sentido, agentes secundarios del poder estatal.

Horacio Sanguinetti, sintetiza las diferencias existentes entre los dos conceptos en la siguien

te forma:

a) El funcionario tiene mayor jerarquía y autoridad; el empleado es subalterno, cumple generalmente una tarea material, mecánica y sencilla;

b) El funcionario tiene imperium, ordena, decide; además crea, modifica y extingue actos administrativos, encargándose de cumplir la ley; el empleado, se limita a obedecer órdenes de los funcionarios;

c) La relación de Estado o funcionario público, es de derecho público; la del empleado, se aproxima a la de los empleados de derecho privado;

d) El empleado es estable y retribuido, siguiendo un escalafón de carrera administrativa; el funcionario es esencialmente político, carece de estabilidad o se desempeña por un período limitado, pudiendo actuar ad honorem;

e) El funcionario debe reunir calidades especiales como título habilitante, conocimientos especializados; al empleado solamente se le exige una idoneidad general.

Pero lo cierto es que el derecho penal no debe estar supeditado en su aplicación a los conceptos de funcionario y empleado público, que de los mismos hace el derecho administrativo.

Los conceptos a que nos vinimos refiriendo, tienen que ser tomados en una forma amplia en la esfera penal, y es por esto, que la diferenciación de los conceptos dichos, no tiene ninguna razón de ser en nuestra legislación.

La denominación de "empleado público", contenida en el Título VII, de nuestro Código Penal, - señala un elemento constitutivo del tipo de delitos que él se determina, pero dicha denominación debe ser tomada en un sentido jurídico amplio, que comprenda a las distintas personas que se hallen al servicio directo o indirecto del Estado.

Abona en favor del criterio sostenido por nosotros, de que el empleado y el funcionario público no tienen dentro del campo penal un criterio sustancial de diferenciación; el hecho de que, el tenor literal -- del Artículo 353 del Código Penal, rece: Para los efec-

tos de este título y los anteriores del presente Libro, se reputará como cargo público a todo el que, por disposición de la autoridad competente, participe de funciones públicas.



Creo que lo que sirve de base tanto a la denominación de "empleado público", del título VII, como a la de funcionario, es la noción de "cargo público", que en términos generales significa una relación accidental y con carácter permanente, a las funciones propias de la administración pública, juntamente con las responsabilidades y obligaciones que ella comprende; es decir, que cuando se tiene contraída una relación de derecho público con el Estado, y se desempeña un cargo por medio del cual aquel ejerce su actividad funcional; se es empleado, o funcionario público.

Concepto de Caudales y Efectos Públicos.

En páginas anteriores expusimos que el objeto de la malversación, lo constituyen los caudales o efectos públicos o de particulares que en virtud de un encargo o de su oficio tienen los funcionarios.

La expresión "Caudales", comprende todos los bienes de cualquier naturaleza, que representen algún valor. Se aplica esta denominación generalmente al dinero; por consiguiente, se puede ver que, el concepto aludido, además de referirse a un valor pecuniario, comprende cualquier otra especie de bien.

La acepción "efectos", sirve para designar en forma específica valores en papel; es decir, que por ello se entienden todos los documentos que encierran un valor negociable y que son susceptibles de apreciarse monetariamente. El concepto "efectos", comprende pues, títulos, letras de cambio, valores mobiliarios, sellos, - estampillas y obligaciones de toda clase.

Bueno es aclarar que éstos conceptos a que nos hemos referido, y que constituyen el objeto del delito de Malversación, son tomados en un sentido amplio y comprenden en ellos tanto las cosas que se consumen - por el uso, como las que no se consumen, es decir, que encierran en sí, tanto las cosas fungibles como las no fungibles.

Conviene traer a cuentas, para tener una visión general del objeto del delito en estudio, el ---

Art. 343, comprendido en el Capítulo XI, que literalmente dice: Las disposiciones de éste Capítulo son extensivas a los que se hallen encargados por cualquier concepto, de fondos, rentas o efectos municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia; a los administradores o depositarios de valores embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública o funcionario competente, aunque pertenezcan a -- particulares; y a los empleados o agentes de establecimientos de crédito o sociedades que por contrato con el Gobierno tengan a su cargo la recaudación de contribuciones o impuestos, o el pago de deudas o servicios del Estado.

Del análisis del presente Artículo, se comprende que la Malversación recae, tanto sobre los -- fondos públicos, como sobre los fondos que pertenecen a particulares.

Pero es necesario aclarar que el legislador al castigar como malversadores "a los que por -- cualquier concepto se hallen encargados de fondos, rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de -- instrucción o de beneficencia, así como a los administradores o depositarios de valores embargados, secues--

trados o depositados por autoridad pública o funcionario competente, aunque pertenezcan a particulares"; tuvo en mente equiparar ciertos fondos de naturaleza privada con los fondos públicos; su razón fue de que aquellos fondos gozaran por sus especiales circunstancias de la protección extraordinaria de que gozan los fondos del Erario.

El artículo en estudio se refiere a los fondos municipales, pero hay que resaltar que en este artículo la Ley no solo castiga como malversador al funcionario público que los suatrac, sino a todo aquel que los tenga a su cargo por cualquier concepto.

Creo que no está demás decir, que existen evidentes razones para que los fondos municipales estén equiparados a los fondos públicos, ya que dichos caudales están destinados a fines públicos.

