

EL DELITO DEL PECULADO EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA

EDNA ISABEL SOLANO BOLIVAR

Trabajo de Grado presentado como
requisito para optar al título de

ABOGADO

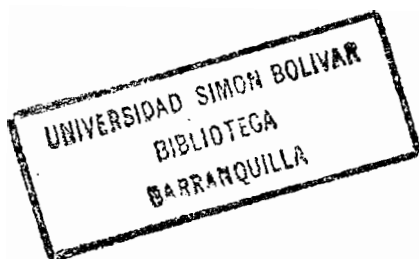
Director de Tesis: Dr. GUALBERTO FON
TALVO M. (Abog.)

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FAULTAD DE DERECHO

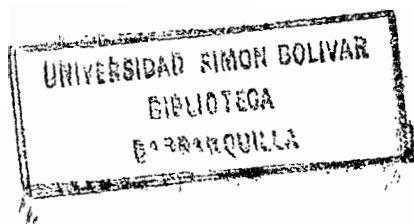
BARRANQUILLA, 1987

4034354



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
BARRANQUILLA	
No. INVENTARIO	4034354
PRECIO	
FECHA	21 FEB. 2008
GANJE	DONACION

DR-0811



UNITED STATES DEPARTMENT OF AGRICULTURE	
BUREAU OF PLANT INDUSTRY	
WASHINGTON, D. C.	
NO.	347
DATE	
CULTIVATOR	
COLLECTOR	CONCERN

T
364.132 861
S.684

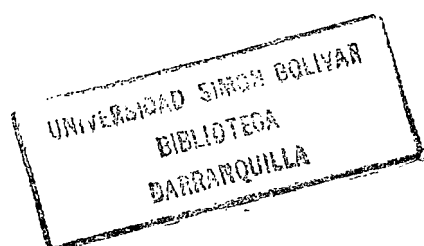
EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA

EDNA ISABEL SOLANO BOLIVAR

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1987



CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

Director:	Dr. JOSE CONSUEGRA HIGGINS
Secretario General:	Dr. RAFAEL BOLAÑOS M.
Decano Facultad :	Dr. CARLOS LLANOS
Director de Tesis:	Dr. GUADALBERTO FONTALVO M.
Jurado:	Dr.
Jurado :	Dr.

Barranquilla, Mayo de 1.987

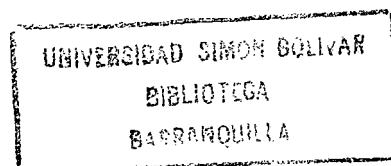
Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla. Mayo de 1.987



DEDICATORIA

Al Todopoderoso porque me dió luz,
fuerza y entendimiento para tener
la felicidad de alcanzar mi meta .

A mis padres EDUARDO y CECILIA, y
a mis queridos hermanos, quienes
con su permanente estímulo y soli-
daridad, me impulsaron a seguir a-
delante e hicieron posible la cul-
minación de mi carrera profesional.

A mis sobrinos con todo mi amor .

A mi amiga NORYS, a quien debo su
cariñoso granito de arena, y a to-
dos mis profesores que contribuye-
ron en mi formación profesional y
en general a toda mi familia .

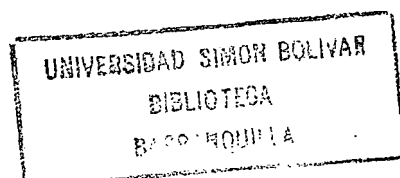
AGRADECIMIENTOS

La autora expresa sus agradecimientos :

A mi querido director de Tesis, Dr. GUADALBERTO FONTALVO, por su elogiosa asesoría .

A mis queridos hermanos en especial, EDUARDO Y EYNAR, por su gran apoyo moral .

A la señorita GIOMAR ACOSTA, por su contribución en la realización de este Trabajo .



Guadaluerto Rafael Fontalvo Marmolejo

Abogado Titulado

Universidad del Atlántico

Asuntos Penales - Civiles

Barranquilla, Abril 30 de 1.987

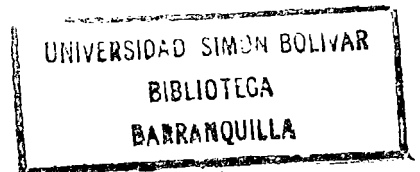
Señor:

DOCTOR CARLOS LLANOS SANCHEZ

DECANO FACULTAD DE DERECHO DE

LA UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

E. S. M.



Estimado Doctor y amigo :

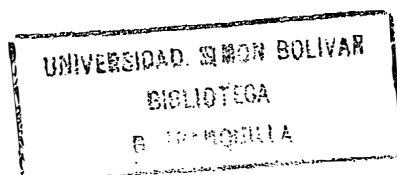
En cumplimiento de la responsabilidad discernida con motivo de la designación hecha como director de tesis del trabajo elaborado por la egresada Señorita EDNA SOLANO BOLIVAR, titulado: EL DELITO DE PÉCULADO EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA, a Ud. comunico, que después de haber revisado el mencionado trabajo, he observado que se ajusta al ante proyecto aprobado por la Universidad, y que es producto de una dedicación académica personal propia de una persona que conoce a fondo el tema materia de esta evaluación, imparto mi aprobación para que sea tenido en cuenta como requisito de grado .

De Ud. Atentamente

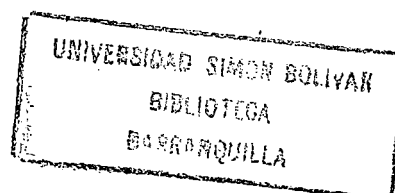
A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several sweeping strokes.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	11
1. RESEÑA HISTORICA	13
1.1. LA BIBLIA	14
1.2. EL TALMUD	14
1.3. EL KORAN	15
1.4. GRECIA	16
1.5. ROMA	16
1.6. ESPAÑA	17
1.7. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN COLOMBIA	18
1.7.1. Código de 1.837	18
1.7.2. Código del Estado de Cundinamarca (1.858)	19
1.7.3. Código Penal de 1.890	19
1.7.4. Proyecto Concha, Ley 109 de 1.922	19
1.7.5. Proyecto de la Comisión designada por la Ley 81 de 1923.	20
1.7.6. Proyecto de Antonio Córdova	21
1.7.7. Comisión redactora designada por la Ley 20 de 1923 y an terior Código Penal	21

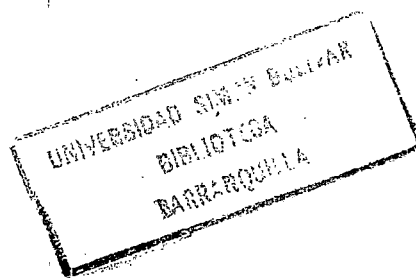


1.7.8. Comisión redactora designada por el decreto 416 de 22 de Marzo de 1972. Comisión redactora creada por el decreto 2447 y 2597 de 1978. Comisión asesora final y - Nuevo Código Penal	22
2. DEL PEULADO EN GENERAL	23
2.1. NOCION	23
2.2. SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PEULADO	23
2.2.1. Funcionarios Públicos	24
2.2.2. Empleados de Derecho	26
2.2.3. Empleado de hecho	27
2.2.4. Los Usurpadores	28
2.3. LA CONDUCTA EN EL PEULADO	29
2.4. CLASES DE PEULADO	30
3. PEULADO POR APROPIACION	31
3.1. ¿EN QUE CONSISTE LA APROPIACION?	32
3.2. PEULADO POR MALVERSACION	33
3.3. CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACION PUNITIVA	35
3.4. JURISPRUDENCIA	36
4. PEULADO POR USO INDEBIDO	38
4.1. DISTINCION ENTRE USOS DE APROPIACION	41
5. PEULADO POR ERROR AJENO	48



	pág.
6. PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE	53
6.1. DAR APLICACION OFICIAL DIFERENTE	57
6.2. COMPROMETER SUMAS SUPERIORES A LA FIJADA EN EL PRESU - PUESTO	63
6.3. INVERTIR O UTILIZAR EN FORMA NO PREVISTA EN EL PRESU - PUESTO	64
7. PECULADO CULPOSO	65
8. PECULADO POR EXTENSION	73
8.1. CLASES DE PECULADO POR EXTENSION	75
8.1.1. Peculado por extensión cometido por particulares que administren o tengan bajo su custodia bienes pertene- cientes a Empresas o Instituciones en que el Estado tenga la mayor parte	75
8.1.2. Peculado por extensión realizado por particulares so- bre los bienes recibidos a título de auxilios o apor- tes	77
8.1.3. Peculado por extensión realizado por particulares so- bre bienes que recaudan, administren o custodie perte- necientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o las beneficencias	78
8.1.4. Peculado por extensión realizada por particulares so- bre bienes que recaude, administre o custodia, perte- necientes a Juntas de Acción Comunal	80

8.1.5. Peculado por extensión realizado por particulares sobre bienes que recaude, administre o custodie, pertenecientes a la Defensa Civil	81
8.2. CIRCUNSTANCIA DE ATENUACION PUNITIVA	82
8.3. CONSUMACION Y TENTATIVA	83
8.4. PARTICIPACION	85
8.5. CONCURSO	86
8.6. LA DIFERENCIA ENTRE PECULADO O ABUSO DE CONFIANZA	87
8.7. ANTIJURICIDAD Y CAUSALES DE JUSTIFICACION	88
8.7.1. Legítima defensa	89
8.7.2. Estricto cumplimiento de un deber legal	90
8.7.3. Estado de necesidad	91
8.7.4. El legítimo ejercicio de un derecho	92
8.7.5. Obediencia jerárquica legítima	93
CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFIA	96



INTRODUCCION

Con este Trabajo, he querido darle importancia a un fenómeno social criminoso que se presenta con permanencia alarma en nuestra vida cotidiana, como es, "EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA", puesto que tiene una particularidad especial; y es la mala Administración en que incurren algunos funcionarios o empleados oficiales en el ejercicio de sus funciones, quienes rompen con las normas penales implantadas por el Estado .

Por esas razones fué que me incentivé a realizar este Estudio, por que siempre he creído que esta norma tiene una importancia muy singular, porque con él el Estado debe recibir y castigar aquellos funcionarios o empleados oficiales que por razón de sus funciones hagan mal uso de los bienes que administran, ya que de no existir dicha norma; no habría una forma que sancionara aquellos empleados oficiales incorruptos, que no van a servir a la sociedad; sino a servirse de ella . Considero que se justifica esta norma porque el Estado tiene la obligación de proteger las contribuciones que reciben de sus contribuyentes, para que el empleado oficial cumpla con su función social .

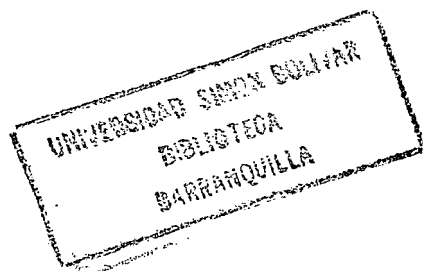
En mi realización he estudiado a fondo la causa de ese mal, debido a que en la mayoría de las veces los empleados públicos son nombrados por las recomendaciones de los políticos de turno, y no por la capacidad y/o el conocimiento que debe tener necesariamente la persona que

va a ocupar dicho cargo, que muchas veces no llevan la intención de servir a la comunidad, sino la de enriquecerse en la forma más rápida posible.

En mi investigación me he valido de algunos textos de autores que han contribuido al estudio del delito de Peculado; que han tratado de derrotar ese mal, que con permanencia claridad tienden sus tentáculos a lo largo y ancho de la Administración Pública, debido a que los empleados encargados de la Administración van obscureciendo el horizonte de nuestra pecaria economía.

Dedico un capítulo a la Evolución Histórica, ya que el conocimiento de los antecedentes de las normas es de valiosa ayuda interpretativa, y es este caso especialmente por el aporte de fuente de no muy fácil acceso. Utilizo un sistema dogmático, analítico, pero sin temor me extendo en la presentación completa de las consideraciones y los razonamientos que sobre los temas centrales han expuesto jueces y doctrinantes.

En este Trabajo, pienso sentar mi Tesis, espero que sea suficientemente aceptable para obtener el título de ABOGADO.

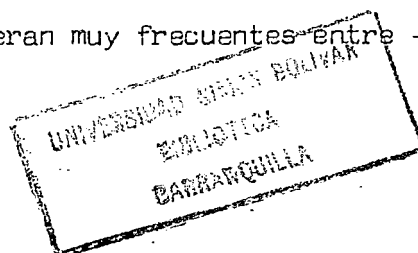


1. RESEÑA HISTORICA

Para determinar en forma clara que debe entenderse por delito de Peculado, es necesario hacer un recuento histórico de los cambios que ha tenido en la vida económica y social del hombre en las distintas etapas de la humanidad en relación con sus semejantes. Se precisan varias etapas de acuerdo al desarrollo de sus necesidades en los tiempos más remotos de la humanidad, o sea. la comunidad primitiva donde existía una sola manifestación de la vida social y esto era la familia. Las necesidades de este grupo pequeño eran mínimas y se satisfacían con el patrimonio familiar que estaba formado por el factor familia, los gastos comunes a la familia y los que exigían las necesidades particulares eran atendidas por el factor familia o por patrimonio colectivo, o sea, era un patrimonio individual .

Con el crecimiento de la familia surgieron a la vida social el clan y la tribu, grupos numerosos de mayor importancia, y es aquí donde aparece el concepto de propiedad privada, en donde cada individuo debe situarse, con el producto de sus propios trabajo y las familias que integran el bloque social tenían libre disposición de todos los bienes que adquirían .

En este Estado social semisalvaje las guerras eran muy frecuentes entre -



una tribu y otra, fué así como surgió una de las más importantes necesidades de carácter colectivo, pero no se disponía de un patrimonio común, los individuos tenían que contribuir a satisfacerlas con soldados costeados y mantenidos con su propio peculio, es decir, que a falta de patrimonio común se cedió el patrimonio individual, luego se presentó el régimen de los reyes, un patrimonio poderoso que servía para atender a los miembros de la casta .

1.1. LA BIBLIA

Este libro no se ocupa en ninguno de sus textos de hacer un relato sobre el delito del Peculado, ni siquiera los nombra en el Antiguo Testamento, los levitas eran los que estaban encargados de el culto , eran los que recibían y manejaban los bienes que consideraban intocables y sacrosantos.¹ El pueblo hebreo castigaba a cualquier persona que fuera encontrada en flagrante delito de robo-sacrilegio hasta con la muerte. En el Nuevo Testamento, es donde se ve con mayor claridad el concepto de los cosas de Dios y del hombre .

1.2. EL TALMUD

Este libro tampoco hace mención del delito de Peculado, es sabido que los príncipes del pueblo judío en la tarea de mantener en pie de guerra un e-

¹ TEJERA, Diego Vicente. La Malversación de Caudales Públicos. Memoria, Matanzas. Cuba. Imprenta Pluma de Oro, 1924. p. 9 . Tomado de CANCINO, Antonio. Temis, Bogotá, 1983. p. 5

jército de mercenarios extranjeros para defenderse de los enemigos foráneos y de las mismas conmociones intestinas que en ocasiones tenían que afrontar, y empeñados como estaban en construir suntuosos edificios, tuvieron necesidad de mucho dinero que extraían de las bolsas del pueblo empobrecido, por medio de nuevas y pesadas gavelas².

Un escritor comenta que los sacerdotes, valiéndose de la fuerza, incitan do contra ese pueblo a los esclavos armados de palos, percibían por medio de la violencia los Tributos y Diezmos, lo que no se detenían en los recursos más brutales, y llegó a tal extremo esa animadversión hacia ellos, que se les excluyó como personas aptas para servir de testigos en los litigios³.

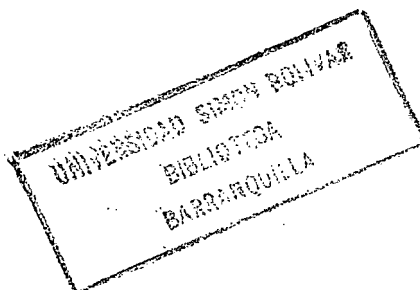
1.3. EL KORAN

En el capítulo IV, que trata de las Mujeres, hallamos preceptos como los que siguen: "Cuando vayáis a rendirle cuenta de sus bienes, hacedlo delante de testigos. Dios es el juez de vuestras acciones".

El capítulo IX, atinente a la PENITENCIA contiene estos preceptos: "Te acusan de la distribución de las limosnas y están contentos cuando los soportes, e irritados cuando no tocan parte de la dádiva".

²ARROYABE Jaime. El Peculado. Tipografía Mundial de Pereira. 1951. p. 20

³Ibid., p. 21



Las limosnas debe ser empleadas en aliviar la necesidad de los pobres, de los indigentes, de todos aquellos resignados a la voluntad de Dios; debe ser empleada en la redención de los cautivos, en la liberación de los que están cargados de deudas, en el auxilio de los viajeros y en el SOSTEN DE LA GUERRA SANTA. Tal es la distribución ordenada por el Señor, que es sabio y prudente .

1.4. GRECIA

Tanto en el territorio metropolitano como en la magna Grecia y sus colonias, las personas que de alguna manera llegaban a ocupar posiciones en las cuales tenían que entenderse con el manejo y distribución de caudales públicos, o que en alguna forma intervenían en su disposición o administración, quedaban por el mismo hecho obligadas a rendir cuenta exacta de su gestión completa una vez que ella finalizaba .

1.5. ROMA

Por razones que son bien conocidas, son los antecedentes del derecho romano, en el plano general, los que más me interesan :

En Roma el ~~Sacrilegium~~ ^{Sacrilegium}, era el hurto de bienes pertenecientes a los dioses como "Faculatus", era el hurto de los bienes pertenecientes al Estado. A pesar de la diferente denominación del uno y del otro, se les consideraba formando un solo grupo, pues en Roma los bienes divinos y los del Estado no se diferenciaban jurídicamente, distinguiéndose más bien tan solo

por el uso que de ellos se hacía. Llamábase "despeculatus" o "peculatus publicus" y, por lo general, meramente peculatus, el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado; y se les daba este nombre, porque antes de que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que tenían el primer rango entre los comunes o públicos, eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase .

1.6. ESPAÑA

En la Legislación Española el fuero justo mandaba que quien hurtara el tesoro del rey o de algún pueblo; o le hicieran daño debía entregarle el doble de lo hurtado, las leyes de partido establecían penas severas, para quienes teniendo a su cargo dineros del rey o de algún pueblo en su calidad de tesoreros o recaudador, se le apropiare fraudulentamente llegando a la sanción del hecho, hasta imponer pena capital fuera de las sanciones pecunarias de restitución de lo apropiado en cuanto mayor de la defraudada .

De lo anterior se deduce que la primera manifestación de impuesto que se conoció en la historia de la humanidad, tuvo su origen en la necesidad que tenían algunas tribus de defenderse de otras que le hacían la guerra, y como no conseguían patrimonio común se recurrió para su formación y la contribución individual de cada uno de los integrantes de estos estados.

En esta etapa del desarrollo humano la imposición de pena a que era some-

tidos los recaudadores o administradores, eran muy drásticos los que algunos casos eran condenados a muerte .

1.7. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN COLOMBIA

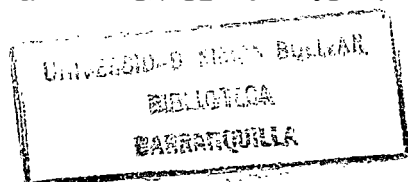
Antes de estudiar el contenido y la naturaleza del bien jurídico que el Legislador pretende tipificar en el delito de Peculado, he querido hacer un corto resumen sobre el particular a partir de la vigencia del primer Código Penal que tuvo la República: veamos :

1.7.1. Código de 1.837

Liberada la República de los españoles, se debió continuar con la vigencia de estas leyes hasta cuando fué necesaria de impedir las que habrían de regirnos. Preocupación principal de los primeros gobernantes fué la de dar los primeros instrumentos legales, y así, el General Santander colaboró definitivamente para que se expidiera el Código Penal de 1.837, redactado por el doctor José Ignacio de Márquez. Este código estaba calcado sobre el francés, tal como este último quedó en el año de 1832.⁴ Los delitos y culpas contra la Hacienda Nacional⁵, se encontraban tipificadas en el título décimo .

⁴ UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO 1960. Estudio Dogmático .

⁵ Los códigos Españoles. Madrid. 1848. p. 471. Tomado de CANCINO. Ob.Cit. p. 1



1.7.2. Código del Estado de Cundinamarca (1.858)

Desde 1858 en adelante, en virtud de la Federación continuaron rigiendo simultáneamente el Código Penal Federal y los de los Estados, casi todos ellos calcados del Neogranadino, sólo que en 1.873 el Congreso expidió la Ley 112 de 26 de Junio para los Estados Unidos de Colombia .

El Código Penal de Cundinamarca, al igual que el Código de 1837⁶, consagraba las figuras del Peculado, que trataba de los "delitos contra la Hacienda del Estado", y en ese mismo lugar incluyó las infracciones que anteriormente se encontraban en el título "los delitos y culpas de los funcionarios empleados públicos en ejercicio de sus funciones", con la cual se logra una unificación positiva .

1.7.3. Código Penal de 1.890

Con respecto a este Código que estuvo vigente hasta el año 1838 podré decir que los delitos de Peculado se tipificaron en el título Noveno, que regulaban los ilícitos "Contra la Hacienda Pública" del Estado, hasta este momento utilizado por el de Hacienda Pública⁷ .

1.7.4. Proyecto Concha y Ley 109 de 1.922

⁶ CODIGO PENAL DE LA NUEVA GRANADA 1.837. Editado en la Imprenta Bruneau de París, 1940. Tomado de CANCINO. Ob. Cit., p. 2

⁷ CODIGO PENAL DE 1.890. Ed. Oficial. Imprenta Nacional, Bogotá, 1891, Tomado de CANCINO. Ob. Cit., p. 2

El doctor José Vicente Concha⁸, inició en el año de 1912, la verdadera reforma penal en Colombia, al presentar un proyecto de Código inspirado en el italiano de Zanardelli, pero con trascendentales innovaciones, proyecto que no fué aprobado hasta 10 años después al convertirse en la Ley de 1922. Pero ni siquiera alcanzó a entrar en vigencia porque se pensó que resultaba anacrónico, cuando en Europa se habían dictado leyes penales que consultaban nuevas orientaciones y cuando estaban en boga las doctrinas positivistas propagadas por Ferri, que ya había presentado su famoso proyecto para el reino de Italia, en 1921 .

El doctor Concha, dedicó el título sexto de su proyecto a los delitos contra la cosa pública y en el art. 153 (único) reguló el delito de Peculado. Así quedó también en la Ley 109 de 1922. El cambio pues, consistió, simplemente, en sustituir la expresión Hacienda Pública, por la de cosa pública .

1.7.5. Proyecto de la Comisión designada por la Ley 81 de 1.923

Por ley 81 de 1.923 se creó la comisión para que se estudiara modificaciones al proyecto del doctor Concha, o sea, la ley 109 de 1922, que no había alcanzado a entrar en vigencia. Esa Comisión quedó integrada por los doctores José Antonio Montalvo, Luis Rueda Concha, Parmenio Cárdenas, Rafael Escallón y Valerio Botero Isaza, y presentó su trabajo en el año 1925, pero

⁸ CONCHA, José Vicente. La Reforma Penal en Colombia. T.II, 2a. parte, Imprenta Nacional, 1925. pp. 361 y ss. Tomado de CANCINO. Ob. Cit. p. 4 .

no fué estudiado por el Congreso, a pesar de que sus autores no se habían contentado con una simple revisión del proyecto del doctor Concha, sino que le hicieron reformas fundamentales, hasta el punto de merecer las alabanzas del maestro Ferri .

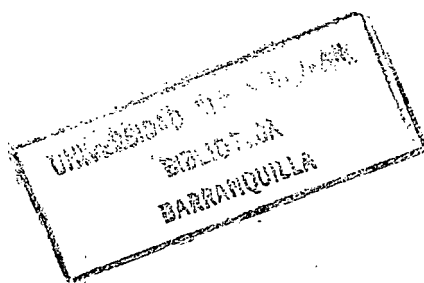
Esta comisión en título tercero, tipificó y reglamentó los delitos contra la cosa pública, de tal suete que no existió modificaciones en este aspecto en relación con el anterior proyecto .

1.7.6. Proyecto de Antonino Córdova .

Con fundamento en lo estatuido por la Ley 69 de 1925, el penalista italiano Antonio Córdova, fué encargado por el Gobierno Nacional, para que, en su calidad de técnico en cuestiones de Derecho Penal estudiara "las penas que deben señalarse, o sea, la fijación clara y pormenorizada de la tarifa de penas". Este proyecto sin embargo en relación con el bien jurídico tampoco introdujo sustanciales modificaciones, pues el delito de peculado se tipificó en el art. 137, del título III, que trataba sobre los delitos contra la cosa pública .

1.7.7. Comisión redactora designada por la Ley 20 de 1933 y anterior Código Penal

En anterior Código (ley 95 de 1936) que entró en vigencia el 1o. de Julio de 1938, simultáneamente con el procedimiento del Código Penal (ley 94 d de 1938) fue elaborado por una comisión creada por la Ley 20 de 1933, de



la que formaron parte los doctores Rafael Escallón, Parmenio Cárdenas, Carlos Lozano y Lozano y Carlos V. Rey. Dicha comisión tomó como base el código de Rocco, el proyecto de Ferri de 1921 y los trabajos de la comisión colombiana de 1925 .

En este estatuto apareció por primera vez la expresión delitos contra la Administración Pública y fué de esta manera como desapareció la expresión cosa pública por ser demasiado vaga. Tampoco estima conveniente la designación que tiene el actual código penal colombiano de delitos contra la Hacienda Nacional (Código de 1890), porque en esta forma se restringe el concepto de los delitos que tratan de estudiarse. En consecuencia, se adoptó provisionalmente por título el siguiente: Delitos contra la Administración Pública .

1.7.8. Comisión Redactora designada por el decreto 416 de 22 de Marzo de 1972, Comisión redactora creada por el decreto 2447 y 2597 de 1.978. Comisión asesora final y nuevo Código Penal .

Como he venido observando nuestra Legislación Penal Colombiana, ha tenido una serie de reformas en todos los proyectos relacionados con el Nuevo Código Penal, que hasta el momento ha utilizado la misma exposición que contenía el anterior estatuto, es decir, "Delito contra la administración Pública".⁹

⁹ Proyecto de Ley sobre Código Penal presentado al Gobierno por la Misión Penal, Bogotá; Imprenta Nacional, pp. 45 y ss .Tomado de CANCINO, Ob. Cit. p. 6

2. DEL PECULADO EN GENERAL

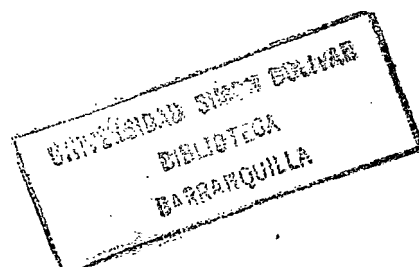
2.1. NOCION

La voz Peculado se deriva del latín *peculatus* y este de *peculium*, que significa caudal, según reza en el diccionario de la Academia¹⁰. No hay duda alguna de que su origen está en el Derecho Romano y que cualquier autor remite a su fuente que es la voz *pecus*, que significa ganado. De ella dijo Carmignami que la palabra ganado se usaba porque en esto consistía la riqueza de los antiguos e igualmente la riqueza del Estado Romano. De acuerdo con ello, Ronsem sitúa su origen en la Lex Julia, que llevaba por título: *Peculatus et de sacrilegiis et de residuis*.

El Peculado es el delito que comete el funcionario encargado de la Administración de bienes, ya de propiedad del Estado o de los particulares, pero puestos bajo administración estatal, apropiándose de ellos, o usándoles indebidamente.

2.2. SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO

¹⁰ FERREIRA DELGADO, Francisco J. Delitos contra la Administración Pública. 2a. ed. Análisis Dogmática, 1980. p. 12.



El sujeto activo es la persona natural que realiza la conducta típica .
Dentro de esta concepción el sujeto activo es el empleado oficial o el funcionario público que realiza la conducta así:

En el Peculado por uso art. 134 el empleado oficial.

En el delito de peculado por apropiación Art. 133 el empleado oficial .

En el peculado por error ajeno art. 135 el empleado oficial .

En el peculado por aplicación oficial diferente art. 136 el sujeto activo es el empleado oficial .

En el peculado culposo en el art. 137 el sujeto activo es el empleado oficial .

En el peculado por extensión art. 138 el sujeto activo es el particular.

2.2.1. Funcionarios Públicos

Funcionario Público es aquella personas que realiza sus funciones de acuerdo con normas o reglamentos que expresamente las regulan: empleados son los que tienen funciones accesorias o auxiliares y trabajadores oficiales son los que trabajan en entidad oficial; pero en cualquier clase de trabajo, como sería el caso de una asesora.: "Artículo 63. Se considera como funcionario público, para los efectos de la ley penal, a todo individuo investido de funciones públicas, aún transitorias, ya sean remuneradas o gratuitas, que tengan por objeto el servicio de la Nación, del departamento o del Municipio".¹¹

¹¹ CASTRO, José Félix. Nuevo Código Penal Colombiano. Editorial Publicitaria, Bogotá, 1982. p. 25

Se asimila a funcionarios públicos, para los mismos efectos, a los jurados, árbitros o arbitradores, peritos y testigos durante el tiempo en que deban ejercer sus funciones .

Reitero la distinción entre funcionarios y empleados públicos y trabajador oficial .

Para definir la calidad de empleado o funcionario público es importante tener siempre en cuenta el análisis de la función que cumple determinada persona, a fin de saber si se trata de individuos investidos de jurisdicción o autoridad, de facultades ordinarias, de trabajos propios de funcionamiento de los servicios .

En efecto, el código de Régimen Político y Municipal en su art. 50. establece: "son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes" ¹²

Son empleados públicos todas las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos, sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de Obras públicas. Así que son trabajadores oficiales: sin embargo los estatutos de dichas empresas precisarán que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por per

¹² La Reforma Penal en Colombia. t II. proyecto de la Comisión creada por la ley 81 de 1923. Imprenta Nacional, 1925 . Tomado de SARRIA, Eustorgio. Derecho Administrativo. Publicaciones. C.E.I.A. 1974. p.

sonas que tengan la calidad de empleados públicos .

Los empleados oficiales: Genéricamente las personas naturales que trabajan al servicio de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta .

En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público, en caso contrario tendría la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral .

De acuerdo al art. 63 del C.P. para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las Fuerzas Armadas y toda otra persona que ejerza cualquier función encargada de un servicio público. (D. 2400/68; 1950/73) ¹³

2.2.2. Empleados de Derecho

Se le puede asignar ese nombre a aquel que ha sido nombrado con plena observancia de los requisitos exigidos por las leyes .

¹³ CASTRO, José Félix. Ob. Cit. p. 25 .

Ahora bien, para que una persona quede vinculada a una actividad y a un servicio público prestado por el Estado y adquiriera el carácter de agente o de empleado público, se presenta el cumplimiento de estos requisitos. a) Nombramiento o designación; b) Aceptación, y c) Promesa de lealtad .

Este nombramiento de designación puede obedecer a una decisión unilateral de otro agente o funcionario, hay acción de cuerpo colegiado los resultados de un concurso o elección popular .

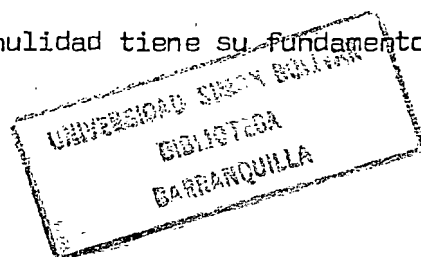
En cualquiera de estos casos es indispensable, para que el nombramiento de designación, o elección sean válidos introduzcan efectos jurídicos previstos, que el denominado tenga competencia y exprese de modo ostensible su voluntad .

Estas son las características esenciales a las cuales los funcionarios públicos debe ceñirse estrictamente a ellas, una conducta opuesta compromete la responsabilidad del empleado público y lo obligan a resarcir los perjuicios a más de la responsabilidad penal .

2.2.3. Empleado de hecho

No es más que el designado para ejercer un cargo, pero sin el lleno de los requisitos legales que existen para desempeñarlo .

Puede tratarse de un nombramiento nulo y esta nulidad tiene su fundamento



en que le hace falta algún requisito de forma. Como puede suceder que la razón por medio de la cual un empleado sea de hecho, nazca de esto, está ejerciendo las funciones antes de haber cumplido las formalidades exigidas por la ley, así mismo puede ocurrir cuando el funcionario sigue al frente de un cargo, una vez que ha cesado el período para el cual fué elegido o nombrado .

El objetivo por el cual me dedico a definir lo que es el empleado oficial, se debe a que esta actividad funcional se refiere a los delitos contra la Administración Pública, tipificada en el Código Penal y por lo anteriormente expuesto las únicas personas sujetas al delito del peculado en la Legislación Penal Colombiana son los empleados oficiales.

2.2.4. Los Usurpadores

Los usurpadores son "los que ocupan un cargo sin investidura. Sus actos son inexistentes, puesto que su origen es delictuoso" ¹⁴

En cuanto a la situación del usurpador de funciones públicas en relación con esta especie de delitos, tengo que decir que el usurpador no es jamás un funcionario público; y por tanto no puede ser ni sujeto activo del delito propio, ni por sujeto pasivo del delito contra la administración pública . El usurpador no tiene a su cargo un deber legalmente establecido por cuanto su calidad es una sola apariencia .

¹⁴ CANCINO M. Antonio. El Peculado. Temis, Bogotá, 1983. p. 29 .

En consecuencia el usurpador, no puede ser sujeto activo de peculado .

2.3. LA CONDUCTA EN EL PECULADO

Considero importante, antes de entrar a hacer el estudio correspondiente del delito del Peculado, hablar de la conducta como motor generador de delitos .

La conducta del tipo está descrita en él mismo de una manera positiva o de una manera negativa, es decir, de acción o de omisión, según que el hecho punible consista en una actividad, en un no hacer, o en una actividad, en un no hacer cuando se tenía la obligación jurídica de actuar. En algunos casos el tipo prevé una conducta mixta, vale decir, de acción o de omisión .

Lo importante es comprender que para que exista conducta, desde el punto de vista del derecho penal es indispensable que el comportamiento del hombre se realice fuera de su mundo interior, salga de lo suyo, se exteriorice dejando una huella externa y alternando las condiciones objetivas preexistentes a su actual .

En definitiva la conducta es una fuerza voluntaria o desobediente que han dirigido conscientemente su conducta hacia el ilícito, o que han obrado negligentemente o imprudentemente .



2.4. CLASES DE PECULADO

Como se ha venido observando nuestra legislación penal colombiana ha sido reformada por la Ley 43 de 1982, en base al decreto 100 de 1980, lo cual ha sido aceptable, no solo por tratarse de conducta de gravedad diversa, sino también porque sanciona aquellos que incurren en el delito de peculado .

Existen seis (6) clases de peculado , a saber :

De acuerdo con el decreto 100 de 1980 :

- a) Peculado por apropiación. Reformado por la ley 43 de 1982 , art.133.
- b) Peculado por uso, art. 134 .
- c) Peculado por error ajeno, art. 135 .
- d) Peculado por aplicación oficial diferente. Art. 136 .
- e) Peculado culposo. Art. 137 .
- f) Peculado por extensión. Art. 138 .

3. PECULADO POR APROPIACION

"Art. 133.- Reformado. Ley 43 de 1.982. Art. 2. El empleado oficial que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que tenga parte o de bienes particulares, cuya administración o custodia se haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de dos a diez años, multa de un mil a un millón de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a cinco años".¹⁵

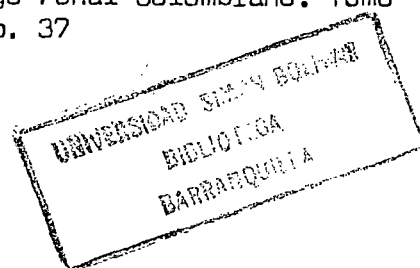
Cuando el valor de lo apropiado pase a quinientos mil pesos la pena será de cuatro a quince años de prisión, multa de veinte mil pesos a dos millones e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a diez años.

El Código Penal de 1.936¹⁶ describía en una sola disposición el Peculado por apropiación y el peculado por uso. El decreto 100 los separa .

Es aceptable, no solo por tratarse de conductas de gravedad diversa, sino también porque la circunstancia de agravación derivada de la cuantía debe aparecer solamente en la norma que sanciona el Peculado por apropiación.

¹⁵ ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Código Penal Colombiano. Tomo II. Parte Especial. Vol 1, Temis, 1983. p. 37

¹⁶ Idem .



Es delito propio, lo cual significa que es de sujetos activos cualificado .

El verbo rector apropiarse indica una acción material dirigida a las cosas o bienes allí descritos, y es de acción simple, el objeto material está indicado con la palabra bienes, que es el Código de 1.936 se reemplazaba con las voces caudales o efectos o caudales u otros bienes .

De acuerdo con la caracteriología italiana es un delito instantáneo en su consumación, que admite tentativa .

Son elementos de esta figura :

- a) Que el sujeto activo sea empleado oficial .
- b) Que se apropie bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares, y
- c) Que estos bienes se hayan confiado en custodia o administración "por razón de sus funciones".

3.1. EN QUE CONSISTE LA APROPIACION?

Una de sus formas es "apropriarse" esto es, comportarse frente a la cosa "uti dominis" o sea ejecutando sobre ella actos de dominio incompatibles con el título que justifica la tenencia de la misma .

Consiste la apropiación, en disponer de los caudales o efectos como si fueran propios, con intención de no devolverlos. Por el aspecto material, se

ejecutan sobre las cosas actos de dueño, sin serlo. Por el aspecto psíquico, se ejecuta sin ánimo de restituirle o devolverlas. Hay actos, como la venta, la donación, la destrucción y el consumo, que revelan inequívocamente la apropiación .

La ley no dice de qué manera se puede producir la apropiación; por lo mismo, se trata de uno de aquellos delitos que según expresión de Carnelutti, se denomina a forma libre .

Se ha dicho y es opinión que comparten algunos magistrados y jueces, que no es posible la apropiación antes de que los bienes hagan parte del tesoro público. Las tesis no es de compartir... puede suceder, por ejemplo que un tesoro reciba el valor determinado impuesto; y antes de sentar la correspondiente partida en los libros de contabilidad, disponga de los dineros que ha recibido como funcionario público .

En conclusión "apropiar" viene del latín "propius": hacer propia de alguno cualquier cosa. Es así como el término equivale a tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad . 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 .

3.2. PECULADO O MALVERSACION

Nuestro ordenamiento penal engloba en una sola disposición lo que el Código

italiano considera peculado (art. 314) y malversación en perjuicio de particulares (art. 315).¹⁷ La primera de las disposiciones citadas llama peculado a la apropiación que hace el funcionario, de dinero u otra cosa mueble, pertenecientes a la administración pública .

La segunda denomina "malversación" la misma conducta antijurídica, pero cuando se trata de "dinero o cualquier cosa mueble, no pertenecientes a la administración pública, cuya posesión tengan (los empleados) por razón de su rango o servicio"¹⁸ . Como ejemplos de lo que en Italia se llama malversación podrían citarse los de apropiación de cosas secuestradas, de dineros o papeles de crédito recibidos a título de caución, o de dineros consignados para un remate o de cosas o dineros dados en depósito para importar mercancías , etc.

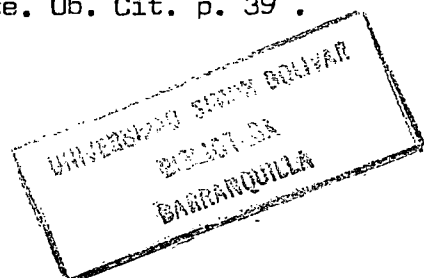
El sistema seguido por el Código Colombiano es indudablemente mejor que el consagrado en el Código italiano. Lo reconoce Manzini mismo cuando dice: " Es muy dudosa la oportunidad de la incriminación autónoma de este hecho (malversación) que en SUSTANCIA es idéntico al constitutivo de peculado .

Pero ni aún en supuesto de que fuera menos grave la malversación que el

¹⁷ IBID., 38

¹⁸ Ibid., p. 38 .

¹⁹ MANZINI. Citado por ARENAS, Antonio Vicente. Ob. Cit. p. 39 .



peculado, por circunstancias de ser los fondos en la primera pertenecientes a particulares y en el segundo a la administración pública, habría razón para tipificar dos especies distintas, pues se trata de modalidades que apenas deben servir de criterio para la individualización de la pena, siguiendo el criterio consagrado en nuestro art. 61 .

Tanto en la malversación como en el peculado, el funcionario quebranta sus deberes para con la administración y por eso deben considerarse como una sola especie .

3.3. CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN PUNITIVA

El objeto genérico de la protección penal en el peculado es el deber de fidelidad que tiene para con la administración pública los empleados oficiales. El objeto específico es el de no menoscabar el patrimonio que éstos administran. De aquí la razón para que se sancione en su forma simple como ofensa el deber de fidelidad y probidad del empleado, y en su forma agravada por el perjuicio patrimonial derivado de esa deslealtad y falta de honradez .

No es, por consiguiente, el peculado un hecho punible contra el patrimonio económico, sino contra la administración pública primordialmente, lo cual no obsta para que se agrave cuando el perjuicio material es notorio (cuantía superior a quince mil pesos).

3.4. JURISPRUDENCIA

El funcionario público que está encargado de la guardia o custodia de valores u objetos, comete delito de peculado en el caso de que haga uso indebido de tales objetos o valores, aunque estos no sean de la Hacienda Pública (Nación, departamento o municipio), sino que pertenezcan a particulares. Basta el solo hecho de que tales elementos estén en su poder por razón de sus funciones, para que su apropiación o uso indebido por el mismo funcionario, constituya delito de peculado y no una simple infracción contra la propiedad particular (abuso de confianza).

La Procuraduría en concepto de 24 de junio de 1937, había dicho que el hecho criminoso surge en este caso no por el ataque a la propiedad, sino principalmente por la traición que se hace a la confianza pública, depositada en el designado para la custodia de esa propiedad .

La descripción típica del delito de peculado por apropiación no sufrió ninguna modificación sustancial al entrar en vigencia el nuevo Código Penal . En primer lugar este delito exige para su estructuración un sujeto activo calificado, más exactamente consagra en el agente una cualificación jurídica de derecho público; así lo requeriría el art. 3 del decreto 1858 de 1951, que señalaba que tal delito debía ser realizado por "funcionario o empleado público, o empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado".²⁰

²⁰ ARENAS, Antonio Vicente. Ob. Cit. p. 39

Y así lo demanda la legislación actualmente en vigencia que reclama que la conducta sea realizada por "empleado oficial" expresión esta cuya connotación aparece definida, para los efectos penales, en el art. 63 del decreto 100 de 1.980. (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 24 de marzo de 1.983).

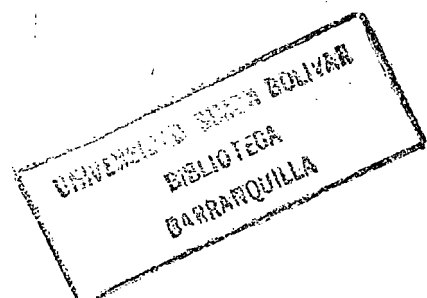
4. PECULADO POR USO INDEBIDO

Artículo 134.- El empleado oficial que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de uno a cuatro años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres años. La misma pena se aplicará al empleado oficial que indebidamente utilice trabajo o servicios oficiales, o permita que otro lo haga²¹.

Como ha quedado anotado, es el Nuevo Código Penal en el que se viene a dar independencia a esta figura, que habría recibido tratamiento en conjunto con el delito de peculado por apropiación.

La génesis histórica consignada para el delito de peculado por apropiación sirve para esta figura, al menos hasta el anteproyecto de 1974, en el que se piensa, por primera vez en la Legislación colombiana, en separar las dos figuras.

²¹ BERNAL PINZON, Jesús. Delitos contra la Administración Pública, Ed. Temis, Bogotá, 1985. pp. 27 y ss. Tomado de Cancino. Ob. cit. p. 11.



No todos los tratadistas han estado de acuerdo con la punibilidad de esta conducta. Maggiore, por ejemplo, sostiene que el uso de "especie o de cantidad, cuando es precario, y por consiguiente se excluye el ánimo de apropiación, puede constituir un ilícito civil y eventualmente una infracción disciplinaria"²² pero que no merece el tratamiento de delito.

El profesor Bernal Pinzón también considera que "el legislador colombiano no fué en extremo drástico en la tipificación del peculado"²³. Al contrario de lo que preveen las legislaciones europeas, y especialmente la italiana que inspiró la nuestra, la ley colombiana sanciona como delito el llamado peculado de uso. En esta forma de peculado el sujeto, se limita a usar arbitrariamente de los bienes públicos que tiene bajo su cuidado (o de los particulares), no con el ánimo de quedarse definitivamente con ellos, sino por el contrario, de restituirlos. Esto es lo que distingue en mi sentir las dos formas de peculado. En el simple uso de existir en el ánimo del agente el propósito de restituir la cosa que arbitrariamente está usando.

Claro que la razón que inspiró el Legislador fué sin duda alguna muy noble, dice el doctor Bernal,²⁴ pero lo que sucede es que si esa norma de aplicación la considero que serían muy pocos los funcionarios públicos que no hubie

²²Ibid., p. 28

²³Ibid., p. 29

²⁴Ibid., p. 30

ran sufrido los efectos de la sanción prevista en el decreto 1858 .

Es de público conocimiento que funcionarios públicos observen a diario conductas que encajan matemáticamente en la prevención legal. Todos los funcionarios públicos que en Colombia tienen automóvil, por ejemplo, deberían estar en la cárcel, no solamente por uso arbitrario de los vehículos, sino por la apropiación que hacen del combustible oficial que es necesario para su funcionamiento .

El peculado de uso como forma delictuosa es letra muerta en Colombia, y apenas de ven en 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 (multas, suspensiones, etc.).

Considero que bien obró el legislador al mantener en el nuevo Código la figura que se estudia, pues en realidad esos usos u abusos de los funcionarios públicos, individualmente considerados, pueden aparecer insignificantes para el bienestar económico del país, pero analizados en su conjunto y con sus caracteres de generalidad y perspectiva de que nos habla el doctor Bernal constiuyen una permanente sangría de los bienes del Estado .

La acción típica de esta especie de peculado estriba en que el empleado oficial use indebidamente o permita que otro use los bienes cuya administración o custodia se le haya confiado .

ran sufrido los efectos de la sanción prevista en el decreto 1858 .

Es de público conocimiento que funcionarios públicos observen a diario conductas que encajan matemáticamente en la prevención legal. Todos los funcionarios públicos que en Colombia tienen automóvil, por ejemplo, deberían estar en la cárcel, no solamente por uso arbitrario de los vehículos, sino por la apropiación que hacen del combustible oficial que es necesario para su funcionamiento .

El peculado de uso como forma delictuosa es letra muerta en Colombia, y apenas se ven en 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 (multas, suspensiones, etc.).

Considero que bien obró el legislador al mantener en el nuevo Código la figura que se estudia, pues en realidad esos usos u abusos de los funcionarios públicos, individualmente considerados, pueden aparecer insignificantes para el bienestar económico del país, pero analizados en su conjunto y con sus caracteres de generalidad y perspectiva de que nos habla el doctor Bernal constiuyen una permanente sangría de los bienes del Estado .

La acción típica de esta especie de peculado estriba en que el empleado oficial use indebidamente o permita que otro use los bienes cuya administración o custodia se le haya confiado .

Consiste el uso indebido en dar a los bienes que el empleado custodia o administra una aplicación ilícita, en provecho propio de terceros (no con fines oficiales), pero con ánimo de restituirlos o devolverlos .

El Código Penal de 1936, engloba en una sola disposición el Peculado por apropiación y el peculado por uso indebido. El decreto 100 los contempla en artículos diferentes. En la expropiación de motivos se justifica así la separación²⁵:

Se han separado, por razones de lógica jurídica y de equidad, en normas diversas las especies de peculado por apropiación y de peculado por uso indebido, y se ha dado a cada una de ellas normas de utilización indebida de trabajo o servicios de la administración, en beneficio particular propio o ajeno, reprochable modalidad que se ha incrementado entre nosotros .

4.1. DISTINCTION ENTRE USO Y APROPRIATION

El profesor Luis Carlos Pérez sostiene que el "uso indebido es el uso privado, no utilizado por la ley ni reglamento, no oficial y representa, de la manera más amplia a la apropiación en provecho del empleado o de un tercero"²⁶. Pacheco Osorio, sostiene que la expresión "que en cualquier forma haga uso indebido (el término en cualquier forma lo utilizaba la anterior legislación, pero no aparece en la vigente) está indicando que debe hacer una apropiación o una sustracción, y que es necesario distinguir ,

²⁵ APENAS, Antonio Vicente. Ob. cit. p. 45 .

²⁶ PEREZ, Luis Carlos. Manual del Derecho Penal. 2a. ed. Temis, 1981. p. 148 .

para efectos de saber cuando se configura el delito, la diferencia entre bienes fungibles y no fungibles"²⁷

Si cualquiera de ellos sustrae la cosa, es decir, la saca de la esfera de custodia donde la colocó la Administración, aunque sea sin ánimo de apropiársela, incurre en Peculado. Tratándose de dineros o de otros objetos fungibles, no importa que haya tenido la intención de restituirlos. La sustracción consume el delito. Pero no basta sacar los objetos de la esfera de custodia para que haya sustracción. Porque la custodia se verifica por el Estado a través de los funcionarios y estos pueden trasladarlos de los un lugar a otro sin perder la custodia (colocar el automóvil en el garage particular), sin ánimo de apropiación, no implica sustracción, pues, la administración sigue ejerciendo su custodia .

Sólo que cuando las cosas deben estar en un lugar determinado, como en un museo o en una biblioteca, hay sustracción si se les lleva para adornar la casa o enriquecer la biblioteca. Aunque no haya voluntad de apropiación.

No basta la sustracción, sino que se necesita la apropiación, consistente en usar el dinero y objetos como si fueran propios, con ánimo de dueño, y no de restituirlos a su tiempo .

²⁷ PACHECO OSORIO, Pedro. Tratado de Derecho Penal. 3a. ed. Tomo II, 1980, p. 148 .

El momento consumativo del quebranto existe, por consiguiente, sólo cuando el cajero llamado a dar cuenta de la cantidad debida, queda en mora y no hace la debida entrega. Es solo en este momento en que se consuma el delito por su parte, dice Carrara.²⁸

En síntesis puede decirse que cuando los bienes deben ingresar a determinada esfera de custodia, en cierta fecha o tiempo hay uso indebido si se los aplica a usos privados, si no se les deposita o se les saca de allí. Pero cuando la esfera de custodia se realiza a través del funcionario, no hay peculado con el uso privado si se restituye oportunamente.

El tratadista Gustavo Humberto Rodriguez expone: "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, contenida en el art. 412 de C.P."²⁹ (se refiere al anterior Código Penal).

El uso indebido es la misma distracción que es una forma de la apropiación. En cuanto se usa indebidamente una cosa disponiendo sobre ella como si fuera (señor o dueño); pero diferente de la apropiación propiamente dicha en cuanto que no existe, como en esta, el propósito de apoderamiento de la cosa (el subrayado es nuestro), ya que tiene el de devolverla o reintegrarla .

²⁸ CANCINO, Antonio. Ob. cit. p. 118

²⁹ RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Citado por CANCINO. Ob. Cit. p. 119 .

De todas formas entiendo la figura así:

- a) La conducta consiste en la utilización del bien que por razón de sus funciones administra, sea del Estado o de los particulares, sin derecho alguno que lo autorice a ello .
- b) Es cierto que quien use indebidamente también realiza una conducta de señor y dueño, pero esta se diferencia de aquella, esto es de la apropiación, en que existe el ánimo, la intención, el propósito claro de devolver o reintegrar el objeto o bien indebidamente utilizado . En este punto existe prácticamente unanimidad de conceptos jurisprudenciales y doctrinales. Obviamente, tanto en el terreno de la praxis como en el de la teoría, existe una abismal diferencia entre la conducta de quien toma un bien con el ánimo de apropiársela y la que realiza quien utiliza el bien, pero con el propósito de reintegrarlo, regresarlo, devolverlo, cesar en el mal uso después del mismo, y en consecuencia desde hacia mucho tiempo se pronunciaban los penalistas por separación de comportamientos en el Código Penal .
- c) Es necesario que el uso sea indebido. Si el uso es correcto o lícito no existirá posibilidad de adecuación típica y es necesario además, que sea con fines privados del sujeto activo o del tercero, ya que si la utilización es oficial, se tendrá que ubicar dentro de la figura del peculado por aplicación oficial diferente . Así por ejemplo, el art. 148 del Código Penal. trata el delito de "enriquecimiento ilícito" en los siguientes términos: El empleado oficial que por razón de su cargo o

de sus funciones ,obte gna incremento patrimonial no justificado, etc.

Naturalmente el ejercicio de un cargo, puesto que implica un trabajo debe ser remunerado y debe traer consigo, o puede implicar incremento patrimonial, de tal suerte que para que no existan ambigüedades, para que la norma aparentemente no carezca de sentido, a pesar de que el legislador ha definido el delito como conducta típica, antijurídica y culpable, es necesario hacer énfasis en que el comportamiento debe ser no justificado .

En el delito de peculado por uso ocurre algo similar: Por regla general, los bienes que tiene el empleado oficial, dentro de sus funciones administrativas, deben ser usados o utilizados o empleados en algo o para algo, especialmente si son públicos (ya que con los privados solo ocurre excepcionalmente). De tal suerte que si la norma no empleara el término "indebidamente" quedaría aparentemente sancionada una conducta de por sí ilícita: El funcionario que use los bienes que administra. Aquí también para evitar ambigüedades, para facilitar la interpretación y comprensión de la disposición, el legislador empleó el término indebidamente, el que, aunque pertenece al campo de la antijuricidad .

- d) Si la diferencia básica entre esta forma delictuosa de peculado y la de apropiación radica en que el uso existe el propósito de regresar o reintegrar el bien, es decir, de imprimirle una razonable temporalidad al comportamiento ilícito, la distinción para efectos prácticos entre bienes fungibles y bienes no fungibles, no tiene tanta importancia

como la tenía cuando las dos conductas hacían parte de un solo tipo en forma alternativa. O mejor, los patrones de derecho civil no tienen plena eficacia. Se dice que los bienes fungibles no pueden ser objeto del uso indebido, porque su uso implica la imposibilidad de devolverlos, ya que se consumen o agotan. El art. 663 del C.Ci vil dice al respecto:³⁰

Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. Así las primera pertenecen a aquellas de que no pueden hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, con cosas fungibles".

Pues bien: a pesar de que el dinero se considere como bien fungible en materia civil, las consecuencias en el campo del uso para los efectos del delito de peculado no se dan, pues el caso típico o más representativo de peculado por uso indebido, se presenta precisamente con el préstamo indebido de dinero del Estado. Lo importante es que establezca que existió el propósito claro de devolverlos. Como el bien jurídico protegido lo es la administración pública, no es esencial para la estructuración del ilícito que efectivamente se obtenga un provecho de parte del sujeto activo.

- f) El uso, dada la amplitud de objeto material que introdujo el legislador en el nuevo Código, puede realizarse sobre bienes muebles o sobre inmuebles. Ejemplo, de este último caso sería el del empleado oficial

³⁰ CANCINO, Antonio. Ob. Cit. p. 122 .

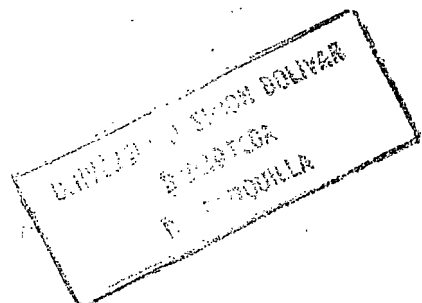
que traslada los elementos de su casa de habitación para la oficina y la utiliza para vivir allí con su familia, en forma abusiva e indebida .

- g) El delito se tipifica también cuando el sujeto activo no usa directamente, sino que permite que otra persona use indebidamente los bienes del Estado. Por ejemplo , un particular con la anuencia del empleado oficial, encargado de su administración, toma un vehículo automotor oficial para su servicio particular por algunos días u horas. Otro ejemplo sería, el del empleado oficial que permite que particulares residen ilegalmente en inmuebles destinados a actividades oficiales .

Si el empleado oficial utiliza el teléfono de su oficina pública para realizar llamadas a larga distancia, que ocasione gastos muy elevados al Estado, está utilizando indebidamente los servicios para que la conducta la realice un tercero .

A propósito de ello, el tratadista Carrara³¹ en su libro sobre Peculado, dice que algunos empleos fugaces, intrascendentes, como la utilización de una "ordenanza" es decir, los peccata minuta, no constituyen delito, como que no alcanzan a quebrantar el bien jurídico protegido .

31 CARRARA, Peculado. pp. 187 y ss .



5. PEQUILADO POR ERROR AJENO

"Artículo 135.- El empleado oficial que se apropie o retenga, en provecho suyo o de un tercero, de bienes que por error ajeno hubiera recibido, incurrirá en prisión de uno a tres años, multa de un mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres años . Cuando no hubiere apropiación ni retención, sino uso indebido, la pena se reducirá en la mitad"³²

Esta conducta la perpetúa el empleado oficial en relación con los bienes que también ha recibido por error ajeno, cuando guarda para si, cuando conserva indebidamente en forma total o parcial el objeto material, pero en provecho personal o de un tercero.

El provecho no necesariamente debe ser económico, ya que puede tratarse de una conducta de "retención" para aparecer como efectivo recaudador y lograr un ascenso, o para encubrir con la suma debida o retenida, por un tiempo, otro faltante .

³² BERNAL PINZON, Jesús. Delitos contra la Administración Pública. Ob. cit. pp. 36 .

El sujeto activo puede enterarse del "error del tercero" en el mismo momento en que recibe lo no debido, o posteriormente por ejemplo, en el momento de aclarar la contabilidad para cerrar operaciones, sin que ello incluya definitivamente en el proceso de adecuación típica. Por la misma razón no es necesario que el sujeto activo en el momento en que se apropie o retenga, deba haber identificado entre varios, a la persona que específicamente incurrió en el error.

Me pregunto ahora, si el tercero que incurra en el error necesariamente debe ser un particular que deba entregar sumas al Estado por cualquier concepto, o si puede presentarse la figura dentro de la misma administración pública, entre dos o más empleados oficiales. Por ejemplo, un recaudador recibe una suma determinada, que debe entregarla a su superior, pero por error le entrega una cantidad mayor y ese superior se apropia del remanente.

Dada la estructura de la norma creo que en el ejemplo precisado y en general, dentro de la situación planteada, no es posible sostener que en esos casos no se estructura el tipo. Pensamos que si por lo que se exige es la apropiación o retención por parte del empleado oficial de bienes que recibió "por error de tercero", sin que se exija por parte alguna cualificación o calidad específica a ese tercero, ni que se realice expresa exclusión de los integrantes de la misma administración pública en sus mutuas y necesarias relaciones funcionales.

Tiene una gran importancia el término recibir, porque permite diferenciar

la conducta de las otras que se presentan en el momento de "entregar". Si el funcionario público u oficial por "error del tercero" le entrega, por ejemplo una cantidad de dinero inferior a la que debe legalmente entregarle y se apodera de la suma dejada de entregar o hace uso indebido de ella, el delito ya sería el de Peculado por apropiación o por uso indebido, según el caso. Como lo dice pues, el doctor Bernal, a quien ya cité el error "debe versar sobre la entrega y no sobre el recib³³o" de parte del perjudicado de cantidad menor de la debida .

Puede además, suceder que la suma debida o la cantidad superior se pague al funcionario que no es el encargado del cobro. Por ejemplo se cancelan impuestos prediales en oficinas donde únicamente se reciben y deben recibirse valores por impuestos sobre vehículos automotores. Quiere decir lo anterior que el funcionario que recibió los caudales no actuaba en razón de sus funciones, y en consecuencia nace la inquietud: Es necesario que en este caso de peculado por error ajeno, también el empleado oficial administre los bienes públicos o privados por razón de sus funciones .

El C.P. de 1936 llamaba concusión la conducta del funcionario público que "aprovechándose de un error ajeno, recibe o retenga indebidamente para



sí o para otro, dinero, efectos, u obtenga alguna utilidad"³⁴ El decreto 100 de 1980 califica este hecho punible como peculado .

El aprovechamiento indebido del error ajeno se denomina concusión en el Código de Zanardelli (1890). El Código de Rocco (1930) lo califica como peculado. Es más técnico el segundo sistema porque aquí el funcionario no desarrolla actividad ninguna para hacerse entregar el dinero o los efectos de que se aprovecha. Su actitud es completamente pasiva .

Si el empleado oficial provoca una creencia falsa en el que paga, para poder luego aprovecharse del error así engendrado, incurre en concusión. Para que sea aplicable la norma sobre peculado por error ajeno es indispensable que este provenga exclusivamente del que paga, sin que en él se haya participado el que recibe. El error puede recaer sobre la cantidad que debe pagarse o sobre la obligación misma, cuando nada se debe. El error ajeno debe consistir en dar o entregar lo que no se debe en cantidad mayor a la debida .

La conducta del funcionario en recibir, con conocimiento del error con que se procede la persona que da y entrega y con el consiguiente aprovechamiento ilícito .

Si la persona equivocada no da o entrega, sino que recibe menos de la canti

³⁴ GONZALEZ FERFER y MUÑOZ POPE. El Peculado por error. Rev. Lex. Organo del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. 2a época, Año II, No. 7. pp. 63 y ss .

dad a que tiene derecho y el empleado que paga se apropia la diferencia, el hecho punible no debe calificarse como peculado por error ajeno . (art. 135) sino como peculado por apropiación (art. 133). Sujeto activo es el empleado oficial (art.63). Si quien se aprovecha del error ajeno no es un empleado oficial sino un particular, no habrá peculado, sino defraudación (art. 361) que no es delito contra La Administración Pública, sino contra el patrimonio económico .

El sujeto activo debe recibir, para provecho suyo o de un tercero, exigencia legal en el cual va implícita la idea de apropiación o de simple retención con ánimo de aprovechamiento ilícito .

El delito se consuma cuando el empleado oficial se apropia o retiene indebidamente aprovechándose del error ajeno. Sino alcanza este resultado pero ejecuta actos tendientes a lograrlo, habrá tentativa. Se trata,pués, de un hecho púnible material o de lesión .

Si no hay apropiación ni retención, sino sólo uso indebido se atenúa la pena .

En síntesis, el error debe consistir en dar o entregar lo que no se debe (total o parcialmente); este error deber haber sido completamente ajeno a la actividad del empleado; debe haber sido la causa de la entrega y haber servido para que este se aproveche personalmente o en favor de un tercero .

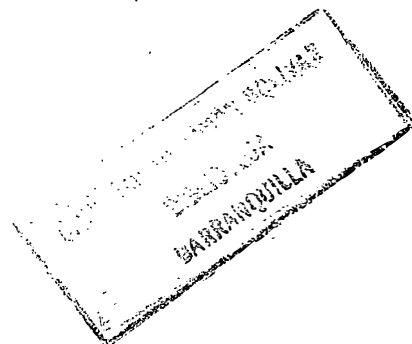
6. PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE

Artículo 136.- Peculado por aplicación oficial diferente. El empleado oficial que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que es tán destinados, o comprometa, . sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en ésta, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres años .³⁵

Esta farragosa disposición ha venido a sustituir, con desmedro, la del art. 150 del C.P. de 1936 .

En primer lugar, porque han quedado excluidos los bienes de particulares, cuya custodia o administración se confía a empleados oficiales. Asi, el Juez recibe numerario o papeles de crédito como caución prendaria otorgada por el sindicato, o dinero de quien desea participar en un remate o por cualquier otro concepto y dá a dichos efectos una indebida aplicación ofi-

³⁵ ARENAS, Antonio Vicente. Ob. Cit. p. 46 .



cial, incurriera' en peculado, conforme a la legislación anterior. Bajo el imperio de nuevo Código no comete delito, porque el decreto 100 de 1980 se refiere solamente "a bienes del Estado de empresas o instituciones en que éste tenga parte"³⁶.

En segundo lugar, en el Código de 1.936 se configura el delito aunque la aplicación oficial diferente resultara provechosa para la Administración Pública. Si era perjudicial debía tenerse en cuenta esta circunstancia como de agravación punitiva. El decreto 100 de 1980 tipifica el hecho punible solamente en su forma simple. No comparto la eliminación de la circunstancia específica de agravación consistente en el daño o perjuicio que con aplicación diferente pueda sufrir la administración. En esta infracción se sanciona la inversión caprichosa y desordenada, aunque a la postre resulte benéfica. Pero si el daño material no se requiere para tipificar el delito en su forma simple, si debe tenerse en cuenta para agravarlo .

En tercer lugar el código anterior no estaba en innecesarias explicaciones sobre el alcance del elemento normativo. El actual invade terrenos propios de la jurisprudencia, pues comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, invertirlas o utilizarlas en forma no prevista en ese, y otros comportamientos análogos, es precisamente lo que constituye aplicación oficial diferente.. Tales enumeraciones casuitas son innecesarias, además de inconvenientes, porque dejan por fuera casos que están implícitos

³⁶ Ibid., p. 47 .

en la ley y que los jueces deben poner de relieve en sus fallos .

Es delito propio porque solo puede cometerlo el empleado oficial. Pero no basta esa calidad. Es necesario que por razón de sus funciones esté encargado de administrar o custodiar los bienes que aplica indebidamente.

Esa aplicación diferente debe ser oficial, porque si es para fines privados del empleado o de terceros, no se incurre en este delito sino en peculado por apropiación o por uso, según el caso.

El ánimo de lucro no juega ningún papel en esta figura, la cual se caracteriza por la gratuidad y muchas veces la buena intención y hasta la utilidad que un determinado cambio de destinación de una partida puede reportar a la administración pública. Lo cual quiere decir, que esa conducta no se sanciona por el daño material, por el perjuicio económico que de ella pueda derivarse, sino por el mal que entraña el desorden en la inversión de los fondos y el peligro que representa permitir a los empleados el manejo caprichoso de los bienes que administran .

La Corte Suprema de Justicia³⁷ ha dicho que :

las necesidades del servicio público deben satisfacerse con estricta observancia de la Constitución y de las leyes. De ninguna manera es admisible invocar tales necesidades como pretexto para cometer hechos punibles. El

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Providencia de Julio 17 de 1.958. Proceso contra García Sanchez .

fin no justifica los medios. El concepto de ser vicio público no limita, menoscaba, ni disminuye el Código de las penas; entre otras cosas porque la recta administración de justicia penal es el primero y el más importante de todos los servicios públicos .

Podré decir enfáticamente que no estoy de acuerdo con quienes sostienen que nos hallamos frente a un hecho de poca importancia, que no merece sino el simple tratamiento de infracción administrativa. El legislador básicamente, al tipificar esta conducta ha querido sancionar el desorden presupuestal. La Constitución Nacional, en su art. 207 establece: "que no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales o las municipalidades, ni transfiere ningún crédito a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto"³⁸

Ae consagra pues en la Carta Magna el principio de la Administración Pública presupuestal reglamentada. El Código Penal, al tipificar y sancionar la distracción de fondos públicos, su incorrecta aunque oficial inversión, toma dichas conductas como graves burlas a las leyes del presupuesto y un ataque a la organización y funcionamiento de los diversos órganos de la Administración Pública .

³⁸ CASCINO, Antonio. Ob. cit. p. 151 .

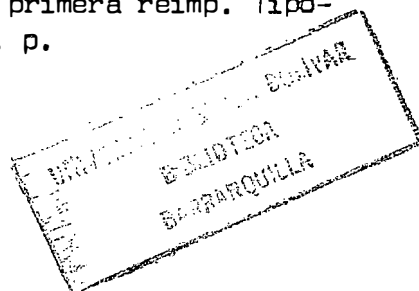
6.1. DAR APLICACION OFICIAL DIFERENTE

El Juez en el momento de verificar el proceso de adecuación típica, tiene que establecer si la aplicación fué diferente a la expresamente prevista y si fué oficial y no privada, pues si acontece esto último, el delito será el de peculado por apropiación o por uso, según la modalidad que se presente .

La mayor dificultad interpretativa que presenta la expresión dar aplicación oficial diferente, radica en establecer si el delito se perfecciona en el momento en que se termina el procedimiento de imputación fiscal de un renglón presupuestal al otro, es decir, si bastó el procedimiento jurídico por medio del cual se logra que en el presupuesto se pierda la disponibilidad de una partida o de un bien para un determinado renglón, en favor de otro, o si es indispensable que efectivamente se produzca el gasto .

Para el profesor argentino Soler,³⁹ es necesario que se produzca el gasto. La conducta misma consiste en una aplicación de los fondos administrativos a un fin público. Esta aplicación consistirá, precisamente, en un acto de administración por el cual los fondos se invierten efectivamente (no basta con ordenar la inversión) en algún objeto público .

³⁹ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. T. V. primera reimp. Tipo-gráfica Editora argentina. Buenos Aires, 1951. p.



Para Luis Carlos Pérez, "El delito se consuma cuando se ha ordenado la aplicación oficial diferente, aunque no se haya cumplido, es decir, aun que no haya habido perjuicio" .

Según la opinión de doctor Rey⁴¹, que con esta clase de peculado contiene una simple falta administrativa y en consecuencia no debería recibir el calificativo de delito, se han expuesto en reiteradas ocasiones.

El doctor Gustavo Humberto Rodríguez sostiene por ejemplo que " en Colombia se sanciona punitivamente peculados que representan desórdenes presupuestales cuya presencia la es imputable en medida principal a la propia desorganización administrativa y al desorden financiero, por ausencia o ineficacia del control, sin que con esta observación pretendemos demostrar el valor correccional y aun educativo de toda tipificación delictuosa "⁴²

Groizard y Gonzpalez Roura, citados por Pacheco Osorio, sostienen que :

No es bastante por si sola la infracción de los reglamentos administrativos respecto de la aplicación de los caudales públicos, para poder equitativamente castigar con una pena al que sin intención de lucro ni ánimo si quiera de perjudicar al Estado de los fondos que tiene bajo su mano aplicación pública diferente de aquella para la cual estaban consignados y que en indebida aplicación que un funcionario público da a los caudales que administra, invirtiéndolos en objetos de común utilidad no hay dolo, y que es por eso que "magistrados honora-

⁴⁰ PÉREZ, Luis Carlos. Manual de Derecho Penal. Bogotá. Temis, 1962. p.249

⁴¹ Ibid., p. 249

⁴² Ibid., p. 250.

bles, presidentes, gobernadores y ministros han dado a los caudales un destino diferente del señalado por la ley, y ni ellos se han tenido por malversadores ni el público los ha considerado como tales .

Esas razones que Pacheco no comparte, son suficientes a mi juicio, para calificar el hecho que he venido analizando, como una falta sancionable, y no como un delito. No sabemos de ningún funcionario a quien se haya llamado a juicio y menos a un condenado por el delito de aplicación oficial diferente, ni creo que una condenación semejante se produzca jamás. En cambio la sanción disciplinaria es más rápida y más justa que una pena realmente benigna pero que nunca se impone .

Otros autores, por el contrario se manifiestan, así sea implícitamente, de acuerdo con la tipificación de esta figura delictiva. El profesor Luis Carlos Pérez, por ejemplo, sostiene que "varía la destinación de los fondos, cuando el Congreso, las asambleas, los concejos municipales y las juntas directivas de los organismos públicos descentralizados han hecho provisiones distintas, con arreglo a sus contribuciones, implica un serio trastorno por indebida ingerencia de una rama del poder en la otra. Perjudicándose entonces los planes que se suponen elaborados por cuerpos representativos de la soberanía popular en materia de gastos, y se acredita una rebeldía contra la legalidad y la consiguiente usurpación de funciones"⁴³

43

PEREZ, Luis Carlos. Manual del derecho Penal. Temis, Bogotá, 1962. pp. 249 y ss .

Pacheco Osorio⁴⁴ advierte que lo que se protege con la incriminación es la administración pública, que no puede dejarse sujeta al capricho de sus servicios, sin correr el riesgo de que se precipiten en el caos. Lo que sucede que lo que se castiga es la violación de la norma que da a los caudales o efectos públicos un destino determinado. Todo parece indicar, pues, que con éstas consideraciones el tratadista colombiano considera que no es necesario el efectivo gasto o inversión, sino que basta el traspaso presupuestal, ya que como él mismo lo dice, lo que se castiga es la violación de la norma que imprime un determinado destino a los bienes.

Para Rendón Gaviria⁴⁵, esta forma de peculado constituye la llamada malversación, que materialmente se intriga por invertir el funcionario público los caudales o efectos oficiales contrariando o modificando su destinación, pero siempre para fines de la administración pública. La utilización del término invertir nos lleva también a pensar que considera que es necesario el gasto efectivo.

Jaime Arroyave,⁴⁶ hace suyas las palabras del Escallón, en la comisión que elaboró el proyecto de Código 1936, quien afirmó que era necesario "reprimir el abuso muy extendido de los funcionarios encargados de los manejos de los caudales u otros objetos, de trasladar la partida de los presupuestos burlando las leyes de destinación y cometiendo verdaderas arbitrarie

⁴⁴ PACHECO OSORIO, Pedro. Ob. Cit. p.

⁴⁵ RENDON GAVIRIA, Gustavo. Derecho Penal Colombiano. Vol I, Bogotá. Ed. Penitenciaria Central de la Picota, 1964, pp. 52 .

⁴⁶ ARROYAVE, Jaime. El Peculado, Unica edición, Pereira, Mundial, 1951, p. 168

dades que desorganizan los servicios públicos.

Me atrevo a pensar que el solo acto jurídico-administrativo arbitrario de ordenar y perfeccionar contablemente el traslado no es suficiente para que el delito se realice plenamente. Para sostener lo anterior, presento las siguientes consideraciones:

En primer lugar, resulta muy importante aclarar que existe una diferencia formal y sustancial obvia entre los términos "destinar" y "aplicar". Destinar significa ordenar, señalar o determinar una cosa para algún fin o efecto; aplicar, significa aplicar una cosa para mejor conseguir un determinado fin. Adjudicar bienes o efectos .

Indica lo anterior que la destinación oficial de bienes en forma diferente a la prevista se estructura plenamente como conducta humana cuando el empleado oficial realiza el acto formal, jurídicamente contable por razón del cual un determinado bien deja de pertenecer a un renglón presupuestal para pasar a otro, sin que sea necesario gasto o inversión efectiva .

En el mismo orden de las ideas, la aplicación oficial diferente se perfecciona cuando el funcionario o empleado oficial, además de lo anterior, emplea efectivamente el bien en forma diferente y realiza el gasto o inversión.

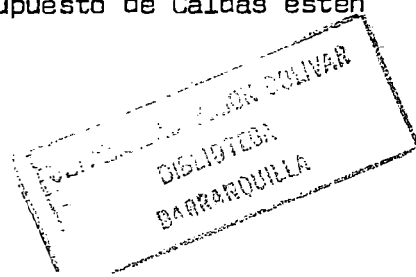
Como nuestro Código Penal no utiliza el término destinar, sino el de aplicar, forzosamente debemos concluir que el legislador colombiano pretendió

que la conducta se castigara como delito perfecto, cuando se realizara el comportamiento de ordenación y gasto o uso efectivo del bien público o particular administrado por empleado oficial .

Asi por ejemplo, el empleado oficial competente que administra un edificio que tiene como destino legal el servir de Escuela Pública puede destinarlo de repente a fin . diferente, sin que para ello sea necesario algo distinto a su arbitraria orden, es decir, no tiene que acudir a operaciones contables .

Lo que si es necesario dejar en claro es que se trata de un delito contra la administración pública y más exactamente contra la organización presupuestal, no es esencial que se produzca un daño en el ámbito patrimonial del Estado o de los particulares. Esta conducta antijurídica se sanciona por el mal que entraña el desorden en la inversión de los fondos y el peligro que representa el permitir a los empleados el manejo caprichoso de los bienes que administra .

En ocasiones se ha sostenido que esta modalidad de peculado no se estructura cuando la aplicación oficial se revisa de manera transitoria. Ejemplo de esta posición lo encontramos en la determinación tomada por la Corte Suprema de Justicia en auto de octubre de 1.960. Ciertamente la citada cantidad de cuatrocientos mil pesos del departamento de Caldas prestó a su empresa licorera fué reembolsada al tesoro departamental días después. En consecuencia, no se trató de destinar o aplicar esa suma a un gasto o pago oficial diferente a los que en el presupuesto de Caldas estén



señalados para las partidas penas de un préstamo a un corto plazo .

En concreto la Corte expresó: que la aplicación oficial diferente de los fondos de que trata el C.P. no se refiere a los préstamos y que esa misma conducta es incompatible con los eventos en los cuales es posible pagar éstos préstamos .

6.2. COMPROMETER SUMAS SUPERIORES A LAS FIJADAS EN EL PRESUPUESTO

Puede ocurrir, y en efecto ocurre, que la entidad oficial, también de manera arbitraria realice contratos u operaciones en lo que realmente no se producirá algún cambio de destino de los bienes del Estado, sino que se comprometerán sumas o cantidades que sobrepasan la correspondiente asignación presupuestal. Veamos un ejemplo: El Ministerio de Obras Públicas para la construcción de una importante carretera ha hecho la reserva presupuestal de cincuenta millones de pesos y esa es la suma que mediante los trámites administrativos pertinentes se asigna para la realización de la obra. Pero el funcionario con la correspondiente capacidad de contratación realiza un contrato con una constructora por la suma de cien millones de pesos, comprometiendo así una suma superior a la fijada presupuestalmente .

Hasta donde llegan mis investigaciones los miembros de la comisión redactora deseaban que quedara contemplado el caso en que realmente no había un cambio de destino, sino que, aún dentro del mismo renglón presupuestalse aplicara o gastara más de los que estaba presupuestado .

6.3. INVERTIR O UTILIZAR EN FORMA NO PREVISTA EN EL PRESUPUESTO

El art. 207 de la Carta Magna ordena que "no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales o las municipalidades, ni transferirse ningún crédito a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto" ⁴⁷

Esta última modalidad, así como en las anteriores de que trata el art. 136 del C.P. pretende sancionar penalmente a quienes infrinjan ese principio de orden presupuestal .

Al realizar el estudio que aparece en la publicación oficial del proyecto de ley 012 de 1.978, el presidente de la Comisión advirtió que con la norma se buscaba sancionar a quienes invertían bienes públicos en obras de interés social, pues "invierte o utiliza los bienes de manera que no estaba ni siquiera prevista en el plan de desarrollo del presupuesto". En la aplicación oficial diferente y en el comportamiento de sumas superiores a la fijada, el gasto o la utilización se realiza para obras, fines, destino previsto en el plan presupuestal, aunque con claro quebrantamiento de las normas que disciplinan la inversión, bien por el desvío, bien por el exceso en el gasto. En este último caso el gasto se hace en relación con algo que ni siquiera fué previsto como objeto de atención por parte de la administración pública .

7. PECULADO CULPOSO

Artículo 137.- El empleado oficial que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes del particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis a dos años, multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis meses a dos años⁴⁷.

Con redacción poco satisfactoria sustituye esta disposición la del artículo 154 del Código Penal de 1.936 .

Algunas legislaciones no sanciona el peculado culposo, sino solamente, el doloso. El primero acarrea sanciones puramente disciplinarias. En Colombia se define la culpa en parte general, y en especial se enumeran taxativamente los delitos que son punibles en su modalidad culposa. Entre éstos se encuentran el Peculado .

⁴⁷ FERREIRA DELGADO. Francisco. J. Ob. cit. p. 47 .



Son elementos del peculado culposo:

- a) Que el empleado oficial incurra en culpa, es decir, en un error de conducta por imprudencia, negligencia, inoservancia de reglamentos o incumplimiento de deberes .
- b) Que efectivamente los bienes que el funcionario tenga bajo la administración o custodia se extravíen, pierdan o dañen total o parcialmente, y
- c) Que entre la culpa del funcionario y el extravío o la pérdida de los caudales o efectos exista relación de causalidad .

En relación con el primer elemento, la Corte ha considerado indispensable que haya una persona extraña al amigo funcionario impresor, que consuma dolosamente el hecho. En otras palabras debe existir culpa del funcionario, dolo del tercero y relación de causalidad entre el error de conducta del empleado y la infracción intencional del extraño .

Considero equivocada esta doctrina. Es verdad que autores españoles y argentinos la defienden y que los tribunales de esos países la patrocinan, pero ello se debe a que media diferencia sustancial entre la norma positiva de esos países y la nuestra. Según el art. 395 del Código Penal Español⁴⁸, incurre en peculado el funcionario público que por a-

⁴⁸ ARENAS, Antonio Vicente. Ob. Cit. p. 50

bandono o negligencia inexcusables diera ocasión a que por otra persona se efectúe la "sustracción de caudales o efectos públicos". Y el del artículo 262 del Código Penal Argentino, dispone que será reprimido "el funcionario público que por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diera ocasión a que se efectúare por otra persona la sustracción de caudales o efectos"⁴⁹

Dar lugar a la pérdida o extravío es establecer, por falta del debido control la oportunidad para que esta pérdida o extravío se produzca, bien permitiendo que terceras personas se apropien de lo que el negligente empleado abandonó o dejándolo a merced de acontecimientos externos en que no interviene ninguna conducta humana. Dice Luis Carlos Pérez⁵⁰, que extraviar quiere decir, poner algo donde no debe estar, hacer perder el camino que lleva una cosa, esconderla de modo que se ignore donde se encuentra. Y perder entre muchas significaciones concordantes con la que aquí damos, quiere decir dejar de tener lo que se poseía, debido a una conducta humana, o de cualquier otro factor, pues el idioma no establece ninguna diferencia al respecto. Tanto se pierden los efectos o valores que se destruyen por el agua, el fuego, el viento, o de cualquier otro elemento, como los que una persona se apropia en su provecho o en el de otro.

⁴⁹ Ibid., p. 51.

⁵⁰ PEREZ, Luis Carlos. Ob. Cit. p.

Posiblemente el problema más discutido que se presenta en relación con la comprensión de este ilícito. es que se relaciona con la intervención dolosa de terceras personas, que se apropian de los bienes en razón del descuido o negligencia del sujeto activo. Se dice, en efecto, que el extravío o pérdida de los bienes debe producirse, necesariamente, por la intervención de terceros y que aunque haya pérdida ella no es punible sin que dé la circunstancia anotada .

Veamos cuáles son los principales exponentes de esta teoría :

El tratadista cubano Juan Vega Vega,⁵¹ sostiene que:

se trata del delito de malversación de caudales públicos ejecutados por culpa, en los casos en que intervinenga la imprudencia, la negligencia o la impericia. El agente activo, el funcionario público, no se apropia ni sustrae directamente, sino que por su culpa otra persona sustrae caudales o efectos públicos de cuya custodia es tuviere el funcionario público encargado.

Y al respecto Tejera dice: "Y en el asunto que me ocupa, el agente activo del delito es tan pasivo, que por abandono o negligencia, por no ejecutar los actos que debe ejecutar según la razón, para así garantizar la existencia y la seguridad de lo que han encomendado, dá ocasión a que otro sustraiga los caudales puestos a su cargo; y esto es culpa, aunque no ejecute ningún acto"⁵²

⁵¹ VEGA VEGA, Juan. Los Delitos. p. 30.

⁵² TEJERA, Citado por CANCINO. Ob. Cit. p. 171 .



El doctor Jesús Bernal Pinzón⁵³, tímidamente porque el asunto no está muy claro, piensa que la razón está de parte de quienes consideran que la figura culposa del peculado, pese a que su descripción se hizo con algunas variaciones de los textos de donde fué tomada, exige necesariamente la participación de una tercera persona, y que, como nítidamente lo afirma Hungría, la razón para que se considere como figura autónoma de peculado, no es otra que la de no dejar sin sanción una forma de participación culposa de un delito doloso.

La ley dice: "diere lugar", lo que equivale a "dar ocasión", a crear las condiciones que hagan factibles el extravío o la pérdida de los caudales o efectos .

Dice el doctor Bernal que no es imposible, pero si difícil pensar que los caudales o efectos (bienes, en la nueva legislación) se pueden extravíar por sí solos. Lógicamente que el objeto material no se puede perder o extravíar por sí solo, es necesario que ello acontezca por un acto de negligencia, impericia, imprudencia del empleado oficial . Y el evento no es difícil que se presente. Pienso simplemente en el funcionario que tiene que transportar dineros y se embriaga hasta perder el conocimiento, motivo por el cual se pierden los efectos o caudales sin que exista intervención de terceros .

53

BERNAL PINZON, Jesús. Ob. Cit. p. 45

Puedo decir, pues, que nuestra Legislación no existe en parte alguna la intervención de terceros en forma dolosa para que se pueda estructurar el delito de peculado culposo, basta que los caudales o bienes se "extravíen", "pierdan", o "dañen", y que ese resultado sea la consecuencia de un comportamiento culposo de parte del empleado oficial.

Finalmente, en los trabajos realizados por las diversas comisiones redactoras, quedó en claro que no era necesaria la intervención dolosa de terceros y fué derrotada la proposición del doctor Giraldo Marín, quien pretendió introducir la aclaración. La Corte Suprema de Justicia, por otra parte, en la actualidad ha modificado en varios fallos su anterior posición .

Queda, pues, en claro, que el delito de peculado culposo, en otras legislaciones, como la argentina o la española exige como requisito sine qua non para la estructuración, la intervención dolosa de terceros; pero la Legislación colombiana no.

La Corte, en providencia de fecha junio 12 de 1980, sostiene que "el peculado culposo ocurre, no solamente cuando los caudales o efectos se pierden, sino también cuando se extravíen; luego si esto último, el delito se consuma, así las cosas extraviadas lleguen a ser tarde recuperadas"⁵⁴

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación Penal, Fallo 12 de junio de 1980. Magistrado Sustanciador. Dr. Dante Fiorillo Porras, Jurisprudencia Penal de la Corte. Ed Lex Limitada. p. 279 .

De acuerdo con su definición gramatical, dañar, significa, causar detrimento, perjuicio, menoscabo. Mal tratar o echar a perder una cosa.

Para la interpretación del delito que me ocupa, hay daño cuando el bien sufre destrucción, la inutilización, el deterioro o menoscabo, que le quite o disminuya su valor de cambio o de uso, siempre y cuando ese resultado sea el producto de actividad culposa del empleado oficial que se encuentre encargado de administrarla o custodiarla.

Si el piloto de un avión oficial, que sea empleado oficial y que por razón de sus funciones le corresponde su manejo, por negligencia, imprudencia o impericia permite que el aparato se estrelle y se pierda completamente, es significativo el daño para la Administración Pública y su funcionalidad se ha visto menoscabada.

El empleado oficial que por razón de sus funciones tiene a su disposición un vehículo oficial, y conduciendo en estado de embriaguez lo colisiona y le produce daños, pues, incurre igualmente en el delito de que se trata.

Un empleado oficial, por ejemplo, sin tener conocimientos de mecánica, trata de arreglar una máquina de escribir que tiene alguna interrupción en su mecanismo y, por su impericia, daña por ejemplo, el rodillo. En este caso como en los anteriores existe daño por culpa, pero creemos que el Juez en el momento de estudiar cada caso concreto deberá establecer si realmente se quebrantó el bien jurídico de la Administración Pública.

También me parece exagerado el haber sancionado el simple extravío, por que, ¿qué ocurrirá en el caso de que un funcionario que tiene un título valor por varios millones de pesos a favor de la Nación, por inexcusable descuido lo deja olvidado en un lugar determinado, y se extravía el bien, pero a las pocas horas, días aparece? El delito, dentro de una sana lógica, se estructuró o perfeccionó desde el momento en que se produjo el extravío y la posterior aparición parece que no puede obrar en grado tal que haga desaparecer el delito, pues, no se explicaría la diferencia de las conductas que empleó el legislador (perder - extravíar). Si ese documento o título-valor aparece antes de que entre la autoridad. Se podría iniciar la investigación?. Pues no hay razón para decir que no, con lo cual se demuestra que realmente existió un exceso de severidad de parte del Legislador, que ha debido dejar al conocimiento de las autoridades administrativas esa infracción .

8. PECULADO POR EXTENSION

Artículo 138.- También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas sobre :

- a) Bienes que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga mayor parte o recibidos a título de auxilio o parte de este .
- b) Bienes que recaude, administre o tenga bajo su custodia, pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia o juntas de Acción Comunal o de defensa civil.⁵⁵

Se dá a esta figura el nombre de peculado por extensión porque las penas previstas en los artículos 133 a 137 para el empleado oficial se aplican también al particular "que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas", sobre los siguientes bienes :

⁵⁵

APENAS, Antonio Vicente. Ob. Cit. p. 55 .

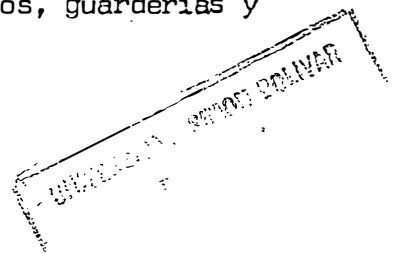
- a) Los pertenecientes a empresas o instituciones del Estado .
- b) Los recibidos a título de auxilio o aporte del Estado .
- c) Los pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia .
- d) Los pertenecientes a Juntas de Acción Comunal; y
- e) Los pertenecientes a la Defensa Civil .



La ley ha querido, con esta disposición, proteger de manera especial los bienes que ella taxativamente enumera .

Sujeto activo puede ser persona completamente extraña a la Administración Pública. De un hecho que bien podría formar parte de los delitos contra el patrimonio económico, el legislador ha tipificado uno de peculado impropio o por extensión, no por razón de deberes de fidelidad para con la Administración, que pueden no existir, sino por el interés de proteger especialmente los deberes de ciertas instituciones que, como las de educación o beneficencia, deben ser escrupulosamente respetados .

De la protección especial que estoy analizando gozan los fondos y de más bienes pertenecientes a las instituciones dedicadas a la educación, sin que ninguna se exceptúe. Entre las de beneficencia están incluídas solamente las que no se crean con ánimo de lucro, sino de verdadera beneficencia, entendida esta palabra en sentido de servir a los enfermos gratuitamente o con bajas erogaciones. A esta categoría de instituciones pertenecen los hospitales, asilos, guarderías y



establecimientos análogos creados con fines de asistencia social .

8.1. CLASES DE PECULADO POR EXTENSION

8.1.1. Peculado por extensión cometido por particular que administre o tenga bajo su custodia bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte

Sea lo primero advertir que esta referida hipótesis del art. 138 del Nuevo Código Penal carece de explicaciones en las actas de la Comisión asesora final y en los anteriores proyectos y anteproyectos no figuraba. Si con el cuidado del caso analizamos las discusiones que se realizan al rededor del artículo por los miembros de la comisión designada para asesorar al Presidente de la República investido de facultades extraordinarias para expedir el Código Penal, la referencia a los bienes pertenecientes a las empresas o instituciones en que el Estado obtenga la mayor parte aparece ya cuando se redacta el artículo, el que, según se dice, se redactó "en conjunto " y se aprobó por "unanimidad" .

Quando los bienes pertenecen a una institución o empresa en que el Estado tiene parte direccional y económica y el sujeto activo tiene la calidad de empleo oficial, sin que importe si la cantidad económica de aportes es mayor o menor que la de los otros socios, no hay necesidad de referirnos al fenómeno de la extensión, pues, según la conducta (apropiación, uso, etc.) el comportamiento encaja en los artículos que regulan el peculado propiamente tal .

Los bienes que administra o custodia deben pertenecer a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte, de tal suerte que en esto se diferencia de las restantes disposiciones en las que importa que el Estado tenga interés direccional y económico sin que tenga significación la cuantía .

Pero en verdad, en las sociedades de economía mixta, pueden efectivamente ejercer actividades de la administración o custodia particulares que se apropian, hacen uso indebido, etc., de los correspondientes bienes. Por ejemplo, un abogado que representa los intereses de una de tales instituciones, que tenga facultad para realizar ciertos actos de custodia y administración, que se apodere de los dineros, cometerá el delito de peculado por extensión, siempre y cuando la institución que representa tenga mayoritaria participación económica del Estado, pues, de lo contrario se tratará de un delito contra el patrimonio .

También conviene resaltar que en este tipo penal de peculado por extensión, no se exige que exista una relación funcional de la naturaleza que se exige en los restantes delitos en los que se emplea expresamente el término, y ello apenas obvio porque no se trata de empleado oficial sino de particular, lo que implica, a la vez, que podemos decir que no es necesario que el sujeto activo trabaje directa y permanentemente en la empresa o institución en que el Estado tiene mayor parte, sino que ejerza administración o custodia sobre sus bienes. Por ejemplo, el dueño de un depósito, persona particular, puede tener la custodia de mercancías de una sociedad de economía mixta con participación

mayoritaria del Estado, y si se apropia de los bienes o los deja perder o extraviar o dañar, por culpa, cometerá, según la conducta, el delito de peculado por extensión. La relación del particular, de acuerdo con lo anterior, con la empresa o institución, puede ser accidental o transitoria.⁵⁶

8.1.2. Peculado por extensión realizado por particulares sobre bienes recibidos a título de auxilio o aporte

Se trata de aquellos casos en los cuales el Estado hace entrega de auxilios o aportes a personas jurídicas o naturales, con fines determinados, pero los particulares se apropian de esos bienes, hace uso indebido o les asignan un destino que no es el legal .

El caso más corriente es el de los Auxilios Parlamentarios que se otorgan para fomentar ciertas actividades de interés social y que han sido manejados dentro de la más absoluta deshonestidad, hasta el punto de haber constituido fuente permanente de los más criticables actos de corrupción en los cuerpos legislativos del país. Los dineros o bienes son entregados a particulares con un fin específico y muchas veces terminan enriqueciendo el patrimonio individual de ciertos sujetos, o son empleados para fines absolutamente diversos a los que originaron su entrega .

⁵⁶ CANCINO, Antonio. Ob. cit. p. 189 .

Si un grupo cultural, por ejemplo, recibe apoyo, aporte o auxilios del Estado para efectos de comprar un inmueble que sirva de sede y el dinero es utilizado para una fiesta, o para una actividad recreativa de los integrantes, mal puede hablarse de un peculado por aplicación oficial diversa .

Otro caso muy corriente es el de los aportes que el Estado suministra a delegaciones deportivas que viajan al exterior representando al país. Los dirigentes pueden apropiarse, hacer uso indebido de esos aportes, y en consecuencia, aunque "particulares", también incurren en esta forma sui generis de peculado por extensión .

8.1.3. Peculado por extensión realizado por particulares sobre bienes que recaudan, administren o custodien, pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia

También el legislador colombiano ha querido extender el amparo o protección penal a ciertos servicios públicos ejercidos a particulares, por especial importancia que tienen en el desarrollo de la comunidad .

Aunque en las actas de la Comisión redactora del anterior Código Penal, quedó muy claro que la norma correspondiente se refería a las instituciones de educación y beneficencia que tenían la categoría de fundaciones sin ánimo de lucro, como en la norma que rigió se habló únicamente de "establecimientos" de instrucción y "beneficencia", no fue-

ron pocos los casos en que los juzgados extendieron la protección a ciertos colegios e instituciones de aparente actividad de beneficencia, pero en las que primaba el ánimo de lucro, la finalidad de explotación económica, con lo cual se desnaturalizó el propósito legislativo.

57

El Nuevo Código Penal en el art. 138, se dejó en claro ahora si, que, los bienes deben pertenecer a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia.

Es claro que las escuelas, colegios y universidades (por desgracia existe en Colombia el negocio de la educación), que no reciben el auxilio del estado.... no quedan favorecidos por la tutela del art. 155 (se refiere al anterior Código, ya que el nuevo el art. es el 138). Los alzamientos de fondos pertenecientes a ellos por sus administradores, atacan la propiedad privada. No otra cosa indican los antecedentes del artículo..... y no puede olvidarse tampoco que el precepto está incluido entre los delitos contra la Administración Pública, siendo esta el bien jurídico de la defensa penal....

58

El doctor Jesus Bernal, dice que la norma :

no puede aplicarse a cualquier establecimiento de instrucción o beneficencia, entendiendo por tal, también aquella clase de negocios que hoy se llaman clínicas, sanatorios, casas de reposo y los colegios privados, que actualmente son verdaderos negocios, en donde quienes los explotan obtienen grandes ganancias que le permiten poner sucursales, como quien pone tiendas de grano o almacenes para ventas a plazo. La ley no puede ser tan elástica como para que se pueda interrumpir en este

⁵⁷ CANCINO, Antonio. Ob. Cit. p. 191.

⁵⁸ BERNAL PINZON, Jesus. Ob. Cit. p.

sentido tan amplio los establecimientos ... no pueden ser otros que aquellos llamados entre nosotros instituciones de utilidad común, a los que se confiere el numeral 19 del art. 120 de la Constitución Nacional y que fué desarrollada por la ley 93 de 1938, en donde se dice que "para efectos del presente artículo, se entiende por instituciones de utilidad común, todas aquellas entidades que destinan un patrimonio determinado a una determinada finalidad, sin ánimo de lucro" .

8.1.4. Peculado por extensión realizado por particulares sobre bienes que recauden, administren o custodien, pertenecientes a Juntas de Acción Comunal

Las Juntas de Acción Comunal aparecen por primera vez y como meras posibilidades a partir del art. 22 de la Ley 19 de 1958. Desde aquella fecha hasta el momento es abundante la legislación acumulada alrededor de dichas instituciones .

Es Junta de Acción Comunal, toda asociación voluntaria de los vecinos de un municipio, barrio, inspección de policía, corregimiento, vereda o caserío, que se organice democráticamente, sin ánimo de lucro, para conseguir el desarrollo social y económico de los asociados y de las familias que integran la respectiva comunidad .

Cabe agregar a lo dicho que una infracción como la que aparece aquí sería peculado en el futuro, pues el legislador consciente de la creciente importancia de las juntas de acción comunal ha pensado dar una mayor protección penal a las mismas y, en ese sentido, las conductas constitutivas de peculado (art. 133 yss del dec. 100 de 1980) cubrirán -

por extensión aquellas que afectan los bienes de dichas juntas. Así se ve en el num. 2o. del art. 138 del Nuevo Código Penal .

Si la junta de acción comunal entrega una suma de dinero a un profesional particular para que realice un trabajo y éste se apropia de los bienes que fueron entregados en administración o custodia, aunque no forme parte de la junta realizará el delito de peculado por extensión. Es requisito básico, que el particular recaude, administre los bienes de la junta, no que pertenezca a ellas .

8.1.5. Peculado por extensión realizado por particulares sobre bienes que recauden, administren o custodien pertenecientes a la defensa civil

De acuerdo con el Decreto 3398 de 1965, (diciembre 24) la "defensa civil es la parte de la defensa nacional que comprende el conjunto de medidas, disposiciones y órdenes no agresivas, tendientes a evitar, anular o disminuir los efectos que la acción del enemigo o de la naturaleza, pueden provocar sobre la vida, la moral y bienes del conglomerado social".

Para fines de la defensa civil el gobierno contará con una dirección Nacional de Defensa Civil. El director Nacional de la defensa civil será de libre nombramiento y remoción del presidente de la República.

Las juntas de defensa civil tienen un capital básicamente de origen privado, puesto que existen cuotas de afiliación y de sostenimiento que

deben pagar los ciudadanos para poder obtener más directamente los servicios de la Defensa Civil. También reciben aportes o auxilios de carácter oficial .

8.2. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA

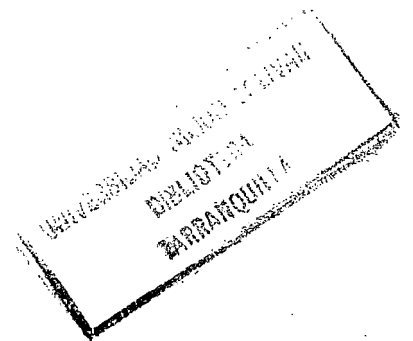
Artículo 139.- Si antes de iniciarse la investigación, el agente por sí o por tercera persona, hiciera cesar el mal uso, repare lo dañado o reintegre lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, la pena se disminuirá hasta en las tres cuartas partes. Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá hasta la mitad.

Cuando en reintegro fuere parcial, el juez podrá, en casos excepcionales y teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 61, disminuir la pena en una cuarta parte⁵⁹.

Se contemplan en este artículo las siguientes situaciones:

- a) Reintegro total o reparación completa del daño, efectuados antes de iniciarse la investigación ;
- b) Reintegro total efectuado "antes de dictarse la sentencia en segunda instancia", y
- c) Reintegro parcial.

⁵⁹ APENAS, Antonio Vicente. Ob. cit. p. 56



En el primer caso la pena " se disminuirá hasta en las tres cuartas partes". En el segundo "hasta en la mitad". En el tercero "hasta en la cuarta parte" .

Con el reintegro de los bienes que el empleado oficial (o particular en el peculado por extensión) se ha apropiado o distraído indebidamente, no desaparece la infracción, aunque lo haga antes que la investigación se inicie. Es apenas circunstancias de atenuación punitiva, más o menos importante según la cuantía del reintegro y del momento en que se realice .

Para que el reintegro pueda considerarse parcial es obvio que debe guardar relación con lo apropiado. Admitirlo cuando se hace en cuantía mínima con el manifiesto propósito de evadir el rigor de la ley, equivale a interpretarla con literalidad excesiva y a olvidar el conocido aforismo de en derecho "nada" y "casi nada" se adquieran .

Pero rechazar de plano el reintegro parcial, cualquiera que fuere la cuantía, cuando el acusado no pueda restituir hasta el último centavo, es injusto y antijurídico y es resultado de un enfoque equivocado de lo que es el peculado, cuya esencia no radica en la lesión patrimonial, según lo he explicado en este mismo capítulo .

8.3. CONSUMACION Y TENTATIVA

El peculado, en sus diferentes especies, se consume cuando el sujeto activo realiza la conducta antijurídica expresada por el verbo típico de

la figura. Así, en el peculado de que trata el art. 136, cuando dé a los caudales o efectos una aplicación oficial diferente, en el peculado por apropiación o por uso, cuando se los apropie o haga uso indebido; en el peculado culposo, cuando se extravíen pierden o dañen .

En todos estos casos se requiere un resultado concreto, una efectiva violación del deber de fidelidad para con la administración, la exteriorización de la conducta antijurídica en un hecho tangible. Puede aceptarse, por consiguiente, que es delito material o de resultado .

No se requiere sin embargo, para efectos de la consumación, que el delito se agote mediante un daño para la administración pública (peculado) para los particulares (malversación) y provecho para el empleado.

Como la consumación puede llegarse mediante la gradual realización de actos ejecutivos, el delito de peculado, en todas sus especies (menos en el peculado culposo), es susceptible de tentativa .

Si para la apropiación el empleado oficial debe realizar una serie de actos previos, como los de falsear documentos, impartir órdenes y de esos comportamientos previos se deduce que ya se encontraba en la etapa de ejecutar el hecho, debe ser sancionado por el delito imperfecto del peculado por apropiación .

En definitiva como los dice don José María Rodríguez Devesa "en algunos casos podrá darse la tentativa.... si el medio empleado para conseguir el apoderamiento exige el despliegue de un iter criminis prolongado, pa-

ra lograr el desplazamiento de los bienes por precisar de un conjunto de maquinaciones, a veces por sí mismas delictivas" ⁶⁰

Si por ejemplo, el funcionario pretende cobrar un cheque para apropiarse de su valor previa falsificación de firmas, además del delito contra la fé pública, si el banco no cancela el título - valor por haberse descubierto la dolosa operación, existirá el delito de peculado imperfecto, ya que por causas ajenas a la voluntad del empleado oficial no pudo obtener el resultado .

8.4. PARTICIPACION

Autor del delito de peculado solo puede serlo "el empleado oficial" .
El particular no puede ser autor de estos delitos .

Puede el particular sin embargo, ser cómplice de peculado, pues, las cualidades de que acabamos de hablar son personales típicas y por consiguiente, se comunican al partícipe que conociéndolas presta su concurso (art. 25). Para mayor claridad debemos distinguir dos cosas :

- a) Si se trata de apropiación y el particular ha colaborado con conocimiento de la calidad de funcionario del autor, es cómplice de peculado .
- b) Si se trata de uso indebido, el particular que ha recibido el préstamo o celebrado el negocio, o cobrado lo que se le debía, no es -

⁶⁰CANCINO, Antonio. Ob. Cit. p. 201 .

cómplice de peculado porque tenía un título para recibir el dinero. En tal caso la ilicitud radica únicamente en el acto del funcionario por haber empleado indebidamente el dinero que administraba para pagar la deuda, celebrar el negocio o hacer el préstamo, en vez de haber utilizado los propios .

8.5. CONCURSO

El delito de peculado puede concurrir con otras infracciones penales. Por vía de ejemplo cito los siguientes casos :

- a) Peculado y falsedad en documentos como cuando estos se falsifican para ejecutar el primero (art. 218 y ss.)
- b) Peculado y simulación de delito (art. 166); si para ejecutar el peculado o para ocultarlo se denuncia ante la autoridad un delito (hurto, robo, atraco, etc.) que no se ha cometido .
- c) Con cualquier otro delito sirva para ejecutar el peculado o para ocultarlo (incendio, homicidio, etc.).

En conclusión, existirá concurso material cuando en comportamientos diferentes el empleado oficial se apropia de una suma de dinero y usa indebidamente otra. Existirá peculado por apropiación con rebaja de pena por reintegro parcial cuando una suma de dinero sustraída en un solo comportamiento, se usa en parte y en parte es objeto de definitiva apropiación .

El concurso de delitos es frecuente en el caso de peculado por apropiación, ya que el empleado oficial, para poder realizar la conducta, debe acudir a otra serie de actividades que, indispensablemente consideradas, constituyen diversa infracción .

Un ejemplo, de concurso material homogéneo sería el del empleado oficial que se apropia, en diversas ocasiones, de sumas de dinero que por razón de sus funciones administra .

Cuando un individuo falsifica un documento para poder paropiararse de una suma de dinero del erario, que siendo empleado oficial, está encargado de custodiar, estaremos en presencia de un concurso heterogéneo, entre peculado y falsedad .

Si el empleado oficial se apropia, por ejemplo, de una máquina de escribir que se encuentra dentro del inventario que se ha hecho de la oficina a su cargo y la vende a un tercero como si fuera de su propiedad, incurrirá en peculado en concurso con estafa.

8.6. LA DIFERENCIA ENTRE PECULADO O ABUSO DE CONFIANZA

Muy claramente ha dicho la Corte⁶¹ que : "en el peculado como en el a-

⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Magistrado Sustanciador, doctor Alvaro Luna Gómez, 24 de junio de 1976, Gaceta Judicial. CL. II, 2a. parte. pp. 313 y ss.

buso de confianza, los bienes se hallan en poder del agente en virtud de una situación jurídica clara y consolidada". Pero en el primero esa "posesión" se tiene por razón de una relación funcional que dimana de la Administración Pública, en el segundo la tenencia se funda en cualquier título no traslativo de dominio que incluye toda vinculación con los órganos de la administración estatal. Pero en ambos la conducta es la misma, pues consiste en apropiarse de los bienes que se hallan bajo la custodia. El acto de apropiación se cumple en muchos casos, mediante una actividad psicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de la tenencia, sin que inmediatamente remita a una realidad fenoménica objetivamente constable, actividad que se traduce en la "interversio possessionis", y el consiguiente comportamiento del sujeto como dueño .

Con la redacción que en el nuevo Código Penal tienen normas (art. 133 y ss - peculado - y 358 - abuso de confianza-), se establece otra diferencia: el delito contra la administración pública tiene como objeto material un bien; en el sentido amplio del término, mientras que en el abuso de confianza el objeto material debe serlo cosa mueble .

8.7. ANTIJURICIDAD Y CAUSALES DE JUSTIFICACION

La Antijuricidad que es única, sin embargo, posee un doble contenido: material y formal. Enforando los dos aspectos al delito, podré afirmar que el primero, esto es, el formal, se integra cuando el sujeto activo del ilícito adecúa su conducta a los requerimientos del correspon

diente tipo, en este caso, los arts. 133, 134, 135, 136, 137 y 138, por que objetivamente, se presenta una contradicción entre el comportamiento y la norma .

El segundo aspecto de Antijuricidad mencionado se presenta cuando se lesionan o efectivamente se pone en peligro los bienes protegidos por el Estado, que no son otra cosa que el mantenimiento de la confianza y la fidelidad que se espera del empleado oficial, del encargado de los bienes a que se refiere el peculado por extensión y en la conservación y destino de los bienes, así como el normal funcionamiento de los servicios públicos .

Concluyendo, las actividades consistentes en apropiarse en provecho personal o de terceros de bienes del Estado o de los particulares, el hacer uso indebido de los mismo o el permitir que se dañen, extravíen o pierdan, según el caso, así como el darles aplicación oficial diferente en sus diversas modalidades y circunstancias previas en el Código Penal, son formalmente antijurídicas, por cuanto quebrantan disposiciones del estatuto represivo; y materialmente porque pugnan con la norma en la prohibición de realizar un acto que realmente atenta contra esa funcionalidad de la Administración Pública .

Cuando en un hecho de apariencia delictuosa falta el elemento antijurídico, no hay delito .

1.7.1. Legítima defensa

Realmente no podemos predicar la posibilidad de la existencia concreta

de esta causal de justificación, pues, sería filológica hablar de una agresión calificada que pudiera traer como natural reacción la apropiación .

8.7.2. Estricto cumplimiento de un deber legal

Se habla de esta causal cuando, el sujeto activo actúa en forma en que lo hace porque una disposición legal se lo impone, en razón de su oficio. Esta causal de existencia de la antijuricidad presupone una relación entre el sujeto y el mandato legal que necesariamente debe cumplir .

No niego que es muy difícil que se presente el caso, pero de todas formas puede ocurrir y por ello hago esta referencia .

Así por ejemplo, la resolución 1771 de 1957 de la Contraloría General de la República ordena que los auditores fiscales, "se abstendrán de refrendar las órdenes o comprobantes de pago por gastos no realizados debidamente, pero si la Gerencia o Dirección insistiera en el gasto, el procedimiento por seguir será el de devolver al ordenador la respectiva orden de pago, determinando las razones de orden legal que motivaron su no aceptación; si la Gerencia o Dirección insistiere por escrito, la Auditoría autorizará el gasto inmediatamente, bajo la exclusiva responsabilidad del insistente, y de ello dará aviso inmediato al Concejo o Junta Directiva, según el caso, haciendo conocer el hecho de la Jefatura de Auditoría de Establecimientos Públicos (art. 19)"⁶²

⁶² CANCINO, Antonio. Ob. cit. p. 226

8.7.3. Estado de necesidad

Es indudable que el delito de peculado por apropiación admite la causal excluyente de antijuricidad del Estado de necesidad, pues, bien puede ocurrir que el empleado oficial se apropie de los dineros del Estado que administra por razón de funciones, o por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar como lo prevé el art. 29, num 5o. de nuestro Código Penal .

Lo que acontece es que el Juzgador, por la naturaleza del bien jurídico protegido, debe ser especialmente cuidadosa en la aplicación de esta causal de exclusión de antijuricidad .

En el caso conocido por la Corte: para lograr el viaje hacia el exterior con miras a salvar a su hijo de un grave peligro para su vida e integridad personal, una funcionaria de la Contraloría General de la Nación solicita auxilio al Contralor, y éste, después de consultar con sus asesores, resuelve que la única vía es la de conferirle una comisión en el exterior, pagándole el sueldo en pesos colombianos, para que pueda atender a su hijo. Este hecho se realiza sin que se produjera el "cambio de nómina", lo que determina que la empleada siga figurando en nómina en Bogotá, a pesar de que se encuentra en el exterior. Por orden del Contralor, los empleados respectivos certifican, durante el tiempo que la persona "comisionada", permanece en los Estados Unidos, que ésta trabaja en Bogotá. Posteriormente un decreto ejecutivo nombra a la misma perso-

na en un cargo diplomático en el exterior .

Problema jurídico y posición de la Corte: De estos hechos se generaron para el ex-Contralor General, los cargos de Peculado y falsedad, por lo que fué llamado a juicio. La Corte, en sentencia definitiva, lo absolvió, con el argumento de que había actuado amparado por la causal de justificación conocida como "estado de necesidad" .

8.7.4. El legítimo ejercicio de un derecho

Aparentemente parece poco probable que frente a un derecho reconocido por ley, pueda su titular dejar de cumplir el mandato implícito en el tipo legal que prevé el peculado. Si la ley prohíbe por ejemplo: distraer de su objeto los bienes que el funcionario o empleado oficial administra, solo es posible concebir que la titularidad del derecho corresponde a quien tiene la calidad legal de encargado de tal servicio, pero como no es aceptable que la propia ley autorice y prohíba al propio tiempo, con referencia al mismo sujeto y a idéntico objeto un determinado proceder, de acuerdo con el principio lógico-jurídico de la contradicción, que declara que en tal situación no pueden las dos normas (la que prohíbe y la que autoriza) ser válidas, se justifica nuestra afirmación inicial. En otros términos, aún en el caso de admitir un derecho declarado en la ley, el ejercicio del mismo está limitado, para el encargado del servicio público, a cualquier acción que no implique el incumplimiento del deber .

8.7.5. Obediencia jerárquica legítima

Puede presentarse la hipótesis de obediencia debida cuando el subordinado tiene que obedecer sin reservas al superior, por mandato legal, como ocurre en ciertos casos en las relaciones entre los miembros del Ejército. Es claro que sin la orden recae sobre comportamientos que implique uso indebido, cambio de aplicación, etc., de bienes del Estado, no se configura el delito por ausencia de antijuricidad .

La orden superior se dará por lo general como causal excluyente de antijuricidad entre los militares, ya que como entre civiles, siempre debe ser ilícita, si ocurre el fenómeno de la "insistencia del ordenador" el evento será el de disposición de la ley estricto cumplimiento del correspondiente deberlegal. Si la orden envuelve una insuperable acción coactiva, el problema será la exclusión de la culpabilidad, lo mismo que cuando existía un error sobre la ilicitud de la orden, siempre y cuando se den los restantes requisitos de gravedad e invencibilidad .

CONCLUSIONES

Ha sido para mí, motivo de honda preocupación, la responsabilidad que el Estado debe tener, para con toda la población que él dirige. Debido a que su objeto primordial es servir a la comunidad y para su completo funcionamiento debe designar a personas que adquieran la calidad de funcionarios o empleados oficiales .

Pero algunos de estos funcionarios o empleados oficiales no hacen exactamente lo que el Estado establece, y rompen con su comportamiento el armónico funcionamiento de éste; siendo ésta la causa primordial que me impulsó a analizar en forma particular, porque se comete con tanta frecuencia el delito de Peculado en nuestro país .

Por eso en esta investigación, ha sido motivo de una gran preocupación en que incurran algunos funcionarios o empleados oficiales que rompen con el funcionamiento armónico del Estado, que en vez de dar ejemplo a la comunidad, como administradores de los caudales o efectos, son ellos quienes incurren en este delito; y por eso el Estado para poder acabar con esta serie de irregularidades que diariamente cometen estos empleados oficiales o funcionarios reglamentó esta norma, para poder acabar con estas innovaciones que se cometen en nuestra legislación colombiana.

A mi parecer sería correcto que a estos señores, que estando encargados de la Administración Pública, se les hiciera una Investigación durante su administración y cuando observen que algún funcionario o empleado oficial se está beneficiando de estos caudales o efectos oficiales se les siga un proceso disciplinario; para que de esta forma no sigan cometiendo irregularidades dentro de la Administración Pública, ya que estos caudales o efectos oficiales son en beneficio de la comunidad y no de los funcionarios o empleados oficiales, porque son ellos quienes tienen que salvaguardar los intereses del Estado, contribuyendo a instituciones de utilidad común por ejemplo, en educación, asilos, etc.

Inicie su estudio partiendo del aspecto histórico, para tomar más tarde los elementos que lo integran, la calidad de sujeto activo, las diferentes formas en que se comete este delito, y finalmente analizo las características positivas y negativas del mismo, compartiendo en algunos casos lo expuesto por algunos autores que se dedican en sus obras a escribir sobre el peculado .

Espero que este trabajo sea un aporte valedero para los estudiosos del Derecho Penal, y si ello, es así, creo que he cumplido una gran misión al dedicarme a estudiar con ahinco el delito en mención .

BIBLIOGRAFIA

ARENAS, Antonio Vicente. Compendio de Derecho Penal Colombiano. Temis. 3a ed. Bogotá D.E. 1982 .

..... Comentarios del Código Penal Colombiano. Tomo II. Temis. Parte Especial. Vol 1. 5a. ed. Bogotá. 1983 .

BERNAL PINZON, Jesús. La Administración Pública y asociación para delinquir. Temis. Bogotá D.E. 1.985 .

CANCINO, Antonio José. El Peculado. Universidad Externado de Colombia. Temis. 1.983 .

CASTRO, José Félix. Nuevo Código Penal Colombiano. Publicitaria. Bogotá, 1.982 .

FERREIRA DELCADO, Francisco J. Delitos contra la Administración Pública. 2a. ed. Análisis Dogmática. 1.980 .

PACHECO OSORIO, Pedro. Tratado de Derecho Penal. 3a. ed. Tomo II. 1980.

PEREZ, Luis Carlos. Manual de Derecho Penal. 2a. ed. Temis. 1981 .

RUIZ, Servio Tulio. La Estructura del delito. Temis. Bogotá. 1978 .

SARRIA, Eustorgio y Mauricio. Derecho Administrativo. Publicaciones C.E. I.A. 1.974 .

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA