

343.5

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD:

WOLFRANG RIPOLL

SECRETARIO GENERAL:

HUMBERTO BENEDETTI

DECANO DE LA FACULTAD:

CARLOS VILLALBA BUSTILLO

SECRETARIO DE LA FACULTAD:

JORGE PALLARES B.

PRESIDENTE HONORARIO:

JULIO VARELA E.

PRESIDENTE DE TESIS:

ANTENOR BARBOZA A.

EXAMINADORES:

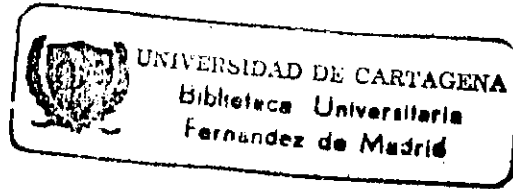
Dr. GUILLERMO GÓMEZ

Dr. ALFREDO BETTIN

Dr.

E L P E C U L A D O

=====



" Tesis para optar el título de
 Doctor en Derecho y Ciencias
 Políticas, presentada por Alva-
 ro Ballesteros Varela ".

S C I B
 00018207

Cartagena, Agosto de 1976

34171

DEDICATORIA

- A mis padres : Edgardo Ballestas y Eva
Varela, ya fallecida, co-
mo un homenaje a sus gran-
des esfuerzos, que hicieron
posible la culminación de es-
ta empresa.
- A mi esposa : Myrna Robinson de Ballestas
- A mis hijas : Claudia Helena y María Ele-
na.
- A mi tía : María E. Varela, ya falle-
cida.
- A mis familiares.
- A mis amigos.

" La facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en esta tesis, tales opiniones se consideran como propias de su autor".

C A P I T U L O I

ADMINISTRACION PUBLICA Y EMPLEADOS PUBLICOS

LA ADMINISTRACION.- En la codificación colombiana, como en la mayoría de las codificaciones modernas, el peculado está incluido dentro de los delitos contra la Administración Pública. Por esta razón en la presente tesis se va a analizar y a precisar este último concepto.

Genéricamente, toda administración es organización, y etimológicamente es "Servicio". Proviene de la voz latina "ministrare", que significa "servir" y tiene además las acepciones de cuidar, gobernar, regir, etc. Es así como se dice con frecuencia que gobernar es servir. Desde el punto de vista jurídico la voz adopta la acepción de ordenar, proveer, dirigir, o sea toda la actuación que implica el cumplimiento de un mandato.

LA ADMINISTRACION PUBLICA.- Teniendo en cuenta que en términos generales la administración es un mandato que se confiere a una persona para que ejerza la dirección, gobierno y cuidado de bienes ajenos, ya sea de una sociedad, de una herencia, de un estado, etc., tenemos que decir también que cuando esa administración corre por cuenta del Estado, o de sus órganos, recibe el

nombre de " Pública ". El profesor FLORINI la define: " como la actividad funcional de ciertos órganos del Estado que se encuentran en relación con el poder administrador. "

El doctor Jaime Vidal Perdomo nos dice que por administración se entiende " El conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del Estado moderno y de prestar los servicios que el Estado moderno atiende. "

Es de mucha utilidad recordar que el Estado tiene tres funciones esenciales a saber: Legislación, Jurisdicción y Administración.

Así se llega a la conclusión de que el Estado es el gran administrador y organizador de la cosa pública, y que como persona jurídica que es, lo hace a través de sus representantes, que son los "funcionarios públicos", llamados así porque realizan una función de igual naturaleza.

Esas funciones están en todos los casos predeterminados, por razones de organización. Viéndose esto de manera clara en el Art. 63 de la CN. , que a la letra dice :

" Art. 63 - No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en

ley o reglamento".

Esta predeterminación es unilateral y es de la única incumbencia del Estado y sus órganos. Sobre esto ha dicho la corte que :

" El empleado o funcionario público está colocado siempre en una situación legal o reglamentaria; su estatuto no se conforma mediante un acuerdo de voluntades entre la administración y quien sirve un cargo público, sino que es solamente el resultado de un acto unilateral de la administración y nunca una relación de carácter contractual. Es la ley o el reglamento la norma que crea el empleo o cargo publico, señala las funciones, determina los agentes públicos, elementos todos que son por esencia modificables unilateralmente por la administración. De esta manera la doctrina rechaza la hipotética existencia de un contrato de servicio, ya que en él entrañaría para su formación un concurso bilateral de voluntades que la realidad niega en absoluto por inexistente. En el derecho positivo colombiano el principio es el mismo".

Se concluye diciendo que la administración pública es la actividad funcional del Estado, que sus ramas son ejercidas por personas denominadas Funcionarios Públicos, y que las funciones de estos están previamente establecidas por las leyes o los reglamentos. A

toda esa actividad funcional se refieren los delitos contra la administración pública, tipificados en el Código Penal. Por lo tanto so lo pueden ser sujetos activos de estos delitos los funcionarios o empleados públicos.

FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS.- Ya se ha dicho antes que los funcionarios públicos son los sujetos de tales delitos de delitos, por lo tanto es necesario que se haga claridad sobre el concepto de funcionario público.

Nuestro estatuto penal comete un incalificable error cuando no pre cisa que entienda por funcionario público, como lo hacen otros có- digos penales, en donde se encuentra explícitamente definido tal concepto. El nuestro usa, para indicar a la persona encargada de la función pública, las frases funcionario público, el que transitoriamente desempeña funciones públicas y persona encargada de un servicio público, que no son desde luego equivalentes. Pero como no dice quienes tienen tal carácter, ni en la doctrina hay uniformidad sobre el significado de esas locuciones, habrá que remitirse a lo que al respecto estatuye, entre nosotros, el Código de Regimen Político y Municipal, en su Art. 5o., la denominación empleados públicos cobija a "todos los individuos que desempeñan destinos

creados o reconocidos por las leyes" y a "los que desempeñan destinos creados o reconocidos por ordenanzas, acuerdos y decretos vá-lidos". Esta denominación es genérica y comprende a los magistrados, "que son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad"; a los simples funcionarios públicos, "que son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejercitar sino en su calidad de empleados"; y a los "meros oficiales públicos, que son los empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar, aún sin tener la calidad de empleado".

Cuando la ley represiva habla pues de funcionario público no debe entenderse incluido en tal concepto el oficial público, pero sí el magistrado, que es un funcionario público calificado: el que tiene jurisdicción o mando. Y cuando usa la expresión empleado público, es para comprenderlos a todos.

De donde se deduce que a menudo se incurre en redundancia, cuando se dice reiteradamente "el funcionario o empleado público". La misma idea queda totalmente expresada sin ninguna confusión, cuando se dice simplemente "el empleado público".

Nuestro estatuto penal, al tipificar los delitos contra la administra-

ción pública, claramente señala como sujetos activos de tales reatos -como ya se dijo- a los Empleados o Funcionarios Públicos. Para estos efectos, es de diaria ocurrencia la determinación previa sobre si una persona tiene la calidad de empleado público. Sobre el particular ha dicho la jurisprudencia colombiana: "La determinación o calificación de si la persona que presta sus servicios al Estado asume o no el carácter de empleado público -cuestión no simplemente adjetiva- no puede resolverse por medio de un decreto.

Es la norma sustantiva (constitución, ley, ordenanza, acuerdo o decreto del mismo carácter) el estatuto que normativamente y en forma general hace la determinación.

"Entonces, si la norma sustantiva crea una determinada función, adscribe su desarrollo a un cargo creado para ese fin, se inviste de él a una persona determinada, y esta por las vías legales asume la función correspondiente, consecuentemente, por razón de estos hechos, adquiere por ministerio de la ley dicha persona el carácter de empleado público sin necesidad de decreto posterior que así lo declare. Y seguirá siéndolo, irrevocablemente aunque una disposición adjetiva posterior, provenga ella de la más alta jerarquía, opte por desconocerle esa determinada calidad creada por la Ley".

De lo anterior se concluye que para determinar el carácter de emplea
do público que en un determinado momento pueda tener una persona
es preciso que concurren los siguientes factores :

- 1o. Existencia de una función creada por norma sustantiva;
lo que se conoce con el nombre de creación de un cargo.
- 2o. Determinación de las funciones propias del cargo crea-
do.
- 3o. Designación de la persona que va a desempeñar ese car
go y ejercer esas funciones, por nombramiento o elec-
ción hecho por las vías legales, y
- 4o. Posesión oficial del destino o cargo por parte de esa
persona

FUNCIONARIOS DE DERECHO, DE HECHO Y USURPADORES.-

Para los efectos advos y para los penales, es preciso además distin
guir los llamados funcionarios de derecho, de los de hecho y de los
usurpadores.

El funcionario que se puede llamar "de derecho", es aquel que ha

sido designado con la plena observancia de los requisitos establecidos por las leyes. La situación del funcionario de hecho es mucho más compleja. En esta oportunidad, apenas si haremos mención a las hipótesis más frecuentes que pueden originar una tal situación, sin profundizar en la teoría, ya que eso es materia del derecho de otro ramo.

El funcionario de hecho es aquel que ha sido designado y que ejerce el cargo sin el lleno de las prescripciones legales que para el caso se exigen.

Puede suceder -por vía de ejemplo- que se trate de un nombramiento nulo, nulidad que se deduce de la falta o ausencia de un requisito de forma o de fondo. Puede suceder también que la situación de ser funcionario de hecho, nazca de que el funcionario esté ejerciendo funciones antes de que se hayan cumplido todas las formalidades legales prescritas por la ley para que ese ejercicio de la función pública se realice. Así mismo puede darse el caso del ejercicio de hecho de la función pública, cuando, por ejemplo, el funcionario sigue al frente del cargo una vez que ha cesado el período para el cual fue elegido o nombrado.

En estas hipótesis, que a simple vista hemos propuesto, se aprecia

y esto es lo que diferencia fundamentalmente al funcionario de hecho del simple usurpador, que existe un título putativo, un nombramiento irregular, pero existe por lo menos una apariencia constitutiva de la cualidad o condición de funcionario público.

Algo totalmente distinto se aprecia en relación con el llamado usurpador. Los usurpadores son los que ocupan un cargo sin investidura. Sus actos son inexistentes, puesto que su origen es delictuoso.

Estos últimos no pueden ser sujetos activos de los delitos respecto de los cuales se requiere que sea un funcionario público, pues está claro que no pueden ser considerados como funcionario ni de derecho ni de hecho, por el simple motivo de que no son funcionarios, sino usurpadores solamente.

EMPLEADOS DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. - Interesa también saber si los Empleados de los Establecimientos Públicos, o Instituciones descentralizadas, pueden ser sujetos activos de peculado, interrogante que resolvemos afirmativamente.

La noción moderna de Estado y la complejidad funcional de su actividad, han conducido a la creación de tales entidades. Ellos gozan de autonomía administrativa y control fiscal, manejan fondos públicos y son de creación, organización y funcionamientos legales. Ellos son

el producto del intervencionismo de Estado, en buena parte. En ocasiones administran servicios públicos, y otras son verdaderas intervenciones estatales en la economía.

Es de advertir que la autonomía de que gozan estos organismos está circunscrita a las actividades precisas que en cada caso les señala la ley o el decreto ley que las crea, y toda gestión que exceda ese mandato expreso debe ser considerada como una extralimitación de funciones. De acuerdo con las disposiciones de la ley 151 de 1.959 estos organismos están obligados a actuar conforme a su presupuesto especial, cuya ejecución fiscaliza la Contraloría General de la República.

La jurisprudencia colombiana, siguiendo las enseñanzas de la doctrina contemporánea, ha dicho que los establecimientos públicos se caracterizan por los siguientes aspectos :

- a) Son creación de actos legislativos;
- b) Tienen autonomía patrimonial y administrativa;
- c) Están sometidos a la vigilancia del Estado; y
- d) Su patrimonio está formado por fondos públicos total o parcialmente.
- e) Prestan un servicio público.

Sin embargo en el Código Fiscal de Cundinamarca se lee: "Como

antes se anotaba, hay casos de establecimientos públicos que dirigen servicios que no tienen el carácter reconocido de tales. Sin embargo, aún en estos casos, señalan los tratadistas que existe una íntima vinculación entre la existencia de tales personas de derecho público y la prestación de servicios".

En la misma obra se señala el "carácter de funcionarios públicos" que tienen los empleados de tales establecimientos. Al comentar los conceptos del tratadista francés André De Laubadere dice :

"La segunda consecuencia que expone el tratadista citado es la de que "el personal adscrito a un establecimiento público puede tener la calidad de funcionario, en la medida de la presencia de los demás elementos que definen los funcionarios, en tanto que el concesionario y sus empleados son particulares ". Las restantes consecuencias son "las de que los trabajos inmobiliarios que se efectúen por cuenta del establecimiento público, son trabajos públicos, por ser efectuados en beneficio de persona pública, y la de que los fondos que en él se manejen son fondos públicos también ".

C A P I T U L O I I

G E N E R A L I D A D E S

BIEN JURIDICO TUTELADO.- La locución administración pública, por medio de la cual se designa el bien jurídico tutelado por las incriminaciones del presente título, es sumamente elástica. Pero en el sentido en que está usada por el legislador, significa el conjunto de órganos o individuos, de que se vale el Estado para el cumplimiento de sus fines. Dentro de este amplio concepto caben, además de la administración pública en sentido estricto (la actividad ejecutiva no manifestada en actos políticos), la actividad legislativa y la judicial. Hay que advertir, sin embargo, que esta última solo está protegida por las disposiciones de este título desde un punto de vista genérico, en cuanto la actividad judicial es un aspecto de la administración pública. Cuando se concreta, en cambio, a sus finalidades específicas (administrar justicia), la tutela penal está consagrada en el siguiente tutelado, denominado "Delitos contra la Administración de Justicia". Así, el que comete violencia contra un juez, para obligarlo a ejecutar u omitir un acto propio de sus funciones (Art. 184), incurrir en una infracción contra la administración pública, porque afecta un aspecto de esta.

Lo mismo habría ocurrido si la víctima hubiera sido el secretario de un alcalde o un maestro de escuela.

El que en declaración rendida bajo juramento ante un juez afirme una falsedad, comete, en cambio, un delito contra la administración de justicia, porque lesiona la específica función de la rama jurisdiccional del poder público. El mismo acto efectuado ante el secretario de alcalde o un maestro de escuela, no es delito.

Si la administración pública es el engranaje de que se vale el Estado para cumplir sus fines, huelga destacar su interés en que no se la perturbe, pues los actos dirigidos contra ella afectan indirectamente al Estado mismo. Y si ella es también el órgano que mantiene las relaciones entre este y los ciudadanos, es igualmente palmario el interés que tiene la sociedad en que no se la lesione. Y tales intereses no pueden ser protegidos sino por el magisterio penal. He ahí la razón para reprimir los actos que atentan a la administración pública.

La administración pública puede ser atacada de dos modos: Vulnerando directamente la función (prevaricato, peculado, concusión, cohecho pasivo, etc.) u ofendiéndola indirectamente, a través del su

jeto u organismo encargado de ella (cohecho activo, usurpación de funciones públicas delitos contra los funcionarios públicos). Del primero surgen los delitos puros de los funcionarios, que solo pueden ser cometidos por estos, y del segundo, los delitos mixtos de los funcionarios de los cuales pueden ser responsables estos y los particulares. De las infracciones incluidas en este título, algunas lesionan otros bienes jurídicos, además de la administración pública, pero como esta es, entre los afectados, el prevaleciente, su ubicación queda plenamente justificada. Así el peculado y la concusión atacan el derecho de propiedad, y los de estos contra los funcionarios públicos, la autonomía y otros derechos de la persona humana, y son, no obstante, delitos contra la administración pública por la razón dicha anteriormente.

División de los Delitos contra la Administración Pública.-

El código distingue en este tipo de delitos dos formas de infracciones: Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la administración pública, y los delitos cometidos por los particulares contra la misma administración pública. Quiera decir lo anterior, que la administración pública puede ser lesionada por la conducta delictuosa de sus propios representantes, es decir, desde "dentro", y entonces

su autor será un "intraneus"; o también puede ser perjudicada desde fuera, en sus relaciones con los terceros o particulares, y entonces el autor de la infracción será un "extraneus".

De estas dos formas de delincuencia nace la distinción fundamental entre los llamados delitos comunes, que son aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera (extraneus) y los llamados delitos propios especiales, de responsabilidad, oficiales o funcionales, en los cuales se exige como elemento constitutivo una determinada calidad en la persona para que pueda ser autor de un delito de este tipo.

Sujeto Activo del Delito ^{Propio} _{propio}. - Cuando la lesión o el peligro de lesión del interés jurídicamente tutelado en los delitos contra la administración pública es realizado por un intraneus, esto puede ser, según la enumeración del código un funcionario público, un empleado público, el encargado de un servicio público, o aquel que desempeña transitoriamente funciones públicas, no nos corresponde examinar en este campo las diferentes teorías que el derecho público ha creado para configurar la teoría del funcionario público. Los tratadistas que se han preocupado expresamente del tema, han tomado unas veces en cuenta, para determinar el concepto del funcionario público, solamente la persona física separada del cargo o función, contemplando

Únicamente la relación que existe entre la persona y el cargo o función (teoría subjetiva); otras veces, se ha tomado en cuenta la persona y el cargo como una unidad, analizando el conjunto en su actividad funcional (teoría objetiva); Alexandro Malinverni ha dicho que "el que quisiera buscar los orígenes de la distinción entre ciudadano particular y funcionario público debería concluir probablemente en que coinciden con el nacimiento del Estado. Desde cuando en una sociedad humana se manifiesta la necesidad de desarrollar algunas funciones colectivas, con la creación de los órganos destinados a cumplirlas y la atribución de funciones a determinadas personas físicas, nace la figura del funcionario público".

CAPITULO III

LA DENOMINACION DE PECULADO

Varias tesis se han expuesto para explicar el origen etimológico de la palabra "peculado". Nosotros en este trabajo vamos a enunciar las más importantes. Por ejemplo, el tratadista español Cuello Calón, nos dice :

" En Roma se designó con el nombre de peculatus el hurto de las cosas muebles pertenecientes al Estado.

Peculatus viene de pecus, ganado, y se le dió este nombre porque antes de que se difundiera el uso del dinero, los animales destinados a los sacrificios constituían los bienes muebles más importantes entre los comunes o públicos y, por tanto, el hurto de los mismos era el más grave de su clase".

Por su parte, el doctor Bernal Pinzón en su obra " Delitos contra la Administración Pública", participa de este criterio y lo explica más ampliamente diciendo :

"La palabra 'Peculado' sirvió en la antigüedad para designar el hurto de cosas pertenecientes al Estado. Esa expresión proviene de la palabra latina pecus o peculatus, que significa buey o ganado; este, en la época de los romanos, y antes de la introducción de la moneda, constituyó el mayor patrimonio de la colectividad. Posiblemente porque el sacrificio del ganado estaba íntimamente ligado a los ritos religiosos, el peculado como infracción, también se presenta como una forma de sacrilegio."

El doctor Pacheco Osorio a su vez nos dice :

" En el derecho Romano, la palabra peculado se utilizó primeramente para nombrar al delito que consistía en el hurto de dineros o cosas pertenecientes al pueblo Romano (que se consideraban sacros), cometido por quien estuviese encargado de su administración o persona distinta. Posteriormente ese título se reservó para el peculado propio, que podía recaer sobre cualesquier dinero o valores custodiados en las arcas públicas aunque no fueran del pueblo romano, sino de

una ciudad u otra administración pública. El delito consiste en dar a los dineros públicos un destino distinto del que tenían o en no anotar en los registros públicos la totalidad de los recaudos, se denominó Crimen de Residius. Aquel era sancionado con la interdicción del agua o del fuego, y este con pena pecuniaria."

Por último, el jurista y profesor antioqueño Alfonso Ortíz Rodríguez nos dice en su ensayo sobre este delito:

" Afirman unos que el término peculado deriva de "peculatus" que a su vez viene de "pecus", que significa ganado. Según Mommsen, antes de que se difundiera el uso de la moneda acuñada en Roma, los animales destinados a los sacrificios constituían la categoría de los bienes muebles más importantes entre los comunes o públicos y por tanto el hurto de los mismos era el más grave de su clase y los reos de peculado fueron colocados en compañía de los sacrílegos. Otros no vacilan en decir que la voz peculado deriva de "peculare" que significa robar el pecullo ajeno.

Enseñan que la raíz común de peculio y pecunia (dinero) es el vocablo "pecus", que significa ganado, término éste que es sinónimo de riqueza en los pueblos cuyo sistema económico se funda principalmente en el pastoseo."

Noción Genérica de Peculado.- De acuerdo con su origen etimológico, el peculado fue un hurto de ganado agravado, o de dinero, en Roma, cuando tales bienes eran considerados como propiedad estatal. Se trata pues, desde sus orígenes de un atentado contra los bienes del Estado, razón por la cual se le incluye entre los delitos contra la Administración Pública, aunque es importante decir desde ahora que algunos como el maestro Carrara, lo incluyen entre los delitos contra la fé pública. En el anterior Código Penal Colombiano -denominado Código Penal de 1.890- el peculado hacía parte de los "Delitos contra la Hacienda Pública".

Sobre esto el doctor Pacheco Osorio en su obra "Derecho Penal Especial" tomo I, nos dice que " el término peculado se usa generalmente para expresar la idea de apropiación de caudales pertenecientes a la administración pública, hecha por el encargado de administrarlos. Carrara, que distingue entre peculado propio e impropio, define el

primero diciendo que "es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual precisamente en razón de él le había sido entregada la cosa apropiada con la obligación de conservarla y restituirla".

Al segundo que es ya un delito contra la propiedad, lo hace consistir en el hurto de cosa pública cometido por persona extraña a su administración. Y admite que también lo es el quebranto de caja de la legislación foreana, del cual era responsable "el oficial público o su ayudante o sustituto aprobado, al cual le haya sido por su oficio confiado como deudor de cantidad la administración de dineros del Estado o una municipalidad o de cualquier establecimiento público, cuando no rinda cuentas exactas de los valores que se le entregaron".

Por último, es el tratadista italiano Maggiore quien nos dice cuál fue el origen de su denominación jurídica :

" La denominación jurídica (Nomen Iuris) de peculado se encuentra en el Código de 1.889, que la tomó del Código de Toscano. El Código Sardo-Italiano de 1.859 hablaba de "sustracción del funcionario público" de acuerdo con el código de las Dos Sicilias, que usa ba el término de "sustracción y distracción", inclu-

yendo en la voz genérica "malversión" toda forma de improvidad del funcionario. El código Toscano distinguía entre peculado propio cometido por el funcionario deudor de cosas muebles y peculado impropio o desfalco cometido por el funcionario deudor de dinero".

Varias son las modalidades que en Derecho y la legislación modernos tiene el delito de peculado, modalidades que ya se advierten en el derecho antiguo. Sin embargo, es posible encontrar una noción común o genérica de dicho reato, que bien puede coincidir con el clásico y típico delito de peculado.

Para ello partimos de la "estructura" de todo delito que, como se sabe, se integra de varios "elementos" que son inseparables. La moderna doctrina sobre estos últimos los clasifica así :

- 1.- "La Acción", que es tanto síquica como física. Sobre este elemento anota acertadamente el profesor Luis C. Pérez: " No es que exista una acción psíquica, determinante y orientadora de la física, como sostiene Ferri, dominando, como Carrara, por la doctrina cartesiana de alma

y cuerpo, o sique y soma, sino una sola manifestación compleja en la cual concurren la actividad del cerebro y los movimientos extraños, traspasados por los influjos del mundo exterior.

No es posible disociar lo físico de lo mental, lo orgánico de lo psicológico, y esto de lo ambiental, sin desintegrar a la persona".