La razón de la equiparación de dichos -- caudales estriba en que en el Derecho Romano, no estaban comprendidos como objeto del Peculatus los bienes municipales; y el Derecho moderno ha visto la necesidad de dar a los fondos municipales una extraordinaria protección atendiendo la naturaleza pública de sus fines.

El legislador pues, equiparó a la calidad de funcionario público, a todos aquellos que sin -- serlo se encontraren por cualquier concepto encargados de los fondos pertenecientes a las organizaciones asig--nadas.

Por lo que respecta a los centros de enseñanza o de beneficencia, el artículo sólo tiene apli--cación con respectoa los encargados de fondos de naturaleza pública, es decir, que no se aplica al encargado - de fondos pertenecientes a organizaciones privadas de - enseñanza o de centros de beneficencia particulares; de tal manera que la sustracción realizada en fondos perte--necientes a estos establecimientos ultimamente nombrados, será vista como delito contra la propiedad, pero no como una malversación.

Bunster Briceño al referirse a los encar--gados de los fondos pertenécientes a establecimientos de instrucción o de beneficencia, sostiene un criterio opuesto al mencionado, razonando en la siguiente forma: la -- ley no se está refiriendo en estos casos a establecimientos pertenecientes al Estado, puesto que estos realizan - sus actividades con fondos pertenecientes al mismo, sino ----

que se refiere a aquellos que se costean con fondos particulares.

Como argumento de su punto de vista agrega que la protección extraordinaria que la ley da a los fondos de las organizaciones en estudio radica en que -- éstas no persiguen un fin especulativo o de lucro, sino que, están destinadas a servir al público y no a un grupo determinado de personas, son en una palabra establecimientos públicos por el servicio que prestan, aunque no dependen para ello de fondos del Erario.

Refuerza sus argumentos anteriores el -- profesor Briceño, diciendo: que si la ley se refiriera a establecimientos que se costean con fondos del Estado, estaría señalando conductas delictivas que han sido contempladas en otros artículos del mismo Capítulo XI.

Considero del caso manifestar que este -- criterio sostenido por Briceño es admitido igualmente -- por Sebastián Soler, pero no por el penalista español -- Eugenio Cuello Calón.

En conclusión, vemos que el Código con--

templa caudales o efectos públicos, y caudales o efectos equiparados a éstos, y que igualmente asimila a la calidad de funcionarios públicos a personas que no lo son.

Artículo 343.

La Malversación de Caudales Públicos como Delito Especial.

El legislador al denominar el Título VII - en la forma que lo hizo, trata de agrupar los delitos - que lesionan la administración pública, considerando éstos delitos en cuanto son cometidos por una determinada categoría de personas: los funcionarios públicos. Este concepto en una acepción amplia, es tomado como sinónimo o equivalente a empleado público.

Considero que está demás repetir que el - Derecho Administrativo sostiene diferencia entre ambos conceptos, de tal modo que no entraremos a analizar cuales son los argumentos en que el derecho en referencia - sostiene su tesis. Por hoy bástenos recordar, que la diferencia entre los conceptos dichos no tienen razón de ser en el campo del Derecho Penal.

Pero en el presente tema tenemos que resal

tar, que el criterio de agrupación que el legislador sigue en el título a que nos referimos anteriormente, se sustenta en considerar que la calidad de funcionario público es un elemento constitutivo del delito de malversación. Aclarando que el criterio del legislador fue correcto, vemos: que la sustracción es una conducta penal que integra figuras de diversos delitos que en nuestro Código Penal se conoce como "Delito contra la propiedad", Título XIII, Capítulo I, Robo; Capítulo II, hurto; etc...

Al decir que la sustracción en sí integra figuras de diferentes delitos, nos explicamos porque, el robo o hurto cometido por un particular en caudales o efectos públicos, no le hace responsable de malversación, sino de robo o hurto común. Pero el robo o hurto de fondos públicos, realizado por el funcionario público a cuyo cargo están dichos fondos, que comete el delito en ocasión de estas funciones, se transforma, de simple robo o hurto, en malversación.

Vemos pues, que la calidad de funcionario unida a las circunstancias descritas, se convierte en elemento sustancial del delito de malversación.

Sería incorrecto sostener que la ley en esta nueva figura, únicamente busca la agravación punitiva de la

misma, en consideración a la dignidad que tienen los - encargados de la función pública, porque ella no ve en la calidad de funcionario el objeto de aplicación de una agravante, sino que, el elemento constitutivo de un tipo de delito que se denomina malversación.

En virtud de las razones expuestas, po demos afirmar que el delito tratado en el presente trabajo es considerado en nuestra legislación como un delito especial.

La Codelincuencia.

Como hemos visto en el desarrollo del tema anterior, la calidad de funcionario público, del autor del delito, no es una mera circunstancia agravante, sino que es un elemento constitutivo del tipo de - delito; lo que hace de la malversación un delito especial, es decir que solo puede incriminarse de él a los funcionarios públicos.

En términos generales, en todo delito pueden participar numerosas personas, pero esta cooperación la mayor parte de las veces es irregular en los -- sujetos. Es en virtud de esta disparidad que en la comi

sión del delito cabe a los distintos sujetos; que la ley ha formado grados de participación en la ejecución del mismo; y que se conocen como: autor, cómplice y en cubridor. Art. 11.

El problema de la codelinuencia en el delito que nos ocupa merece a nuestro juicio un estudio detenido y es necesario establecer que dicho estudio debe hacerse en relación con los Arts. 13, 14 y 15 del Código Penal.

Art. 13. Se consideran autores:

- 1o.- Los que toman parte directa en la ejecución del hecho;
- 2o.- Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo; y,
- 3o.- Los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

Con respecto a este artículo, se hace notar que el legislador no dice en él quienes son autores, sino, quienes se consideran autores, por lo que es prudente

tuación relativa a la posible participación del extraño se deduce del tenor del Art. 338, que dice: "El empleado que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sus traigan con ánimo de apropiárselos, será castigado....

En el caso planteado, es decir, en la situación de que la sustracción fuere efectuada por un extraño, cabe preguntarnos, Qué delito comete éste? , y tendremos que aceptar en virtud de las razones que dimos al hablar sobre los elementos de la malversación, que el extraño que participa en la ejecución de este delito, no es coautor del delito de malversación, porque le hace falta la calidad de funcionario; es simplemente autor de delito contra la propiedad. Lo que se dice de la coautoría es aplicable según los casos, a la complicidad o al encubrimiento.

Eugenio Cuello Calón, participa del criterio sostenido por nosotros al decir: " que el particular que participa en la malversación realizada por funcionario, no es culpable de este delito, sino de un delito común contra la propiedad; entre otras razones, porque el motivo del castigo de la malversación, es el

quebrantamiento, por el funcionario, del deber de fide lidad en el manejo de los caudales, puestos a su dispo sición; y el particular no puede violar semejante de--
ber".

Igual criterio al nuestro y al de Cue llo Calón sostienen Pacheco Viada, Groczard y Gómez de la Serna se pronuncian en una posición contraria .

-----0-----

C A P I T U L O II

C A P I T U L O I I

VII.- UBICACION DEL DELITO DE MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS EN NUESTRO CODIGO PENAL.

Por regla general sujeto del delito puede ser cualquier persona, pero existen algunos, para cuya comisión, es necesario que su autor, se encuentre en cierta condición, nos referimos aquí, a la ya enunciada clasificación del delito, en común o especial, que con gran brillantés sostuvo Carrara.

Es en virtud de la fuerza imperativa de la doctrina sobre la clasificación a que hemos hecho referencia, es que el legislador agrupó ciertos tipos de delito en un mismo título, bajo la siguiente denominación:

T I T U L O V I I

DE LOS DELITOS DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS.

CAPITULO I- Prevaricación, Art. 278 a 286

CAPITULO II- Infidelidad en la custodia de presos, Art. 287 a 290.

- CAPITULO III- Infidelidad en la custodia de documentos Art. 291 a 294.
- CAPITULO IV- Violación de secretos Art. 295 a 298.
- CAPITULO V- Desobediencia y denegación de auxilio Art. 299 a 303.
- CAPITULO IV- Anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas Art. 304 a 307.
- CAPITULO VII- Usurpación de atribuciones y nombramientos ilegales Art. 308 a 312.
- CAPITULO VII- Abuso contra particulares Art. 313 a 327.
- CAPITULO IX- Abuso contra la honestidad Art. 328 a 329.
- CAPITULO X- Cohecho Art. 330 a 337.
- CAPITULO XI- Malversación de Caudales Públicos, - Art. 338 a 343.
- CAPITULO XII- Disposiciones generales Art. 353.

Conviene hacer énfasis en que la condición o calidad de FUNCIONARIO PUBLICO del sujeto activo de los delitos comprendidos en el Título VII, no es una mera circunstancia accidental agravante (Art. 10 No. 10),

sino que, es algo más que esto: es un elemento inherente, un atributo esencial, constitutivo, "sine quo non" de dichos delitos.

Es por esta cualidad indispensable en el sujeto, que podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, - que no se puede concebir usurpación de atribuciones, sin funcionario público que los usurpe; ni prevaricación que se realiza al dictar a sabiendas una sentencia injusta, - sin el Juez que la dicte.

Asímismo, es necesario establecer que el legislador al anunciar el Título VII, en la forma que lo hizo, cometió un error de método, puesto que establece - con ello una confusión con respecto al bien Jurídico que se trata de tutelar. Solo admitiendo que esté bien, en - la administración pública, se puede sostener que dicha - enunciación cumple su verdadera finalidad, cual es determinar el ámbito de aquellos delitos que Garraud en su -- obra titulada " Tratado práctico y teórico de Derecho Penal Francés ", llamó profesionales, por ser sus autores - los funcionarios públicos.

Hemos visto pues, que el delito objeto de estudio en esta tesis, está ubicado en el Capítulo XI del Título VII de nuestro Código Penal, y con él rezan todas las observaciones hechas en las anteriores líneas.

Pero para tener un concepto más cabal del bien jurídico tutelado en el Título en referencia, tenemos que agregar que el sentido de la palabra administración debe de ser tomado en una forma amplia, por que el legislador al usarla no le dió su significado técnico propio del Derecho Administrativo.

De éstas razones expuestas, se puede decir: " que por administración debe entenderse toda actividad del Estado ".- Rocco.

Muchos países en sus Códigos Penales resuelven de diferente modo el problema de la denominación del Título que agrupa los diferentes delitos, que sólo pueden cometer los funcionarios públicos o los particulares que se les han asimilado en virtud de la Ley, - así vemos: que el de Italia los llama delitos contra la-

administración pública cometidos por los funcionarios y los particulares. El Suizo, delitos contra los deberes de función y los profesionales; los de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Ecuador, delitos contra la administración pública y el de Venezuela, delitos contra la cosa pública.

Figuras Penales en el Delito Relativo a la Malversación de Caudales Públicos.

Del articulado que ampara el Capítulo XI, del Título VII, nos damos cuenta que nuestro Código bajo el nombre de malversación, ha dado cabida o mejor dicho ha estructurado cinco formas del delito.

- 1o.- Malversación de caudales públicos por sustracción de dichos caudales.
- 2o.- Malversación de caudales públicos por aplicación de dichos caudales a usos propios o ajenos.
- 3o.- Malversación de caudales públicos por sustracción de los mismos por negligencia o abandono.

4o.- Malversación de caudales públicos por desviación de los mismos hacia fines públicos indebidos.

5o.- Negativa a hacer un pago sin causa bastante.

Estas formas enunciadas tienen, se - puede decir, un común denominador integrado por el sujeto activo del delito y el objeto del mismo.

Con respecto al sujeto, decimos, que sólo pueden considerarse como tales los funcionarios - públicos y las personas que en virtud del Art. 343, - les han sido equiparadas.

Con respecto al objeto podemos decir que el bien jurídico tutelado lo constituyen los intereses patrimoniales del Estado. Pero es prudente exponer que no todas las formas de malversación vulneran - la integridad patrimonial del mismo; así vemos: que el funcionario que da a los caudales una aplicación distinta, no los sustrae en estricto sentido, sino que - les da otro destino, con lo cual no lesiona directamente

te el patrimonio del Erario, sino la normalidad con -
que deben de ser administrados. Art. 341.

El caso contemplado en el Art. 342 -
lesiona igualmente la regularidad con que los fondos -
del Estado deben de ser aplicados.

En los capítulos siguientes procede-
remos a analizar en una forma más detallada las disting
tas formas que nuestra legislación penal vigente con--
templa.

--O--O--O--O--O--

C A P I T U L O III

C A P I T U L O I I I

IX.- MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS POR SUSTRACCION DE LOS MISMOS.

Esta forma de malversación que nos toca desarrollar en el presente tema, tiene en sí raíces históricas profundas. Es en sentido estricto el Peculatus del antiguo Derecho Romano.

Nuestro código penal se refiere a esta forma delictiva en el Art. 338. El empleado que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos los sustrajere o consintiere en que otros los sustraigan con ánimo de apropiárselos, será castigado:

- 1o.- Con nueve meses de prisión mayor si la sustracción no excediere de cien colones:
- 2o.- Con dos años de prisión mayor si excediere de cien y no pasare de quinientos colones:
- 3o.- Con tres años de presidio si excediere de quinientos y no pasare de cinco mil:

4o.- Con cinco años de presidio si excediere de cinco mil colones.

En todos los casos, con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

Es necesario hacer ver que la incrimación del delito contemplado en el artículo transcrito, se fundamenta en que la sustracción de fondos públicos es una lesión contra los intereses patrimoniales del Estado, pero que la ley no enfoca solo este daño patrimonial en la comisión del delito, sino también, a la violación de parte del funcionario de la confianza pública en él depositada.

Concretando lo anterior, decimos que la malversación por sustracción de caudales, comprende dos aspectos: 1o. El daño causado al patrimonio del Estado por la acción del funcionario que sustrae los fondos; 2o. La violación de parte del funcionario de la fe pública en él depositada.

Los elementos constitutivos de esta forma del delito de malversación en estudio son tres:

- 1o.- El autor debe de ser un empleado público - que, en virtud de sus funciones, tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares.

- 2o.- Un acto de sustracción de fondos públicos - de parte del empleado que tiene a su cargo dichos fondos, o una omisión destinada a consentir que otros los sustraigan.

- 3o.- Intención del autor de cometer el delito.- Con respecto al primer elemento hay que declarar que existen particulares equiparados a la condición de empleado público en virtud del Art. 343.

También es necesario hacer resaltar - que en el primer elemento los fondos públicos se encuentran a cargo del empleado en razón de sus funciones.

Sobre esta circunstancia del primer - elemento, sobre la cual se ha tenido el cuidado de llamar la atención, se han sostenido criterios diversos. -

Al respecto Groizard, dice: " A qué añadir que además de estar a su cargo esos caudales, han de estarlo precisamente por razón de sus funciones? . Todo empleado participa en general del ejercicio de funciones públicas.... Pero cada empleado tiene y ejerce, por razón del destino que sirve, funciones públicas especiales. Limitar el círculo de la responsabilidad en el delito que examinamos sólo al caso de quebrantar esas especiales obligaciones, es estrecharlo demasiado y puede dar lugar a dejar sin defensa suficiente - en algunas circunstancias los intereses públicos. El funcionario a cuyo cargo se ponen accidentalmente fondos públicos, por autoridad competente, y de ellos se apodera, falta a la fidelidad debida al Estado que en él depositó su confianza, y no debe servirle de excusa, para eludir la responsabilidad como autor del delito de malversación, el alegar que por la índole de las funciones especiales de su destino, aquellos -- fondos no estaban a su cargo".

Discrepamos nosotros del criterio de Groizard por las siguientes razones: lo. Porque -

el autor de malversación sólo puede ser un empleado - público. 2o. Porque esta calidad del autor no lo con sideramos en una forma aislada sino en relación con - los fondos que tiene a su cargo. 3o. Porque los fon- dos públicos están a cargo del autor de la malversa-- ción en razón de sus funciones; es decir en virtud - del título por el cual desempeña estas funciones.

Como explicación práctica del nume- ral anterior exponemos el caso siguiente: Cuando el- empleado sustrae fondos que no están a su cargo en - razón de sus funciones, sino que lo están por accidenu te o con ocasión de ellas; responderá criminalmente - por delito contra la propiedad con la agravante del - caso Art. 10 No. 10; pero no será sujeto activo de - malversación.

Con respecto al segundo elemento - considero que es conveniente empezar su explicación - exponiendo el significado de la palabra sustracción.- Sustraer equivale según el Diccionario de la Lengua,- a apartar, extraer, separar.

Conviene manifestar que dicho vocablo tiene que aceptarse en este significado que de él dá el diccionario, puesto que no es una palabra técnica ni ha sido definida por legislador.

Ahora, el delito se ejecuta de dos maneras a saber: por acción y por omisión. En el caso del Art. 338, se realiza por acción cuando el empleado sustrae los fondos; por omisión, cuando consintiere que otros los sustraiga.

Consideramos que la acción en el delito en general consiste en hacer lo que no se debe; la omisión, en no hacer lo esperado y en la exigencia legal del hecho esperado.

Existe igualmente en la teoría general del delito la comisión por omisión o también llamados delitos de omisión impropios, en los cuales el sujeto activo realiza el hecho punible valiéndose de la omisión como de acción, con el objeto de producir el hecho esperado.

Como no se puede admitir la posibilidad de que un empleado, él solo, por omisión sustraiga los fondos que le han sido confiados, si no que, - forzosamente tiene que aparecer un tercero que los sustraiga, tenemos que admitir que la ejecución del delito por omisión que plantea el Art. 338, es una omisión impropia, puesto que, el empleado al consentir que otro sustraiga los fondos, hace uso de la omisión como de - acción, con miras a que el delito se realice, ya que - sin su consentimiento el delito no se realizaría.

Es por estas razones que al ubicar al sujeto de una malversación por omisión, tendríamos que hacerlo en el No. 3 del Artículo 13.

Conviene agregar que la sustracción de fondos es generalmente admitida como apropiación - sin ánimo de restituirlos. Este ánimo de no restituir es lo que el Derecho Penal llama malversación propia.

El tercer elemento de la forma de - malversación en estudio o sea la intención delictiva - comprende de parte del actor, dos aspectos: lo. el áni

mo de apropiarse los fondos públicos; y 2o. la conciencia de que dichos fondos están a su cargo.

Según Cuello Calón, el delito de malversación de que hablamos se consuma desde que se realiza la sustracción (por acción), o en el momento en que se consiente (por omisión), Agrega que la frustración y la tentativa no se persiben claramente, pero sí, son posibles.

Con respecto a las penas establecidas, el delito resalta a plena luz su marcado rigorismo y su graduación de acuerdo con la cuantía del daño patrimonial causado.

-o-o-o-o-o-o-

C A P I T U L O I V

C A P I T U L O I V

X.- MALVERSARION DE CAUDALES PUBLICOS POR APLICACION DE LOS MISMOS.

Esta especie delictiva a que nos vamos a referir la podríamos conceptuar en los siguientes términos: consiste en la sustracción transitoria - que de los fondos hace el empleado público, con miras a aplicarlas a usos propios o ajenos, pero con la intención de restituirlos.

Del concepto enunciado deducimos - que sus elementos constitutivos son:

- 1o. El sujeto activo debe ser un funcionario público que tenga a su cargo en razón de sus funciones, caudales o efectos públicos o de particulares.
- 2o. Un acto de sustracción de esos caudales o efectos.

3o. El ánimo de apropiarse los caudales transi
toriamente y de restituirlos después de ha
berlos usado.

Antes de entrar a analizar los -
elementos descritos, considero del caso exponer que -
los Códigos Penales en su mayoría, han formado una -
unidad con esta conducta delictiva que analizamos y -
la apropiación de parte del empleado de los fondos -
puestos a su cargo, sustentando su formato en este ca
so un criterio objetivo. Pero hemos de traer a nues-
tro favor que la característica esencial de la espe--
cie delictiva que analizamos es la "intención de res-
titución de fondos" y es lo que ha hecho que el legisl
ador la considere como especie independiente de la -
contemplada en el Artículo 338.

Por haber explicado en el Capítu-
lo I las circunstancias que deben de concurrir en el-
sujeto activo del delito de malversación, y complemenu
tado su análisis en el capítulo anterior; considero -
que muy poco se puede agregar al estudio sobre el au-
tor de malversación.

Algo similar a lo anterior podemos decir sobre el segundo elemento, porque la acción de -sustraer es elemento común, tanto de la especie de delito contemplada en el Art. 338, como de la especie de delictiva objeto de este Capítulo y que nuestra ley la -ubica en Art. 340 que dice: El funcionario que con daño o entorpecimiento del servicio público aplicare a -usos propios o ajenos, sin ánimo de apropiárselos, los caudales o efectos puestos a su cargo, será castigado- con la tercera parte de la pena señalada en el Artícu- lo 338.

No verificándose el reintegro, se- le impondrán las penas señaladas en dicho Artículo.

Si el uso indebido de los fondos - fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, incurrirá en la quinta parte de las penas antedichas,- según los respectivos casos.

El reintegro a que se refiere este artículo no excusa la aplicación de la pena respectiva si se verificare después de iniciado el procedimiento- contra el culpable.

Con respecto al tercero de los elementos ya dichos, tenemos que, las figuras del Art. - 340 y 338 difieren con relación al dolo específico que contiene cada una de ellas, puesto que, en el segundo- de los artículos citados, el dolo aludido consiste en- la intención de apropiarse los caudales públicos defi- nitivamente; lo que trae como consecuencia una dismi- nución del patrimonio del Estado; y una mayor penali- dad. En cambio en la figura del Art. 340, el dolo mencionado se traduce en la voluntad de restituirlos fon- dos sustraídos transitoriamente, después de aplicarlos a usos propios o ajenos.

Efectivamente, en esta última figura no hay disminución del patrimonio del Estado, (ra- zón por lo cual se considera como Malversación impro- pia), sino que existe alteración de la regularidad - con que deben de administrarse los fondos públicos por los funcionarios públicos encargados de ellos, en ra- zón de sus funciones. Este ánimo de restitución de - los caudales públicos es la base de una penalidad me- nos severa que la del Art. 338.

Cuello Calón manifiesta "que el delito se consuma en el momento en que el funcionario aplica a usos propios los caudales puestos a su cargo".

Al respecto nosotros exponemos que lo que la ley pena en el Art. 340 no es la aplicación de los fondos haga el autor del delito, sino la sustracción transitoria de fondos con la intención de restituirlos. Por esta razón disentimos del criterio expuesto por el penalista español, y sostenemos que el delito se consuma desde el momento que el funcionario sustrae los fondos transitoriamente con miras de reintegrarlos.

Puede acontecer que el delito en estudio en este Capítulo no produzca daño material ni entorpecimiento del servicio público, pero no obstante esto se considera existente.

Con relación al último inciso del Art. 340, sostenemos que se refiere al procedimiento judicial.

C A P I T U L O V

C A P I T U L O V

XI.- MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS POR SUSTRACCION DE LOS MISMOS, POR NEGLIGENCIA O ABANDONO.

La figura que vamos a proceder a analizar, está contemplada en nuestro Código Penal en el Art. 339 que a la letra dice: El funcionario público que por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se ejecute por otra persona la sustracción de los caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior, incurrirá en la quinta parte de las penas allí señaladas para los respectivos casos.

Esta disposición legal nuestra, apareció en forma similar en el código español de 1870, que tuvo como antecedente el Art. 466 del Código Hispánico de 1822, que castigaba no sólo al empleado que por su culpa daba ocasión a que otros sustrajeran los caudales, sino también al que por su culpa daba ocasión al extravío de ellos, como se ve, la disposición era defectuosa por su amplitud.

Del tenor del artículo transcrito:

Art. 339, establece que los elementos constitutivos de esta forma de malversación son: 1o. El autor del delito debe de ser funcionario público, o persona equiparada a él en virtud del Art. 343; 2o. Una omisión de carácter culposo que se traduce en un hecho de abandono o negligencia inexcusable del autor en lo relativo al deber de vigilancia que debe ejercer sobre los caudales a su cargo; 3o. Un hecho de sustracción por parte de otra persona que actúa sin acuerdo con el funcionario encargado de los fondos.

Con relación al primer elemento - que acabamos de enunciar, bástanos decir que participa de los mismos razonamientos que hicimos sobre el sujeto activo en el Capítulo anterior.

En consideración al segundo elemento decimos: que aunque la ley no habla textualmente de omisión, es correcto entender que lo que ella reprime es la conducta omisiva del empleado; es decir, la falta de cumplimiento de parte de éste, de los deberes de vigilancia que sobre los caudales a su cargo debe tenener.

Con respecto a la clase de omisión a que se refiere el segundo elemento de la especie delictiva que estudiamos Bunster Briceño dice: Se trata de una simple omisión o de un delito de comisión mediante omisión?. Parece que la respuesta a esas preguntas **no** puede merecer dudas, ya que la ley, lejos de contentarse con reprimir la sola omisión o abandono del funcionario, reprime la consecuencia de esa omisión, la sustracción de los caudales por otra persona, consecuencia que se halla más allá del simple despliegue de la conducta que en ella desemboca. Por consiguiente, se trata en la especie de un delito de comisión mediante omisión, ya que se alcanza un resultado material ulterior al simple no hacer. El resultado es, pues, positivo. Pero a ese resultado sólo es posible llegar por una omisión del funcionario. Por lo tanto, el delito es de comisión por omisión.

Discrepamos del criterio anterior porque:

10. La omisión impropia o comisión por omisión, consiste en que el sujeto activo del delito se sirva de la omisión como medio de acción, para ejecutar el hecho esperado (sustracción por otro).

2o. En la forma de malversación que analizamos, el autor desconoce la posibilidad de la sustracción por otro, puesto que no existe entre éste y el funcionario ningún acuerdo, razón por lo cual sería imposible servirse de la omisión como de acción.

Sobre el tercero de los elementos constitutivos de la especie delictiva en estudio en este capítulo, exponemos: que la penalidad está condicionada a la sustracción de fondos por un tercero, de tal forma, que el delito no nace sin el cumplimiento de ésta condición; desde la cual debe contarse la prescripción de la acción penal Art. 83 Numeral 6.

En el análisis del Art. 339, concluimos que lo que convierte al funcionario en malversador, es el abandono o negligencia inexcusable. Pero el tercero que sustrae los fondos en ocasión de ello, por carecer de las circunstancias que necesariamente tienen que concurrir en el sujeto activo, se le considera como autor de otro delito pero no de malversación.

C A P I T U L O VI

C A P I T U L O VI

XII- MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS POR DESVIACION
DE LOS MISMOS HACIA FINES PUBLICOS INDEBIDOS.

Esta forma de malversación a que nos vamos a referir apareció en el Art. 320 del Código Penal Español de 1850, el cual tuvo como antecedente el Art. 217 del Código Penal de Nápoles. Actualmente la especie delictiva objeto de estudio, es admitida por códigos contemporáneos en una forma sustancial similar a la manera en que la contempla nuestra legislación penal en el Art. 341, que a la letra dice: " El empleado público que diere a los caudales o efectos que administre una inversión pública diferente a aquella a que estuvieren destinados, será castigado con cuatro meses de prisión menor, si de ello resultare daño o entorpecimiento en el servicio u objeto a que debían aplicarse, y en otro caso, con dos meses de la misma pena.

Del artículo citado se deduce:

a) Que el bien tutelado no es la integridad patrimonial del Estado, sino que, el regular desenvolvimiento de las funciones públicas.

b) Que no se trata de una sustracción - transitoria o definitiva de fondos públicos con miras a ser aplicadas a necesidades de naturaleza diferente a las públicas, sino que, de una desviación de aquellos de su curso normal con miras a ser aplicados a necesidades de naturaleza pública.

Fijadas las deducciones a que nos lleva el análisis del Art. 341, decimos: que tres son los - elementos que constituyen la especie de malversación - que comentamos, a saber:

- 1o. El autor al igual que todas las formas de - malversación debe de ser funcionario público;
 - 2o. Un acto material, que se traduce en aplicar los fondos públicos en un fin público, pero distinto del debido;
 - 3o. El dolo o elemento subjetivo que está integrado por la conciencia de otorgar a los cauda - les o efectos un destino diverso del que recibieron, y por la voluntad de darles este destino diferente.
-

El término que "administre" que aparece en el Artículo transcrito debe entenderse en un sentido amplio, es decir, como equivalente a las expresiones - "teniendo a su cargo" del Art. 338, 339, "puestos a su cargo" del Art. 340.

Considero que de los tres elementos enunciados sólo es necesario explicar el segundo; por lo -- cual digo: el delito consiste propiamente, en dar a los fondos una aplicación pública distinta a que estaban -- destinados. Este segundo elemento es el que establece la diferencia de esta forma delictiva que analizamos de las otras que contempla el Capítulo XI del Título VII del - Código Penal.

El segundo elemento a que nos referimos - está comprendido en la siguiente frase del Art. 341 "in- versión pública diferente de aquella a que estuvieren - destinados".

En esta expresión amplia, el legislador tuvo el acierto de comprender todas las disposiciones de naturaleza jurídica, que regulan el destino público de los fondos del Estado y de los particulares a ellos equiparados, normas cuya violación traen como consecuencia

cia la pena establecida en el referido artículo. Pero hemos de recordar que entre estas reglas legales a que hacemos alusión, figuran: la ley, pero es necesario hacer ver que los caudales a que alude el artículo de mérito, pueden tener fijado su destino además, por decretos, reglamentos y hasta por instrucciones de los respectivos funcionarios superiores, cuando el sistema legal les concede esta facultad dentro del ámbito de sus respectivas atribuciones.

Manifiesto pues; que el legislador al crear la figura delictiva que nos ocupa, tuvo en mira evitar que los encargados de los fondos públicos - violaran las disposiciones legales que regulan el destino de los fondos públicos, y redactó con ese propósito la frase del Art. 341.

Pero hay que explicar que la infracción a las normas a que nos hemos referido, constituyen en última instancia el objeto de la incrimación del - delito, y que el objeto directo de la penalidad del - Art. 341 lo constituye la conducta de dar a los caudales que se administran una inversión pública diferente-

de aquella a que estuvieren destinados.

Bueno es establecer que la naturaleza delictual de la conducta que estudiamos, ha sido criticada por muchos penalistas, así, Chauvean y Hélie dicen: " en estos hechos sólo hay una infracción a los deberes del oficio que pueden penarse únicamente con medidas disciplinarias y no como un crimen o delito ".

Groizard al respecto manifiesta: - que el empleado que realiza esta conducta que analizamos, " no delinquen con arreglo a ningún principio abstracto de Justicia ni a ninguna sana teoría de Derecho Penal ".

Con respecto al criterio sustentado por los penalistas mencionados, nosotros manifestamos:- que la conducta establecida en el Art. 341, merece la pena, por ser aquella una creación de política penal en caminata a garantizar la conveniencia colectiva (Garantiza el cumplimiento de las normas jurídicas que rigen la aplicación de los caudales públicos).

El daño o entorpecimiento que pueda resultar para el servicio a que los fondos estuvieren asignados sólo es determinante en la gravedad de la pena.

-0-0-0-0-0-0-

C A P I T U L O VII

C A P I T U L O VII

XIII- NEGATIVA A REALIZAR UN PAGO

La especie delictiva que ahora nos ocupa está ubicada en nuestra legislación penal en el Art. 342, tiene como antecedente los artículos 321 y 409 de los Códigos Penales de España de 1850 y 1870 - respectivamente. Actualmente está contemplada en el Art. 403 de la legislación penal vigente en la Península.

El artículo 342 ya citado a la letra dice: " El empleado público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Erario Nacional, rehusare hacerlo, sufrirá la pena de cuatro meses de prisión menor. Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por la autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración.

Las dos conductas delictivas que se desprenden del tenor del artículo transcrito funda

mentan su penalidad en el concepto de desobediencia.

Viada por el contrario afirma, que en estas conductas el fundamento de la penalidad es-- triba en la retención momentánea o indebida de los - fondos públicos, porque ésta constituye una presun -- ción o sospecha de que el funcionario trata de hacer- uso indebido de dichos fondos.

Nosotros por el contrario repeti- mos: que el hecho constitutivo de la infracción que - nos ocupa, es pura y simplemente " dejar de hacer un- pago con fondos del Estado ", conducta ésta, que debe de observarse, independientemente de toda presunción- o sospecha " .

De este último criterio participa- Bunster Briceño, Cuello Calón y Groizard, éste sostie- ne además que las conductas que tratamos en esta oca- sión sólo deberían de dar lugar a sanciones discipli- narias, no a penas propiamente dichas".

Las dos conductas contempladas en- el Artículo a que nos venimos refiriendo, tienen en -

común dos elementos: a) la calidad de funcionario público y b) el dolo.

Pero además lo relativo al primer inciso del Artículo citado, contiene otros dos elementos constitutivos al igual que la figura del segundo inciso de dicho artículo, que por su orden son: 1o. - Inciso a) Obligación de efectuar un pago; b) Negativa a cumplir la obligación. 2o. Inciso a) Orden superior y legítima de entregar la cosa; b) Desobediencia a la orden recibida.

Como consecuencia, de la enunciaci~~ón~~ de sus elementos deducimos: que en el momento de la negativa de hacer el pago o de la desobediencia a la orden recibida es que se consuma el delito.

Analizando a fondo el artículo - que nos ocupa vemos pues, que las figuras descritas - se reducen a la " negativa de hacer un pago ".

Sobre la naturaleza jurídica de esta negativa decimos: 1o. Es un delito formal, porque-

ésta negativa no requiere ningún resultado posterior-
para consumarse; 2o. Es un delito de simple omisión-
u omisión propia, porque la pena se fundamenta en sim
ple infracción a la norma jurídica; y 3o. Es un deliti
to de posición pues no se concibe su nacimiento, si -
el autor de la negativa no es funcionario público.

-0-0-0-0-0-0-

C O N C L U S I O N E S

- 1.- En el delito de malversación de caudales públicos sólo pueden ser sujetos activos los funcionarios-públicos o los particulares equiparados a ellos,- en virtud del Art. 343.
- 2.- El delito solo puede recaer en fondos públicos o de particulares equiparados a ellos en virtud del artículo anterior.
- 3.- El bien jurídico protegido en los Arts. 338 y 339 es la integridad patrimonial del Estado.
- 4.- El bien jurídico protegido en los Arts. 340 y 341 es la regularidad con que deben de ser atendidas-las funciones públicas.
- 5.- El elemento diferenciador de la especie contemplado en el Art. 338 y 339 de las demás del Capítulo XI del Código reside en la "sustracción definitiva de caudales".

- 6.- El elemento que hace diferir la figura del Art. - 340, reside en la sustracción transitoria de caudales, acompañada del ánimo de restituirlos después de haberlos usado.

- 7.- En la especie delictiva del Art. 341, no existe - propiamente sustracción, sino una desviación, que consiste en dar a los fondos públicos, una aplicación distinta a la que estaban destinados, "siendo éste elemento constitutivo de la especie, el - que establece la diferencia con las demás comprendidas en el Capítulo de la Malversación.

- 8.- En las formas establecidas en el Art. 342, no se lesiona ni la integridad patrimonial del Estado - ni la regularidad de sus funciones; la razón de - su ubicación es el Capítulo de la Malversación - obedece a que encierran una actuación funcionaria que, directa o indirectamente, se vincula a los - intereses patrimoniales de la administración.

- 9.- Las mejores formas de evitar la realización del - delito en estudio, son: hacer conciencia de res-

ponsabilidad en el funcionario, una continúa y agu
da fiscalización administrativa sobre los fondos -
públicos, y mejores retribuciones económicas a los
funcionarios encargados del manejo de dichos fon--
dos; no creo que la severidad penal sea el medio -
de evitar la consumación del delito.

-0-0-0-0-0-0-

B I B L I O G R A F I A

AUTOR	O B R A
SEBASTIAN SOLER	DERECHO PENAL ARGENTINO.
EDMUNDO MEZGER	DERECHO PENAL.
EUGENIO CUELLO CALON	DERECHO PENAL.
J. RAIMUNDO DEL RIO C.	ESPLICACIONES DE DERECHO PENAL .
ALVARO BUNSTER BRICEÑO	LA MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS.
FRANCISCO JOAQUIN PACHECO	EL CODIGO PENAL CONCORDADO Y COMENTADO.
SALVADOR VIADA Y VILASECA	CODIGO PENAL REFORMADO DE 1870 CONCORDADO Y COMENTADO.
CONSTANCIO BERNALDO DE QUIROS	DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL).
JOSE ENRIQUE SILVA	DERECHO PENAL SALVADOREÑO
RODRIGUEZ NAVARRO	DOCTRINA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.
ANTONIO QUINTANO RIPOLLES	CURSO DE DERECHO PENAL.