- 2.- " El Sujeto ", que es activo (quien ejercita la acción) y pasivo (quien sufre la lesión jurídica).
- 3.- " El Objeto ", que es jurídico (la ley tutelar violada) y material (la persona o cosa sobre que recae la actividad psico-física del sujeto activo), y
- 4.- " El Daño ", que es moral o material (los perjuicios).

Resumiendo estos elementos con las palabras del citado Profesor Pérez, podemos decir : La acción pertenece al hombre a quien se imputa, por lo cual se le llama sujeto activo del delito; si la acción ataca a un derecho ajeno, el titular de éste es el sujeto pasivo; ese derecho ajeno está representado en si mismo o en alguna persona o cosa, la cual constituye el objeto material del delito, en tanto que la ley que

tutela y es violada constituye el objeto jurídico; y los perjuicios que se causan con tal acción constituyen el daño, que es moral, o material si afectan económicamente al Sujeto Pasivo.

Estos elementos generales nos permiten llegar a una noción global de peculado, a la vez que descomponerla en elementos específicos, a saber :

- a) "Una Acción", consistente en apropiarse o distraer cosas muebles de propiedad de la Administración Pública, poseídas por razón del cargo u oficio en provecho propio o de un tercero;
- b) "Un Sujeto Activo", que es en todos los casos un empleado público, quien por razón de su cargo tiene la custodia o posesión de ta les bienes;
- c) "Un Sujeto Pasivo", que es la administración Pública, que es la entidad que sufre la lesión jurídica de tal acción;
- d) "Un objeto jurídico", que es la norma penal violada con tal acción.
- e) "Un Objeto Material", que es el fisco o el patrimonio estatal que sufre la actividad sicofísica del sujeto activo, pero también puede ser el patrimonio particular, y

- f) "Un Daño", consistente en la disminución del patrimonio estatal o del tesoro público, en razón de tal acción de apropiación en provecho del sujeto activo o de un tercero (daño material).

De ordinario, la doctrina como los Códigos, definen los delitos describiendo sus elementos. Es así como Maggiore define al peculado diciendo :

" apropiación de dinero o de una cosa mueble, perteneciente a la Administración Pública, cometida por un funcionario público o por el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo están en posesión de los bienes".

Así también el maestro Carrara lo define diciendo :

" Apropiación de cosas públicas, cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de este, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas que se apropia".

Finalmente, una Casación de la Corte Colombiana sintetiza muy bien los elementos del delito de peculado, en los siguientes términos :

" Los tratadistas (Carrara, Maggione, Soler), enseñan que los criterios esenciales de esta especie criminosa que sigue conservando su nomen iuris; aunque no corresponde ya en los modernos códigos a su raíz etimológica, se deben buscar: 1o. en la persona; 2o. en la cosa; y 3o. en las condiciones de la misma. Se necesita, pues que el agente del delito sea un funcionario público; que los objetos apropiados pertenezcan a la administración pública o hayan sido confiados a la persona que tiene facultad para recibirlos o administrarlos; y que al empleado o funcionario se le hayan entregado en razón de sus funciones".

Sujeto Activo de Peculado.- Cualquiera que sea la clase, el peculado solo puede ser cometido por un empleado público en ejercicio de las funciones encomendadas a él por ley, decreto, reglamento, contrato u órdenes especiales impartidas por quien tiene autoridad para hacerlo. Las dos exigencias, esto es, la del título de empleado y la de actuar dentro de la órbita de su competencia funcional, son inseparables e inmodificables, y no delinquen por el aspecto indicado quienes carezcan de dicho título, como los usurpadores, o quienes, poseyéndolo legítimamente, obran más allá de aquello que expresan entre les estaba

encomendado. En esta última situación, el delito puede presentar la naturalidad de un abuso de autoridad.

Ya anteriormente hemos hecho algunas consideraciones referentes a la calidad de empleado público, sin embargo en este capítulo haremos algunas ampliaciones pertinentes.

Los empleados de los Departamentos Administrativos de que trata el inciso segundo del Artículo 57 de la C.N. son verdaderos agentes de peculado cuando ejecutan cualquiera de las acciones criminosas descritas.

Otro tanto debe decirse de los empleados de establecimientos públicos, es decir, de quienes prestan su servicio en organismos integrantes de la Administración Estatal y que están sometidos a normas objetivas especiales en gracia de la autonomía que la ley les concede. Estas normas son las que dan origen, vida propia, patrimonio y gestores más o menos autónomos.

Pero esa autonomía no los ubica fuera del gobierno. Por lo que ha expuesto la jurisprudencia: "El establecimiento público es un organismo del servicio oficial, pero con patrimonio propio, especial y permanentemente, distinto de los ingresos generales de la Nación, que administra e invierte con autonomía."

Con el fin de precisar un poco más, vamos a ampliar el concepto de Establecimiento Público, ya que nos interesa para determinar si los empleados de estos organismos son agentes de este reato.

Fuede entenderse por establecimientos públicos los organismos autónomos descentralizados definidos en el Art. 3 del Decreto Extraordinario 1050 de 1.955, sobre organización del crédito de los mismos, así: Para los efectos del presente decreto se entiende por organismos autónomos descentralizados, las corporaciones, sociedades, cajas, cooperativas, empresas industriales o de servicio público, las entidades de fomento o de crédito y todas las demás entidades, cualesquiera que sean las formas que tomen al constituirse, de propiedad de la Nación, los Departamentos o los Municipios, o en las cuales tengan aquellas o estos acciones o aportes de capital, conjunta o individualmente, por más de 50%, pero que, en virtud de leyes, ordenanzas o acuerdos especiales, actúan como organismos privados, con personería jurídica y patrimonio propio; por ejemplo, los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, algunas fábricas de licores de departamentos y ciertas empresas públicas municipales.

Para completar esta noción en el sentido de afianzar su auténtico significado doctrinario, la ley 151 de 1.959 define en el Art. 9°: " Las

empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de Administración adoptada, son parte de la Administración Pública; sus bienes y rentas, por su origen, son desmembración del patrimonio público, y están afectados a la prestación de servicios públicos, culturales o sociales, y a la regulación y fomento de la economía nacional, dentro de los límites que señala la constitución."

"Las entidades de que se trata tendrán autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente aportado, directa o indirectamente, por el Estado.

Parágrafo. Los establecimientos bancarios de propiedad del Estado, no se consideran, para efectos de esta ley, como establecimientos públicos, y se regirán por normas estatales de control estatal que determine el legislador."

Otros establecimientos públicos son: La Universidad Nacional, las Universidades seccionales, el Banco de la República, el Instituto de Crédito Territorial, etc.

Otros Agentes Específicos en el Peculado. - Conforme al art.3 del

decreto extraordinario 1853 de 1.951, que remplazó los artículos 151, 152 y 153 del Código, es responsable de peculado el funcionario público o "el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado". Pudierapensarse que es suficiente la participación estatal mínima en alguna empresa, para que el más uso o la apropiación cambie de naturaleza, teniendo en cuenta que ya el Consejo de Estado había dicho: "Cuando una empresa particular preste un servicio público en nombre del gobierno, por administración delegada, los empleados del servicio son empleados públicos"; pero esta cuestión no conduce a dar título oficial a trabajadores de empresas en que tenga parte el Estado, sin determinar precisamente la naturaleza o calidad de la participación.

La expresión "en que tenga parte el Estado" debe referirse, no a las situaciones en que la administración otorgue un mero auxilio económico a determinada empresa, sino a aquellas en que invierte capital y conserva cierto interés dirigente, bien sea la empresa o institución de apariencia privada, o bien semioficial, siempre que preste un servicio público.

Además de lo expuesto, pueden esbozarse otras consideraciones, como son las siguientes :

El Art. 64 de la constitución Nacional contiene una frase más o menos igual cuando prohíbe recibir a una sola persona asignaciones provenientes del "Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado". La prohibición afecta a los empleados propriamente oficiales que desempeñan alguna actividad en empresas en que el estado no se limita a tener parte, sino a tener parte principal, es decir, cuando el interés público es predominante.

A pesar de que el precepto es muy claro, la ley 151 de 1,959 lo explicó mejor: "Para efectos del art. 64 de la C.N., se entiende por empresas o instituciones en que tenga parte principal el estado, las compañías, establecimientos bancarios, asociaciones, institutos u organismos en que la Nación, los departamentos, los municipios, otra u otras personas jurídicas de derecho público, separada o conjuntamente, tenga o tengan el cincuenta por ciento (50%) o más del patrimonio o capital de la respectiva empresa o institución, como también aquellas instituciones u organismos a que se refiera el artículo 2 de la presente Ley".

Ya para finalizar con el análisis del sujeto Activo del delito de peculado, es necesario acatar que no es suficiente la existencia, en el agente, de la condición o cualidad de funcionario público para que tipifique el delito: es necesario además que exista una específica relación entre el fun

cionario público y los bienes cuya aplicación a fines diferentes de los previstos en la ley configuran el ilícito. Esa relación está expresamente fijada en la norma, ya que ella se refiere a la facultad de administración del funcionario sobre los bienes pertenecientes a la persona de derecho público o a los particulares. Entonces, es indispensable que el sujeto agente tenga la calidad o condición de funcionario público y, además, la función específica de administrar los caudales o efectos, que por otra parte, deben tener una destinación legal específica.

La Razón de las Funciones como Presupuesto del Peculado.-

Las cinco clases de peculado solo pueden cometerse por el funcionario público que obre en el ejercicio de las funciones propias del cargo que desempeñe, y en ninguna manera cuando obra por fuera de dichos deberes, pues entonces la conducta cambia de denominación antijurídica.

Este es el problema en que vamos a ocuparnos enseguida, pues no es tan sencillo como aparenta.

Si un particular deposita en una recaudación dinero, especies o género para que le sean devueltos después de cierto tiempo o de cumplida

alguna condición personal, y el recaudador se los apropia o los gasta parcialmente, no hay peculado, sino abuso de confianza, pues se trata de sumas ingresadas no en virtud del vínculo con la administración, sino en virtud de relaciones privadas.

Para hablar de peculado es necesario partir de una función de autoridad respecto de los fondos o bienes.

Por lo mismo que se exige la relación pública entre la administración y su servidor, no comete peculado, sino abuso de confianza, el ayudante del cajero general o el escribiente del juzgado que se apropian de los fondos manejados por aquel o por el juez, a menos que el administrador haya hecho posible por culpa suya, la infracción (art. 154). En cambio, si incurre en delito el juez que se apodera de dineros que los particulares dejan en su despacho para intervenir en un remata.

El pagador que entrega menos del valor de la nómina a otros servidores públicos, tampoco es responsable de peculado, sino de un delito contra la propiedad, siempre que sus relaciones con el erario demuestran que no ha violado con ello más que intereses privados. El subalterno de una administración de correos que sustraiga valores cuyo traspaso se encomienda a esa oficina, no es responsable de peculado sino de abuso de confianza, siendo sujeto pasivo el interesado en el giro, o el propio

administrador de correos si los fondos sustraídos por su empleado le fueron exigidos bajo la garantía de la fianza prestada.

Pero cuando el funcionario se sale de la órbita de sus funciones, permanentes o transitorias, para administrar bienes que no le han sido confiados, tampoco responde de peculado.

Los caudales o los objetos pueden ser públicos o privados, siempre que los comprenda la administración oficial, esto es, siempre que estén afectos a una función pública.

El profesor Bernal Pinzón sobre este interesante tema opina lo siguiente: " Este elemento del peculado es lo que lo distingue fundamentalmente del 'abuso de confianza' (Cod. P. Art. 412). La entrega para su administración, custodia o pago de los caudales y otros bienes en el peculado, deben haberse hecho por razón de la función pública; es decir, tomando en cuenta la calidad de las personas que lo administra o custodia. En cambio, en el abuso de confianza, la entrega de las cosas objeto material de la infracción, se hace por cualquier motivo, por cualquier título, sin consideración a la calidad de la persona que los recibe a título precario.

"No basta el simple hecho de la calidad personal del funcionario públi-

co" - dice Riccio- para transformar el delito de confianza en peculado, sino que es necesario que la entrega sea en razón de la función.

En otros términos: no todo hecho de apropiación indebida cometido por funcionario público constituye peculado, sino solamente el que se realiza en relación con una tenencia o posesión calificada por la razón de la función o del servicio.

Más adelante agrega este autor: " Poseer por razón del cargo o de la función significa que la posesión debe entrar en la función del empleado funcionario público; es decir, el funcionario público debe poseer, como consecuencia de la función a él asignada. Si se piensa que el peculado es un delito contra la administración pública, que se comete esencialmente con la violación de los deberes del cargo, aparecerá clara la nota que diferencia el peculado de la apropiación indebida ".

El profesor Nelson Hungria, refiriéndose a este mismo elemento del peculado, afirma: "Conceptualmente, la posesión pre existente debe haberse operado en razón del cargo, es decir, se hace necesario una íntima relación de causa a efecto ente el cargo y la posesión". No basta que la res haya sido confiada contemplatione officii: es necesario que su entrega al funcionario resulte de un mandato legal ex vi legis,

o por lo menos, de una práctica inveterada no prohibida por la ley. Si en la apropiación indebida la cosa es confiada o entregada voluntariamente, en el peculado la posesión o tenencia resulta de la confianza impuesta por la ley como indispensable al cargo público ejercido por el agente,

No basta por lo tanto que el funcionario administre, guarde, o custodie con ocasión de sus funciones, sino que debe ser en consideración al cargo; o mejor, en cumplimiento de una función inherente a él.

Ya para finalizar vamos a dar la opinión del doctor Gustavo Humberto Rodríguez, quien al respecto expresa lo siguiente:

"Para que a una persona le sea imputable jurídicamente el delito de peculado es necesario que sea empleado público (con la salvedad del Art. 155 C.P.), pero esa calidad no es suficiente. Es necesario, además, que tenga ciertas y determinadas funciones que le permitan que su acción ilícita encaje dentro del reato. Deben ser funciones que le otorguen cierta facultad de administración sobre el fisco, caudales o efectos, o patrimonio público afectado, (con la salvedad del artículo 155 C.P.) con la acción, de suerte que esta se produzca precisamente "con ocasión de tales funciones". O sea que se requiere :

- a) Que el agente sea funcionario público (con la misma salvedad).
- b) Que los caudales o efectos apropiados sean también públicos (igual salvedad).
- c) Que el funcionario tenga funciones especiales de custodia, recibo, entrega o administración sobre tales caudales o efectos, y
- d) Que la acción de apropiación se realice con ocasión de tales funciones.

Diferentes Tipos de Peculado.-

En la ley colombiana existen cuatro (4) modalidades de peculado a saber :

- a) Peculado propio, o por apropiación o uso indebido (Decreto Extraordinario 1.858)
- b) Peculado por destinación oficial distinta de la prevista (C.P. Art. 150).
- c) Peculado por extensión o peculado impropio (C.P. Art. 155), y
- d) Peculado culposo.

Además algunos tratadistas nacionales y extranjeros y la ley italiana vigente -no así la colombiana- consideran una quinta modalidad que no sotros doctrinariamente compartimos, a la cual se le denomina "peculado por error ajeno", la cual se configura con los elementos que el Art. 159 de nuestro Código Penal señala para integrar el delito allí tipificado, al que nuestra legislación nacional trata como modalidad de la "concusión". Sobre esto nos dice el doctor Bernal Pinzón que : "Nuestro Código cometió el grave error de colocar la figura comentada en el capítulo correspondiente a la concusión; error de colocación que fue reparado oportunamente por el legislador italiano de 1.930, que la ubicó correctamente en el capítulo correspondiente a la materia de peculado, ya que en nuestra opinión es allí donde debe estar colocado y no en el capítulo relativo a la concusión, delito con el cual tiene un parentesco jurídico un poco lejano.

CAPITULO IV

PECULADO POR APROPIACION

Modificaciones al Código Penal.- El Decreto 1858 de 1.951, hoy convertido en ley, introdujo ~~esenciales~~ modificaciones a las disposiciones del Código Penal en la parte relativa al delito de peculado. El Decreto en mención derogó prácticamente a los artículos 151, 152 y 153 del C.P., pues, a diferencia de lo que disponían tales artículos, el decreto 1858 hizo las variaciones que en seguida se mencionan :

- 1-) En cuanto al " Sujeto Activo ", extendió la acriminación de la conducta de peculado, también a los "empleados de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado";
- 2-) En cuanto a la conducta, a diferencia de lo que disponía el Código, la concretó a las hipótesis de "apropiación" y "uso indebido", exigiendo además, como elemento de la figura el aprovechamiento por parte del agente;
- 3-) En cuanto a los presupuestos de la conducta delictiva, que se refieren a la tenencia de los bienes, aumentó las hipótesis previstas en el Código, a las situaciones en que el funcionario público

está facultado para pagar y guardar. Estos dos aspectos, presupuestos de la conducta, no estaban previstos en el código; y

- 4-) Finalmente, introdujo modificaciones sustanciales en cuanto al tratamiento de las "circunstancias atenuantes de la sanción", en los casos de reintegro de lo sustraído, o de la cesación del mal uso con indemnización del perjuicio causado.

A continuación examinaremos tales modificaciones, que consideramos implican la derogación de las normas del Código.

Objeto Jurídico de la Tutela Penal.- Refiriéndose al objeto jurídico del peculado dice Riccio que es necesario distinguir, primero, un objeto "genérico", consistente en el interés público por el normal funcionamiento de la administración pública y segundo, un objeto específico de la tutela penal del peculado, que está constituido por la seguridad de los bienes muebles pertenecientes a la administración pública y el deber de fidelidad del funcionario público hacia el patrimonio público. Por lo tanto el interés protegido no tiene un carácter meramente patrimonial, en cuanto el legislador consideró como preeminente la consecución de la actividad funcional, que se viola todas las veces que el funcionario invierte el título de la tenencia y aprovecha

para sí o para un tercero los bienes que posee por razones del cargo o de la función.

De las restantes modificaciones hablaremos más adelante en el capítulo V, ya que ahora expresaremos la opinión que al respecto expone el tratadista colombiano Luis C. Pérez. El al igual que Bernal Pinzón, trata el tema de las modificaciones al código, en forma bastante acertada y con muy buenos fundamentos. Sobre el tema antes mencionado el doctor Luis C. Pérez nos dice que : " La clase de peculado por apropiación es la más grave y que aunque expresamente no la mencionaba el Art. 151 del código, no por eso podía dejar de considerarse incluida en el concepto de uso indebido. Pero el Decreto 1858 de 1.951 separó las dos imputaciones de apropiación y uso indebido, más tratándolas en el mismo precepto, como hace con otras modalidades.

Las siguientes son las reformas que el Decreto 1858 de 1.951 introdujo al código :

- a) En cuanto al Sujeto Activo -lo mismo que el Dr. Bernal Pinzón- dice, que no solo lo es el funcionario o empleado público, sino el "empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado . "

- b) En cuanto a las modalidades de la acción, pero no en lo to cante a su naturaleza; especifica la apropiación en prove- cho del empleado o de un tercero, elemento que estaba in- cluído en el uso indebido de que habla el código.
- c) En cuanto a la clarificación del objeto material: cambió la denominación "caudales u otros objetos", por "cauda- les u otros bienes", aún ampliando expresamente lo que la doctrina y la jurisprudencia tenían admitido al decir que el término objeto comprendía toda clase de Bienes. La segunda modificación del objeto material (especificar las funciones de recaudador, pagador, administrador, guardar) implica tanto logia, pues el término adminis- trar incluye las otras acciones, excepto la de pagar.
- d) En cuanto a la Pena: en términos generales, quedó agra- vada, menos en los casos en que lo apropiado o sustraído vale más de tres mil pesos (\$3.000.00) y no hay reintegro en forma alguna; para este caso, el decreto aceptó la pe- na de cuatro a quince años de presidio establecida en el Art. 153 del Código.
- e) En cuanto a las condiciones de la devolución de los bienes

mal usados o apropiados: suprimió el reintegro parcial y no dejó más que dos clases de atenuantes: cuando la devolución se hace antes de iniciar la investigación criminal y cuando se hace después, pero antes que se dicte sentencia de primera instancia.

- f) En cuanto creó un nuevo requisito para la configuración de la atenuante: que conjuntamente con la devolución o con la cesación del mal uso, el responsable resarciera todo perjuicio antes de dictarse el auto cabeza de proceso.

LA DENOMINACION.- A continuación y después de analizar las reformas que sufrió el código, vamos a referirnos a la modalidad de peculado a que alude el Art. 3o. del Decreto 1858 de 1.951 a la que denominamos genéricamente "por apropiación", aunque la doctrina suele distinguir dos formas diferentes contenidas en dicha norma: el peculado " por apropiación " y el peculado " por uso indebido ".

La norma en cuestión, del Decreto 1858 de 1.951, Art. 3o. dice :

" Art. 3o. - El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso inde-

bidode los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor.

Esta pena será reducida hasta en la mitad si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente el funcionario o empleado responsable restituye lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio; pero si tal no lo hiciere sino después de iniciada la referida investigación, la pena solo se reducirá hasta en una tercera parte siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia".

La anterior norma derogó las disposiciones 151, 152 y 153 del código Penal, los cuales disponían :

" Art. 151 - El funcionario público que en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u

otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar, incurrirá en arresto de un mes a cuatro años y en interdicción de derecho y funciones públicas de un mes a dos años, siempre que ta les sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente".

" Art. 152 - Si después de iniciada la investigación criminal y antes de que se dicte la sentencia de primera instancia, o el veredicto del jurado, si fuere el caso, reintegra el responsable en todo o en parte lo sustraído o apropiado, o su valor, se impondrá la sanción de que trata el Art. siguiente, reducida hasta en la mitad, debiendo tenerse en cuenta, si hubiere lugar a ello, lo dispuesto en el Art. 60".

"Art. 153 - Si no se llevare a cabo el reintegro, se impondrá prisión de uno a

seis años cuando el valor de lo sustraído o apropiado no pase de tres mil pesos, y presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor " .

En algunas legislaciones, como en la Española, a este tipo de peculado se le llama " malversación de caudales públicos". Además, esta modalidad (por apropiación o uso indebido) constituya el típico peculado, su caso más clásico y característico.

C A P I T U L O V

S U J E T O A C T I V O

Ya tenemos sentado que Sujeto Activo del delito de peculado solamente puede serlo el empleado público en ciertas circunstancias.

Es por esto por lo que constituye un delito "propio", "especial o exclusivo", como denomina la doctrina a los delitos en donde la ley positiva exige una corta calidad o condición al sujeto activo o agente del reato. O sea que sin la cualidad requerida no puede darse el delito, pues se trata de un elemento estructural.

Estas calidades o condiciones exigidas por ciertas normas penales para la estructuración de algunos delitos, se distinguen en "jurídicas" y "naturales".

Las condiciones o calidades que se llaman naturales son aquellas que se refieren a calidades o situaciones de hecho, que por lo mismo no implican una calificación jurídica. Si citan como condiciones naturales del sujeto activo, con incidencias en el campo jurídico: el sexo, ya que, por ejemplo solamente la mujer encinta puede ser sujeto activo del aborto consentido o del aborto procurado por la gestante (C.P. art. 386); así, también, solamente un hombre puede ser sujeto activo del

delito del Art. 331 del C.P. finalmente, el delito de "contagio venereo" no puede ser cometido sino por persona que se halle contaminada de una enfermedad venerea (C.P. Art. 381).

Mucho más numerosas son en el terreno del Derecho Penal las cualidades, posiciones o relaciones jurídicas del agente del delito y que, desde luego, tienen importancia para la configuración de la infracción de que se trata.

Grispigni las divide en dos: de Derecho Público, como por ejemplo, la que examinamos (funcionario público), empleado público (C.P. Art. 171) persona que transitoriamente desempeña funciones públicas (C. P. Art. 160). De Derecho Privado, casado (Art. 388), descendiente o ascendiente (Art. 357), dueño (Art. 397). Sobre el particular dice el autor citado que " cuando el Derecho Penal se vale de calificaciones de otros Ramos del Derecho se tiene una remisión receptiva, es decir, la norma extrapenal es incorporada en la penal, y por lo tanto, queda ella también convertida en norma penal.

Además, el Art. 3o. del Decr. 1858 de 1.931 no solamente se refiere al funcionario o empleado público, sino además a un tipo particular de empleados: "el de empresa o instituciones en que tenga parte el Estado, al cual nos referimos anteriormente.

Haciendo un resumen de todo lo que en este trabajo se ha dicho del sujeto activo de peculado, podemos decir que el agente o sujeto activo de esta modalidad, que genericamente denominamos "por apropiación", debe reunir las siguientes calidades y condiciones :

1a.- "En cuanto a la persona", debe ser:

- a) Un funcionario o empleado público, o
- b) Un empleado público de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado.

Es claro que la expresión "en que tenga parte el Estado" se refiere a instituciones o empresas de Derecho Privado con las cuales comparte el "Patrimonio" económico, mediante acciones, aportes, auxilios, etc., como también a entidades semioficiales o descentralizadas. Aunque dejamos constancia de que ni la doctrina ni la jurisprudencia están acordes en la interpretación del alcance de dicha expresión, llegando a sostenerse que esa participación estatal no se refiere o no se circunscribe al mero interés económico sino que hace referencia, únicamente o además, al interés de dirección con el cual participa el Estado en tales empresas.

Por otra parte, cuando el Art. 3o. que comentamos menciona

al "Estado", no lo hace en sentido restringido, sino en el amplio que abarca o todo Tesoro, sea municipal, departamental o nacional. Por extensión, comprende también a los "fondos, rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de Instrucción o de Beneficencia", como lo prescribe el Art. del C.P. 155.

Este, como se ve, es un caso "excepcional" de peculado, en donde ni los bienes materia del ilícito son públicos, ni el sujeto es un empleado público. Se trata de dos criminalizaciones o extensiones que hace la ley colombiana saliendo de los moldes estructurales del delito en cuestión, que genéricamente es considerado "Delito Propio", esto es, que exige ciertas calidades y condiciones por mandato legal. Por eso al Art. 155 del C.P. se le estudia como un caso especial o sui generis de peculado, o como "delito impropio".

Sintetizando lo dicho en cuanto a la "persona" agente del reato de peculado "por apropiación o uso indebido", se tiene:

- a) Debe ser un funcionario o empleado público.
- b) O un empleado público de empresas o instituciones en que tenga participación económica el Estado;
- c) O un particular que por cualquier concepto se halle encargado de los fondos rentas o efectos pertenecientes a un

MINISTERIO DE
 FIDELIDAD
 UNIVERSIDAD DE CATECHOS

establecimiento de la Institución o de la Beneficiencia.

2a.- "En cuanto a las funciones", el empleado público (o el particular, en el caso del artículo 155 C.P.), debe tenerlos atineutes a varias actividades casuísticamente señaladas por la ley, a saber : Las de "recaudar". "pagar", "administrar", o "guardar", caudales, rentas, fondos o efectos públicos.

Es así como el peculado solamente puede darse en razón y "con ocasión de tales funciones", en lo cual se le distingue precisamente del abuso de confianza, así como también se le distingue por la calidad de "funcionario público" de que se carece en este delito.

El Sujeto Pasivo.- Al decirnos el Art. 3o. del Decreto Extraordinario 1853 de 1.951 que se trata de una acción de apropiación por parte del funcionario "en razón de sus funciones", y sobre los bienes que está en cargado de "recaudar, o pagar", d'administrar, o guardar", no está diciendo en forma iniquívoca el legislador (dicho Decreto fue convertido en ley: L. 141 de 1.961), que se trata de "bienes públicos", de suerte que el sujeto pasivo es la "administración pública", en esta infracción.

Sin embargo, resulta muy importante anotar que la norma en cuestión no dice expresamente que se trata de "bienes públicos" aunque lo normal es que a ellos se refiera por cuanto que ordinariamente son de esta clase los que manejan, "en razón de sus funciones".

Pero puede ocurrir, y ocurre en la práctica, que en ocasiones algunos bienes de propiedad de particulares, o de la comunidad, pasan a ser administrados por los funcionarios públicos, sin que por tal razón adquieran la calidad de "fondos públicos".

Tal el caso por ejemplo, de las contribuciones voluntarias que la comunidad da para obras de "acción comunal" y que llegan a administrar los empleados públicos. En tal oportunidad, resulta evidente que el sujeto pasivo de la infracción está ubicado en dichos particulares. Los bienes son privados, sin que por ello la infracción deje de constituir un delito propio, pues el sujeto activo sigue siendo un funcionario público.

Generalmente los bienes públicos están claramente determinados en normas legales.

Así, el patrimonio de la Hacienda Nacional está contemplado en el Art. 202 de la C.N., que dice :

" Art. 202 - Pertenecen a la República de Colombia:

1o.- Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la nación colombiana en 15 de abril de 1.886.

2o.- Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos estados, o a favor de estos por la nación a título de indemnización;

3o.- Las minas de oro, plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas."

Por su parte el Art. 184 de la C.N. dispone :

Ar.t 184 - Los bienes, derechos, valores y acciones que por leyes o por decretos del Gobierno Nacional, o por cualquiera otro título, pertenecieron a los extinguidos Estados Soberanos, continuarán siendo

propiedad de los respectivos Departamentos. Exceptuándose los inmuebles que se especifican en el Art. 202 de la Constitución."

LA ACCION .- La acción es tanto síquica como física.

En virtud de la acción síquica, los delitos son divididos en "dolosos" y "culposos", clasificación que admite el peculado.

En atención a la física o material, el peculado que estudiamos (Art. 30. del Decreto Extraordinario 1.858 de 1.951), admite dos modalidades : a) Peculado "por apropiación" , y B) Peculado "Por uso indebido".

LA ACCION SIQUICA .- Peculados dolosos o intencionales son los contemplados en los Arts. 150 y 155 del C.P.

El "Dolo" no es la misma intención -aunque si es su elemento característico- sino todo su proceso.

Así nos lo explica en forma clara el Dr. Luis C. Pérez.

"De donde surge, explorando de distinta manera a como lo hace Florian, el proceso del dolo, compuesto por :

- a) la intención, que es el efecto que se propone realizar el agente (matar, herir, robar, etc.);
- b) la voluntad, que es la actividad en virtud de la cual la intención se manifiesta exteriormente; y
- c) el fin, que es el objeto específico perseguido por el infractor: mata para robar o para saciar una venganza, o para encubrir otro delito ? "

De los peculados culposos se ocupa el Art. 154 del C.P. La "culpa" ha sido definida como la imprevisión de lo imprevisible.

Pero de acuerdo con lo expuesto por el Art. 12 del C.P., presenta dos modalidades que la jurisprudencia colombiana ha sintetizado así:

" Gobierna el fenómeno de la culpa el principio de la imprevisión, de lo imprevisible. El código colombiano estructura esta figura en el art. 12 Inc. 2o. considerando dos modalidades de la misma manera que traducen aquel principio: bien, cuando el agente no prevé los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o bien, cuando habiéndolos previsto confía imprudentemente en poder evitarlos. En ambas ocurrencias se comprende lo que por ser

previsible no ha posido imprevisto, o sea la imprevi-
sion de lo previsible."

Los delitos culposos, para ser tales, deben estar taxitivamente seña-
lados en la ley penal, como sucede con el peculado culposo, que está
expresamente contemplado en el Art. 154 del C.P.

Es claro que para que haya peculado, en cualquiera de sus modalida-
das, se requiera el elemento subjetivo -dolo o culpa-.

En el proceso anímico del dolo, lo primero es el conocimiento y re-
presentación de los hechos (o hacer acto de conciencia de ellos), y
luego su volución, dos etapas que pueden realizarse de manera ins-
tantánea o no darse la segunda.

En este último caso puede haber culpa. Sobre esta particular, el pro-
fesor español Fernando Díaz Palos distingue en el dolo dos elementos:
el cognoscitivo (o intelectual) y el afectivo (o emocional), de donde
bien puede decirse de él que es "conocer y querer".

"En cuanto el hecho se refleja, está presente en la
conciencia en el momento de actuar, hablamos de
un elemento cognoscitivo, intelectual, del dolo,

puesto que tal proceso del conocimiento es producto de la facultad o potencia intelectual. En cuanto ese hecho conocido es además querido, hablamos de un elemento emocional del dolo, puesto que el querer en cuanto es referido al previo conocer, es un proceso emocional."

Ese proceso volitivo, por ser subjetivo, solamente puede ser conocido mediante actos externos. Claramente lo ha dicho la jurisprudencia, basándose en la psicología :

"Es claro que el proceso volitivo de la intención criminal no puede ser conocido sino por la manifestación de actos externos del agente activo del delito, o bien, por el reconocimiento expreso que el mismo acusado haga de sus propias actuaciones: y cuando no hay declaración expresa del autor o autores, ese elemento subjetivo debe demostrarse por las constancias procesales que llevan al juzgador a hacer una afirmación de esa naturaleza".

LA ACCION FISICA O MATERIAL.- Ya dijimos que de acuerdo con

el Decreto Extraordinario 1858 de 1.951, Art. 3o., esta acción admite dos modalidades: la del peculado por apropiación, y la del peculado por uso indebido.

A continuación o entrelazada con la acción síquica aparece una acción física, para que haya delito, como dice Ferri, puesto que el delito no consiste solo en la acción sino también en los resultados de esta acción, la serie de momentos síquicos y físicos que forman el hecho delictuoso aparece situada entre la iniciación de la idea criminosa y el término de la violación concreta de una norma penal. Esta serie de etapas de la vida del delito constituyen el iter criminis, al cual se le distinguen cinco fases: Idea Criminosa, manifestación de esta idea, actos preparatorios, actos ejecutivos y actos consumativos.

De estas fases pertenece la primera a la acción síquica y las cuatro restantes a la física. Pues bien: tanto la apropiación como el uso indebido constituyen la acción física del iter criminis. Esta distinción entre "apropiación y uso indebido" es hecha también por el legislador al tipificar el delito de abuso de confianza, en el Art. 412 del C.P.

O sea que en el abuso de confianza se dan también estas dos modalidades. De donde se desprende que la acción física en este delito y en

el de peculado son similares.

EL CONCEPTO DE APROPIACION EN EL PECULADO.-

Todos los autores están de acuerdo en que apropiarse es comportarse frente a la cosa "uti dominus" , es decir, ejerciendo sobre ella actos de dominio incompatibles con el título que justifica su tenencia. Es el concepto que repiten entre otros Antoliseis y Grispigni, quien agrega que la apropiación puede ocurrir mediante la retención definitiva de la cosa, o enajenandola, destruyendola hasta que se consuma.

En efecto -dice Bayardo Bengoa-, "el peculado, como la apropiación indebida , importa una verdadera inversión del título de posesión. Allí donde la conducta del funcionario tenedor de la cosa no implique, ni subjetivamente (por ejemplo, por que está ausente la voluntad consciente de tenerla como propia), ni objetivamente (por ejemplo, por no consumir la cosa o no enajenarla, ect.), acto alguno que pueda confundirse con la conducta de un propietario, falta la inversión del título y por ende no puede hablarse de peculado".

Hemos hablado de retención definitiva como forma de apropiación, y el término debe ser aclarado, porque la simple retención provisional, es decir la que está unida a la voluntad no de apoderarse de la cosa

sino de devolverla, queda por fuera de la figura. Como en abuso de confianza, nuestra ley, siguiendo una ya clásica orientación francesa puntualizada por Boitard y Garrand, no autoriza imputar delictivamente las demoras en devolver lo confiado, maxime cuando se trata de dinero, sino el próbito de hacer suyo lo que la gente ha recibido para manejar por cuenta del verdadero dueño. Sin el fraude plenamente comprobado no existe conducta punible, por concepto de apropiación: esta debe ser efectiva y no meramente posible o probable.

Es verdad, como lo observa Bernal Pinzón, que nuestra ley no explica de que manera se puede producir la apropiación, pues es uno de los delitos configurados, como dijo Carnelutti, a "forma libre", precisamente porque no indica como se puede llegar a ese resultado. Pero también es verdad, que la apropiación no puede confundirse con ciertas modalidades operativas que no denuncian el dolo de quedarse con los bienes públicos para cumplir con ellos fines que solo tienen derecho de ejercer su propietario. Y para el efecto del peculado, propietario es la administración oficial a través de los organismos competentes para decidir en cada caso el destino o la aplicación de tales bienes.

El apoderamiento tiene siempre maneras propias de revelarse, tanto

en los delitos contra la propiedad privada como en el que estudiamos ahora.

Sobre el concepto de apropiación nos dice el doctor Gustavo Humberto Rodríguez :

"Apropiar viene del latín proprius: hacer propia de alguno cualquier cosa. Es así como el diccionario define la palabra apropiar diciendo: "tomar para así alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común, de propia autoridad". En consecuencia, jurídicamente la apropiación consiste en tomar para sí alguna cosa, ejerciendo sobre ella actos "a título de propietario". Sabido es que el derecho de propiedad se caracteriza por los "actos de disposición", conforme lo enseña el derecho civil. De suerte que en el peculado el reato se da porque el empleado público realiza sobre los fondos o bienes actos de apropiación -o de apropiatlos- sin tener tal calidad.

La "apropiación" puede realizarse de diversas maneras, y la ley colombiana no precisa cuales, o sea que deben entenderse todas, como actos idóneos para realizar el delito. La

doctrina distingue los siguientes "actos de disposición" como "formas de apropiación":

a) La consunción. Hay consunción cuando los bienes se consumen con el primer uso, o cuando después de usarlo resulta difícil identificarlos. O sea que es consunción el hecho de cambiar la individualidad de una cosa, aunque no pase a otra persona. Por ejemplo, cuando se da un anillo y quien lo recibe lo convierte en lingotes. Es claro que la consunción hace presumir la apropiación. Desde luego, para que esta forma constituya apropiación y delito de peculado es preciso establecer el provecho en beneficio del empleado o de un tercero, exigencia que hace el artículo 30. del Decreto Extraordinario 1858 de 1.951.

b) La Retención. Consiste en la manifestación expresa o tácita de no restituir la cosa, con ánimo de apropiación, y llegado el momento de restitución.

c) Distracción. Consiste en darle al bien o cosa un destino distinto. En tal caso, el cambio hace presumir la apropiación.

d) Enajenación. Consiste en la venta, donación o permuta que

de la cosa recibida se hace sin autorización del dueño.

Por su parte la "retención adopta formas : así no la restitución a su debido tiempo (que desde luego no siempre es apropiación, pues el bien pudo haberse destruído), la negativa a devolverlo y la negativa de haberlo recibido (cuando efectivamente lo ha recibido).

El provecho en el peculado por apropiación .-

El peculado se configura cuando la conducta del empleado tiene como fin obtener un provecho para sí o para otra persona. Es el dolo específico del delito, que sino concurre, lo desintegra.

Como ya sabemos en los casos en que la ley exige este elemento, por ejemplo la estafa, el provecho es cualquiera utilidad, goce o ventaja, expresamente perseguidas o procuradas por el infractor, sin que importe su naturaleza, oportunidad ni proporción.

Puede consistir en un rendimiento monetario o económico en general; en un cambio de posición social, familiar o personal; en la búsqueda de más altas consideraciones en los ambitos material y moral, y hasta en la satisfacción de un simple capricho o deseo.

El provecho tiene que dirigirse en favor del autor principal o de los

partícipes, o de sujetos no vinculados en manera alguna al delito, excluyendo la administración misma, porque si esta resulta beneficiada, desaparece el delito, toda vez que la actividad del agente, para que sea ilícita, debe atacar dicha administración. El título lo indica: delitos contra la administración pública, esto es, infracciones que en algunas forma y no exclusivamente en la económica y fiscal agravian el normal desenvolvimiento de los servicios estatales.

Maggiore dice que la idea del provecho está implícita en la apropiación, pues "el que hace suya la cosa toma ya, por eso mismo, es un aprovechador" concepto aceptado en la situaciones ordinarias, pero que no debe admitirse para todos los casos. Es cierto que quien se declara expresa o ilícitamente propietario de bienes pertenecientes al erario persigue aprovecharse de estos bienes, o quiere que otros obtengan sus beneficios.

Pero no es verdad en toda conducta externamente revestida de peculado. Por ejemplo, si el encargado de custodiar los objetos de un museo lo reserva para sí vinculándolos a su patrimonio, para evitar que salga clandestina o fraudulentamente al extranjero, no solo no ha cometido el delito, sino que ha favorecido los intereses generales. Si el administrador de una mina que se explota con participación del estado, re-

tiene, diciendo que lo hace para sí o para otro pretendido dueño particular, producto que está obligado a custodiar a fin de impedir una arbitraria distracción impuesta por el superior, tampoco obtiene un provecho, aunque el resultado lo acuse de apropiación.

Así pueden presentarse conflictos graves.

No entendemos como Maggione, después de haber expuesto que el provecho va implícito en la apropiación, agrega al final del párrafo siguiente, que "si falta el elemento del provecho, falta ontológicamente el delito", porque tal elemento entra esencialmente en el concepto de acción, constituyendo su dirección objetiva .

Ahora bien, el provecho solo es elemento constitutivo del peculado por apropiación, a manera de dolo específico pues la ley lo excluye de los peculados por uso indebido, por culpa y por aplicación oficial diferente de caudales o efectos. Solamente la forma extensiva del artículo 155 puede ser exigida .

EL USO INDEBIDO.-

Si está delimitado el concepto de apropiación, apartándolo del uso indebido, es preciso concretar en que consiste este.

Uso indebido es la utilización momentánea de la cosa confiada al empleado, sin el propósito de apropiarse de ella. Hay, pues, dos sentidos diferenciales que caracterizan la figura: Uno referido al tiempo durante el cual se verifica el uso, ya que la utilización no puede ser indefinida, pues entonces podría confundirse con la apropiación, y otro referido al propósito perseguido por el Agente.

En el ejemplo del funcionario a quien se le confía un vehículo, hay que distinguir dos clases de uso: El oficial, como cuando tiene que desplazarse para cumplir sus funciones, y el no oficial, como es el de salir a pasear con su familia o sus amigos, o destinar el automotor al mercadeo privado. El uso no oficial es el indebido mencionado en la norma. Se entienda que en este caso no existe ánimo de quedarse con el vehículo.

El empleado no se comporta como propietario, pues reconoce el dominio público, sino que se limita a exceder la atribución que corresponde al empleado.

El director de una galería que saca un cuadro para arreglar su casa en ocasión determinada, lo devuelve a ella al día siguiente; el administrador de un establo que sale de viaje en los caballos destinados a

la reproducción; el piloto aviador que trasporta a otros empleados, cuerpos de tropa o carga oficial y acumula en la cabina mercancías de su propiedad o de la de los amigos; el empleado que convierte su oficina en centro de citas o de negocios, o que utiliza las máquinas oficiales para producir cosas particulares, son otros tantos ejemplos de uso indebido, que podrían multiplicarse.

- En ninguno de ellos hay comportamiento de "dominó". Solo existe un abuso de la cosa.

El uso indebido no puede excusarse por la nobleza del motivo determinante, como lo decidió la jurisprudencia: "La nobleza del motivo determinante (regalo de licores de propiedad del departamento a juntas organizadores de festejos religiosos) no elimina el delito de peculado. La infracción se consuma cuando el funcionario hace uso indebido de los caudales o efectos que administra, aunque actúe con la generosa intención de hacer obra benéfica. Los motivos nobles o altruistas pueden servir para amenguar la responsabilidad (numeral segundo Art. 38), pero no para eliminarla.....

Nunca puede estar al arbitrio de los funcionarios que administran fondos o bienes del herario, disponer de ellos cuando les venga en ganas,

aunque lo hagan por motivos altruistas o de beneficencia".

Sobre el mismo tema opina el Dr. Pacheco que: "No obstante que la expresión pso indebido es muy amplia y que comprende cualquier goce o manejo, cualquier aprovechamiento de la directa autoridad económica que puedan proporcionar los caudales u otros objetos, con tal que ese goce, manejo o aprovechamiento no esté autorizado por la ley o reglamento, parece que el legislador hubiera tenido la intención de extremar innecesariamente su latitud con el empleo de la frase "en cualquier forma".

Si se diera ese alcance al texto legal, resultaría este de una severidad sin límite, que habría envidiado Dracón.

Porque quedaría sujeta al rigorismo de la escala penal fijada para esta figura de peculado, el funcionario público que realizara una de estas intrascendentes acciones: Facilitarle a un pariente el automóvil oficial que se le ha entregado para su propio uso; prestarle a un amigo la máquina de escribir de su oficina; llevarse momentánea o transitoriamente a casa, para el mejor estudio un problema, los libros de consulta que se encuentren en su juzgado; disparar por pasatiempo el arma que se le ha confiado para hacer empleada en determinadas circunstancias,

etc. Por lo demás, esa interpretación se llevaría de calle los princ cipios científicos sobre los cuales se basa la represión del peculado.

A continuación vamos a exponer lo que al respecto expresa Gustavo H. Rodríguez : Usar indebidamente una cosa es darle arbitrariamente un uso diferente al prescrito.

Se trata de una modalidad que también está contemplada en la tipificación del delito de abuso de confianza contenido en el Art. 412 del C.P.

El uso indebido es la misma "distracción" que es una forma de la apropiación, conforme ya lo vimos. Es entonces apropiación en cuanto se usa indebidamente una cosa disponiendo sobre ella como si fuera "señor y dueño"; pero difiere de la apropiación propiamente dicha en cuanto que no existe, como en esta, el propósito de apoderamiento de la cosa, ya que se tiene el de devolverla o reintegrarla.

Se trata de una acción delictiva de escasa aplicación punitiva, como bien lo anota Bernal Pinzón:

"El peculado de uso como forma delictuosa es letra muerta en colom bia, y apenas de vez y cuando, si se trata de un pez gordo, la justicia

se ocupa de tal infracción. Estas infracciones deberían ser sancionadas apenas con medidas de carácter disciplinario (multa, suspensiones, etc.) " .

Por otra parte, en el abuso de confianza, cuando la modalidad es la del uso indebido, la pena se reduce hasta en la mitad de la señalada para cuando el mismo abuso se realiza mediante apropiación (C.P., Art. 412).

Y además, para el mismo delito por prescripción del Art. 429 del C.P., la sanción se disminuirá de una sexta parte a la mitad si antes de que se pronuncie sentencia de primera instancia, o antes del veredicto del jurado, el responsable restituye el objeto materia de la infracción o indemniza al ofendido de los perjuicios.

En el Art. 3o. del Decreto Extraordinario 1858 de 1.951, en cambio, solo opera una reducción hasta en la mitad de la pena si hay restitución de lo apropiado o su valor antes de que se inicie la investigación penal, o si hay "cesación del mal uso", resarciendo todo perjuicio; reducción que solo será hasta en una tercera parte si tales hechos ocurren después de iniciada la investigación, sin que haya habido sentencia.

Esto significaría que a quien se le inculpa judicialmente el mal uso o uso indebido después de haber cesado este, automáticamente le sería aplicable la reducción de la pena hasta en la mitad, si llegare a ser condenado en la sentencia. Pero en verdad no se justifica que se le dé el mismo tratamiento punitivo -que se señale el mismo grado de pena- para el que se apropia de fondos públicos que al que apenas hace uso indebido de una cosa de propiedad oficial. Se trata de un rigor excesivo del legislador que en la práctica hace menos operante la penalidad en los casos de uso indebido.

CAPITULO VI

OBJETO DEL PECULADO

El objeto de acuerdo con la doctrina adopta dos direcciones:

- a) El jurídico, que es la ley tutelar violada, o el bien jurídico protegido, y
- b) El material que es la persona o cosa sobre que recae la actividad psico-física del sujeto activo.

OBJETO JURIDICO.- Ya nosotros en el Capítulo IV de este trabajo habíamos hecho mención a este tema, pero ahora vamos a profundizar un poco más con el fin de continuar con el orden que nos habíamos impuesto.

Ya sabemos que el peculado es un delito contra la administración pública, es claro que esta, o su normal funcionamiento, constituya el bien jurídico tutelado.

34171

Este aspecto resulta importante, si como lo tenemos sentado, la administración pública es la actividad funcional del Estado y sus ramas, ya que esta noción es muy compleja y vasta. Esto permitiría entender que el concepto de administración pública no puede identificarse absolutamente con lo patrimonial o fiscal, sino que implica una serie de funciones diferentes de su naturaleza.

Agregamos que es ese concepto "genérico" del objeto jurídico del peculado el que explica y justifica el peculado por distracción oficial distinta a la prevista, tipificado en el Art. 150 del C.P. Actividad funcional de la administración pública es también la de la organización presupuestal y la de la fidelidad y sometimiento del funcionario público al acto condición.

En cambio, el concepto "específico" del objeto jurídico es el que primeramente se afecta con el peculado por apropiación. Y fundamentalmente vuelve a ser el concepto genérico del objeto jurídico el que tutela, explica y justifica la modalidad del peculado de uso contemplada en el Art. 3o. del Decreto Extraordinario 1858 de 1951. Aquí también se afecta el deber de fidelidad y de probidad a que es tá obligado todo funcionario público, aunque en relación con los bie ne públicos.

Resulta preciso tener en cuenta a nuestro juicio, que aún en el obje to jurídico genérico hay una relación inevitable con lo patrimonial estatal, aunque de tipo indirecto, o tal vez secundario.

OBJETO MATERIAL.- El objeto material que como se sabe está constituido, en cualquier delito, por la persona o la cosa sobre la

cual recae la conducta ejecutiva está representado en esta especie de peculado por los caudales o otros bienes que el funcionario administra en razón de sus funciones.

Caudal.- Según Luis Carlos Pérez, quiere decir hacienda, bienes de cualquier especie, dinero, y efectos es vocablo que vale tanto como papeles de crédito emitidos por el Gobierno, títulos, sellos, estampillas, bonos. El Art. 93 del Código de Comercio define lo que se debe entender por efectos públicos.

El objeto material de este delito autónomo de peculado está especificado por la calidad y las relaciones del sujeto activo.

En primer lugar los caudales u otros bienes de los cuales el funcionario se apropia o hace uso indebido, deben estar en una determinada relación de dependencia con el sujeto activo, o sea que el funcionario tenga la supremacía sobre los mismos "por razón de sus funciones", es decir como funcionario público. Este punto se examinará más adelante.

Tenemos que decir o expresar la diferencia que desde el punto de vista técnico-jurídico hay entre las expresiones cosa y bien.

Cosa en el sentido puramente naturalístico, afirma Riccio, es cualquier parte del mundo exterior, excluida solamente la persona física. El vocable es de los más amplios, en cuanto toma un significado diverso según que se examine por el aspecto filosófico, económico o jurídico. Cualquiera parte del mundo exterior es cosa: Tanto la nube, como la honda del río. Pero cuando la cosa se considera en sentido económico, se tiene ya una especificación, en cuanto se hace referencia solamente a aquello que puede ser sometido al señorío del hombre, y que tiene aptitud para satisfacer una necesidad. La cosa potencialmente útil a un hombre se convierte en un bien.

Todo bien es cosa, pero no toda cosa es bien.

El legislador al descubrir el objeto material del peculado y utilizar la expresión "u otros bienes", es claro que se estaba refiriendo a aquellos que tienen algún valor económico o que poseen aptitud para satisfacer una necesidad.

Los bienes objeto material de la infracción pueden ser fungibles o no fungibles (C.C. Art. 883) pero para que sobre ellos pueda haber una conducta de apropiación o uso indebido es necesario que tenga naturaleza corporea; sobre una cosa incorporea no puede haber

ni apropiación, ni menos uso indebido.

Un punto discutible pueda ser el de saber si los bienes inmuebles dan base para la comisión del hecho. Parece que si es posible, por lo menos en la hipótesis de uso indebido. Así, si un funcionario que tiene la administración de una granja agrícola, propiedad del estado o de un departamento, la destina para pastoreo de ganados propios, no hay duda que se está cometiendo un uso indebido que tipifica al peculado.

Sobre este mismo concepto nos dice el Dr. Gustavo H. Rodríguez que: El objeto material del reato en cuestión está constituido por los caudales o efectos que administra el funcionario público y a que alude el Art. 150 del C.P., así como a los caudales u otros bienes que está encargado de recaudar, pagar, administrar, guardar a que se refiere el artículo 30. del Decreto Extraordinario 1858 mencionado.

El término caudal proviene del latín "capitalis", así que etimológicamente es capital.

El diccionario lo define: " Hacienda, bienes de cualquier especie y más comúnmente dinero. O sea que el término caudal es genérico.

En cambio resulta específico el de "especies", al que se le toma como papeles de crédito o títulos, estampillas, bonos, conforme a la definición que hace el Artículo 93 del Código de Comercio.

El Decreto 1858 de 1.951 dice simplemente bienes, sin distinguir o limitar a los muebles o a los inmuebles de donde resulta que ambas clases pueden ser objeto de peculado (sobre esto ya hablamos), ya que ambas son susceptibles de uso indebido y hasta de apropiación y a que unos y otros son susceptibles de administración por funcionarios públicos.

La palabra administrar venía tomándose en sentido amplio desde que entró a regir el código de 1.936 y hasta el momento en que fue ron suplantadas las disposiciones de los artículos 151, 152, 153 , conforme a las acepciones que trae la academia de la lengua para el vocablo : "Recaudar, cobrar, o percibir caudales o efectos; asegurar, poner o tener en custodia; recabar". De manera que la administración a que se refería el precepto , significaba tanto el acto de invertir o emplear los bienes en transacciones para las cuales existía la facultad, como el de cuidarlos o tenerlos en custodia.

En cuanto a la acepción del vocablo administrar nos dice Pacheco lo siguiente: "El verbo administrar tiene, como antes se vió (numeral II) la acepción de cuidar, que va incluida en la noción de guardar.

Pero en cambio, no incluye la de pagar, de esta suerte, dentro del sistema implantado por la legislación de emergencia puede ser sujeto activo de peculado el oficial público que tiene el solo encargo de hacer determinados pagos y se apropia o sustrae lo que recibe con ese fin.

MOMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO.-

El Art. 12 del C.P. del Brasilha logrado una sintesis muy afortunada del concepto de consumación del delito, al decir que se entiendo consumado el reato "cuando en él se reune todos los elementos de su definición legal" .

Concretamente en cuanto al momento consumativo de peculado, en Colombia se ha venido sosteniendo una teoría según la cual, en atención a que el delito ofende la confianza, la lealtad y el prestigio de la administración pública, para que se dé el peculado consumado no es necesario que se haya producido ningún daño patrimonial.

Veamos la opinión de los más autorizados comentaristas del Estatuto Colombiano.

Antonio Vicente Arenas sostiene que " el peculado es un delito de peligro no de lesión, porque para que se consuma no es necesario que se produzca un daño efectivo. Es delito formal cuya consumación se opera al dar aplicación oficial diferente o hacer uso indebido de los caudales, aunque de ahí no se siga perjuicio para nadie".

El distinguido Jurista no hace distinción entre las dos formas de peculado : aquella de la aplicación oficial y la de la apropiación o uso indebido.

Luis Carlos Pérez siguiendo el criterio del procurador Luis Zafra, jurista de reconocidos quilates, sostiene que para la consumación del peculado no es necesario el daño patrimonial . Por considerar de suma importancia este punto de vista, transcribimos la síntesis de la doctrina expuesta por Zafra, dice :

"En el delito de peculado se reprimen los actos del funcionario público que violan la fidelidad que este debe observar en la custodia y manejo de los bienes que se le confían por razón de

las funciones oficiales que desempeña. El objeto jurídico tutelado por la infracción es, pues, el deber de probidad, celo y diligencia a que estaba obligado el funcionario en el manejo de las cosas que recauda o administra. La esencia del ilícito consiste en el abuso y la violación de la confianza pública depositada en el servidor oficial, sin que por lo mismo haya necesidad para integrar la figura de que concurre perjuicio de tercero en lo referente a su patrimonio económico.

El hecho se consuma no con el ataque a la propiedad sino por la traición al normal cumplimiento de los deberes oficiales en cuanto a la custodia de los bienes puestos bajo el cuidado del funcionario público."

A su turno Pacheco Osorio dice que se : " consuma éste con el uso indebido (la sustracción o apropiación), siendo indiferente que la administración pública haya sufrido un perjuicio o solo corrido un peligro".

Jurisprudencia.- En una reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se dijo lo siguiente : "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 sus instituciones, siendo "siempre secundario el daño económico, que puede no existir o ser oportunamente resarcido".

De suerte que es opinión general que el daño patrimonial en perjuicio de la administración pública no es elemento constitutivo de peculado, de la especie de que trata el Decreto Extraordinario 1858 de 1.951, y que por lo consiguiente, bien puede darse el peculado consumado sin que se haya causado ese daño o perjuicio.

Los argumentos en que se fundan los doctrinantes de tal teoría pueden reducirse a estos :

- 1o.- Que el peculado es un delito contra la administración pública y no contra el patrimonio; que por lo tanto, lesionado el interés u objeto jurídico de la tutela penal, el delito se consuma, independientemente de que se produzca el daño patrimonial.

2o.- Que el daño necesario y suficiente para la subsistencia del delito es aquel necesariamente inherente a la violación del deber de fidelidad hacia la administración pública misma, tanto si se causa cuanto sino se causa el daño patrimonial.

3o.- En síntesis, puede afirmarse que tal teoría se funda principalmente tomando en cuenta el objeto o interés jurídico de la tutela penal.

Contra esta teoría ha dicho con fundada razón el ilustre penalista italiano, Profesor Alfredo De Marsico, que no basta el simple argumento de que el peculado está incluido dentro de los delitos contra la administración pública para negar por ese solo hecho que no es necesario un daño patrimonial para su consumación;

"Porque nadie a nuestro entender estaría dispuesto a reconocer que toda la serie de delitos comprendidos bajo ese título están instituidos para tutelar un solo bien jurídico, mientras que la serie de ellos se extiende desde el peculado, que requiere la incidencia real de la actividad del culpable sobre el dinero u otra cosa mueble perteneciente

a la administración pública, a la instigación al cohecho, que requiere solamente el ofrecimiento o la promesa de retribución no debida al funcionario público que la rechaza y a la omisión de actos oficiales, para la cual no se tienen en consideración ninguna utilidad ni requiera como elemento del motivo.

Y concluye el eminente jurista la verdad es, nos parece, que si la tutela de los deberes de fidelidad a la administración pública es el fin genérico de las figuras delictuosas recogidas en el título mencionado, cada una de ellas mira también a la tutela de un particular aspecto o relación en que este deber se concreta; de suerte que, al lado de un fin genérico que rige como ratio común a todas las normas, hay para cada uno un fin específico que las rige como ratio específico; al lado o dentro del cerco más vasto de un bien jurídico que defiende el complejo de las normas (la fidelidad a la administración pública), se inscribe, para cada una otro bien jurídico, en el cual se especifica el primero, asume de vez en vez su peculiar fisonomía, circunscribe e individualiza el objeto y el modo como la obligación de fidelidad viene infringida.

¿Qué significado tiene entonces las expresiones que utiliza el legislador al describir las figuras que integran el título de los delitos

contra la administración pública ? por ejemplo, en cuanto hace al objeto, ¿qué se exige sea caudales u otros bienes ? En cuanto a la acción que se debe cumplir sobre esos bienes ¿qué es la apropiación ? Además de todo lo anterior dice Demarzio: "El hecho que esta disposición prohíbe, el objeto y el fin del mismo, están desmintiendo que el verificarse un daño patrimonial sea indiferente para la realización del delito .

El apropiarse de cosas que pertenezcan a otros no puede menos de desembocar en una disminución del patrimonio de su titular, en el que se revela , correlativos inseparables el daño del titular y el provecho del culpable".

No queda, pues, la menor duda que para la subsistencia del peculado es indispensable la producción de un daño en el patrimonio de la administración pública, tesis esta, conque estamos completamente de acuerdo.

EL DAÑO.- Hemos dicho ya, repitiendo los tratadistas, que el daño es todo delito es moral o material. Y que los perjuicios que se causan con la acción delictiva constituyen el daño, que es moral si se afecta subjetivamente al sujeto pasivo, y material se lo afecta económicamente.

Es conveniente anotar que el daño moral en materia de peculado está íntimamente vinculado al objeto jurídico del mismo delito, en tanto que el daño material guarda esencial relación con el objeto material. Por lo mismo nos parece admirablemente sintetizado el concepto y la extensión del daño en este delito por el jurista antioqueño Alfonso Ortiz Rodríguez; cuando dice:

"El daño en esta infracción es de dos clases a saber:

- 1o. Está constituido por la ofensa al deber de fidelidad y probidad del funcionario para con la administración, por ello esta clase de daño es más moral y político que material.

Esta clase de daño es esencial al delito, sin su existencia no puede integrarse. En esencia, el peculado es una traición a la confianza depositada por la administración en el funcionario, que cuando es público, es abuso y violación de la confianza pública. es por ello como algunos autores como

Carrara incluyen esta infracción entre los delitos contra la fe pública.

2o. Está constituido por la ofensa al patrimonio, por la lesión patrimonial. Pero esta clase de daño no es de la esencia del delito.

La infracción en sí existe aunque tal daño patrimonial no exista y no deja de ser delito aun cuando la gente resarza a la administración de todo perjuicio patrimonial o esta se indemnice con la caución que tenga prestada el funcionario".

Desde luego y por otra parte que el daño moral es el esencial no así el patrimonial o material, es tesis muy controvertida, aunque aceptada por la corte Suprema de Justicia:

"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 sus instituciones, siendo siempre

secundario el daño económico que puede no existir o ser oportunamente resarcido".

El criterio resulta interesante en consideración no al paculado en general sino frente a la modalidad que analizamos, Decreto Extraordinario 1858 de 1.951, decir que esta modalidad no requiere esencialmente el daño material significa que se le toma como delito formal o de peligro, y no de lesión. Como lo recuerda Bernal Pinzón, con esta tesis están de acuerdo tratadistas colombianos como Vicentes Arenas, Luis Carlos Pérez, Luis Zafra, Pacheco Osorio, no así el propio Bernal Pinzón, quien para sostener que si es esencial, en esta modalidad delictiva el elemento material se apoya en los conceptos del Italiano Alfredo Demarzio y en los del brasilero Nelson de Hungria, nosotros estamos con quienes creen que en esta modalidad del Decreto 1858 de 1.951 el daño material si es esencial. En efecto ese daño hace parte y constituye precisamente el cuerpo del delito, fuera de que la disposición legal en comento habla expresamente de la "apropiación" en provecho suyo o de un tercero de los "caudales u otros bienes". Esto son bienes materiales, corporeo, con valor económico, y no es posible que haya ese provecho sin que haya el daño correspondiente. El provecho indica un aumento patrimonial al cual

necesariamente corresponde una disminución correlativa (daño), igualmente patrimonial. Entendiéndose que la restitución en ningún caso hace desaparecer el delito.

Lo que ocurre es que no se pueda confundir el daño, para precisarlo con el objeto jurídico tutelado, aunque guarde estrecha y esencial relación.

EL REINTEGRO DE LO APROPIADO.- Examinemos ahora la situación relacionada con el reintegro de las cosas apropiadas o cuyo uso indebido configuran el delito .

La única consecuencia que reconoce el derecho para tal caso es la de atenuar la sanción. El Decreto 1858 prevé dos hipótesis: La una, que el reintegro se haga antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente; situación que favorece al responsable con la atenuación hasta en la mitad de la pena; y la segunda, que el reintegro se haga después de iniciada la investigación, pero antes de que se dicte sentencia de primera instancia. En este último caso, la rebaja de la sanción penal es apenas hasta de una tercera parte.

De manera que el reintegro de lo apropiado o la cesación del mal uso, deja intacto el delito, y apenas si atenúan las sanciones.

Pero no es suficiente el reintegro, porque como claramente lo reconoce el Dr. Luis Carlos Pérez entre otros, "es indispensable resarcir todo perjuicio a fin de que funcione la atenuación y la pena se reduzca hasta en la mitad". Entonces, lo primero que cabe preguntar es: ¿Cómo se puede resarcir un perjuicio que no se ha causado? si el peculado no requiere como elemento del delito el daño patrimonial para la administración pública, ¿Cómo puede la misma ley poseer como circunstancia atenuante el resarcimiento de ese daño que según teoría que no compartimos, no es elemento del delito ? .

Finalmente, las dudas que el mismo Pérez se plantea en cuanto al reintegro como atenuante de peculado quedan aclaradas si se consideran que ellas no son otra cosa que meras circunstancias del hecho delictuoso; y que, por lo tanto, requieren para su aplicación la existencia del ilícito. Aquí se va a aplicar una pena atenuada, pero, al fin y al cabo, una pena; y como no se puede aplicar pena o sanción sin delito, las dudas que se plantea el eminente jurista carecen de fundamento.

El elemento psicológico del peculado está constituido por el dolo específico; porque el Decreto 1858 exige que la apropiación o el uso indebido se logre en provecho del Agente o de un tercero.

LA APROPIACION EN EL PECULADO Y EN EL ABUSO DE CONFIANZA.-

El verbo nuclear, en su forma refleja de apropiarse -se apropie dice la norma-, existe también en el delito de abuso de confianza (apropiación indebida, en otras legislaciones), que descubre el Art. 412 del código. Igualmente, el uso indebido es otra forma de acción común a las dos infracciones. Por eso ha tratado de establecerse cierta concordancia de conducta por parte de algunos autores, y cierta disconformidad por parte de otros. No vemos como pueda siquiera pensarse en confundir las dos descripciones legales, en presencia de elementos tajantes de separación como son los siguientes:

- 1o. En cuanto a la objetividad jurídica, el peculado defrauda la confianza depositada en el funcionario público, mientras que el abuso de confianza afecta la fé en un particular.
- 2o. En cuanto al objeto material el peculado recae sobre cosas pertenecientes a la administración pública, en cualquiera de las esferas donde esta mantenga interés patrimonial e

influencias rectora, y el abuso de confianza recae sobre bienes integrantes de un patrimonio privado.

- 3o. En cuanto al agente, el peculado solo puede ser cometido por un funcionario o empleado público, y del abuso de confianza puede ser responsable cualquiera.
- 4o. En cuanto a la vinculación del agente con la cosa, en el peculado se entrega al funcionario de la administración oficial, porque entre las funciones de él está precisamente la de recaudarla, guardarla o darla en pago, mientras que en el abuso de confianza la consignación se hace a cualquier título no transmisible del dominio.
- 5o. En cuanto a la naturaleza de la cosa, en el peculado el agente puede apropiarse o usar in debidamente bienes muebles o inmuebles per tenecientes a la administración pública,

mientras que en el abuso de confianza la apropiación o uso indebido solo se refiere a muebles.

La diferencia de tipos no radica, como se ha pretendido por algunos en el dolo, sino en los elementos que acabamos de confrontar. Y esto, a pesar de que el concepto de apropiación sea igual desde el punto de vista doctrinario, lo mismo que el concepto de uso indebido. Como modalidad de conducta no puede darse en el peculado una apropiación que difiera de la apropiación específica del abuso de confianza. En sentido general son idénticas, aunque las lleven a cabo otros agentes y recaigan sobre bienes de otras pertenencias.

CONCLUSIONES

Continuando el orden del trabajo, comenzaremos definiendo claramente el concepto de administración pública.

Teniendo en cuenta que todo lo dicho anteriormente sobre este y los demás conceptos de que consta el trabajo, son el producto de un análisis amplio, en donde se dan a manera de simple ilustración las apreciaciones de los más connotados juristas colombianos y extranjeros.

En este capítulo denominado conclusiones vamos a dar nuestro parecer, después de analizar detenidamente cada una de las opiniones emitidas por tan eminentes tratadistas.

La Administración Pública entraña un concepto funcional del poder público del Estado, comprensivo de las diferentes actividades oficiales cuyo cumplimiento esta encomendado a las ramas u órganos del poder a través de todos los funcionarios o entidades que integran el mecanismo administrativo.

Es importante definir y aclarar este concepto por tanto que el delito de peculado atenta precisamente contra la administración pública.

SUJETO ACTIVO. - Refiriéndonos al agente de la modalidad de peculado contemplada en el artículo 30. del Decreto 1858 de 1951

que suspendió y subrogó los artículos 151, 152 y 153 del Código. Podemos manifestar que el sujeto activo de esta modalidad lo es el funcionario o empleado público o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el estado, o lo es también por mandato de la ley, el que por cualquier concepto esté encargado de fondos, rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de instrucción o de beneficencia.

Sujeto Pasivo. Es la administración pública, concepto claramente explicado en los Capítulos precedentes.

ACCION MATERIAL. - Comprende esta especie de peculado dos modalidades a saber :

La apropiación en provecho propio o de un tercero o hace uso indebido de los caudales u otros bienes.

La apropiación es tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad. Podríamos seguir diciendo en aras de una mejor claridad que apropiarse de una cosa es disponer de ella como si fuera el propietario (como el dueño); de suerte que en peculado el delito se dá por el empleado público realiza sobre los fondos o bienes actos de apropiación -o de propietario- sin tener tal calidad.

USO INDEBIDO. - No es otra cosa que la apropiación, sustracción

o uso fraudulento de los caudales u objetos con ánimo de aprovechamiento, bien sea para el agente o para un tercero.

O también podemos decir que es el uso privado, no autorizado por ley ni reglamento, no oficial.

OBJETO DEL PECULADO. - El objeto jurídico tutelado en el delito de peculado -que es un delito contra la administración pública- es esta o su normal funcionamiento.

EL OBJETO MATERIAL. - Es o está constituido por los caudales o efectos que administra el funcionario público así como los caudales u otros bienes que esté encargado de recaudar, pagar, administrar o guardar .

Debe entenderse que el funcionario puede administrar bienes oficiales o de particulares.

Entiéndese por caudales todo género de bienes, de cualquier clase, que representen algún valor. Bajo esta denominación se entiende no solo dinero, sino letras de cambio, cheques, valores mobiliarios, títulos y todo género de acciones y de obligaciones, joyas, objetos de arte, etc., siendo indiferente que sean fungibles o no.

El delito se consuma con el uso indebido (la sustracción o apropiación) de los caudales u otros objetos.

TENTATIVA. - El grado de tentativa es difícil de establecer, ya que si la distracción aun no ha ocurrido se quedará probablemente en la esfera de los actos preparatorios.

Sin embargo, en el caso de la apropiación indebida se admite la tentativa porque en todos los casos es evidente la divisibilidad del iter Criminis.

Tratándose de la complicidad pueden ocurrir dos situaciones: una si se trata de un deudor de especie, en este caso no hay duda que el particular que recepte de cualquier manera o que reciba la especie distraída por el empleado público, ofrece los términos materiales de la complicidad.

La segunda situación se dá cuando el administrador que se ha apropiado de alguna cantidad : Admite que es suyo el dinero proveniente de las arcas públicas, se presenta dificultad para acusar al cómplice que ha recibido los fondos a título de préstamos, pago o donación.

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

- | | |
|----------------------------|--------------------------------------|
| LUIS C. PEREZ | Tratado de Derecho Penal
Tom. III |
| FRANCISCO CARRARA | Programa de Derecho Criminal |
| PEDRO PACHECO OSORIO | Derecho Penal Especial Tom. I |
| JESUS BERNAL PINZON | Derecho Penal Especial |
| ANTONIO VICENTE ARENAS | Tratado de Derecho Penal |
| GUSTAVO RENDON GAVIRIA | |
| JAIME VIDAL PERDOMO | |
| GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ | |