

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
No. 123456789
EL DELITO DE PECULADO Y SU INCIDENCIA EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO
(Tesis presentada para optar al título de Abogada)

ANA MARIA RODRIGUEZ ALAVA

Pasto-Colombia
1982

HN
T
D343.2
R696
Ej.1

La presente es un libro perteneciente al patrimonio de la biblioteca de la Universidad de la Habana.
Tiene el número de inscripción de la biblioteca de la Universidad de la Habana.
Presidente de Tesis: Doctor LUIS EDUARDO GUERRERO MADROÑERO

(Acuerdo número 107 de 1955, artículo 10 del Reglamento interno de la Universidad)

"La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la Tesis, las cuales deben considerarse como propias de su autor".

(Acuerdo número 108 de 1965, Artículo 70 del Reglamento interno de la Facultad)

A mis padres

PAULO RODRIGUEZ GARCIA

A mis hermanos

EMILIO ALAVA DE RODRIGUEZ

A mis familiares

Y a las personas que con su apoyo han contribuido a mi bienestar y a mi progreso.

INDICE GENERAL

INTRODUCCION

Pág.

CAPITULO PRIMERO

CONSTITUCIONALES Y PIVIAS

1.1.1. HISTORIAS HISTORICAS	1
1.1.2. LEGISLACION UNIVERSAL	1
1.1.3. LEGISLACION COLOMBIANA	4
1.2. DEFINICION DEL DELITO DE FURTO	6

CAPITULO SEGUNDO

CLASES DEL DELITO DE FURTO

2.1. DEFINICION	9
2.2. FUENTES ACTIVO	11
2.2.1. EMPLEADOS OFICIALES	13
2.2.2. FUNCIONARIOS DE SERVICIO, USUARIOS Y USURPACIONES	16
2.2.3. EMPLEADOS DE NEGOCIO	19
2.2.4. COMERCANTES	20
2.3. FUENTE PASIVO	22
2.4. LA IMPUNIBILIDAD EN EL FURTO	26
2.5. LA RESPONSABILIDAD EN EL FURTO	28
2.6. LA RESPONSABILIDAD EN EL FURTO	30
2.7. BARRERAS EN EL FURTO	68

A mis padres: PAULO RODRIGUEZ GARZON
 TEOFILO ALAVA DE RODRIGUEZ

A mis hermanos

A mis familiares

Y a las personas que con su apoyo han contribuido a mi bienestar y a mi progreso.

CAPITULO TERCERO

CLASES DEL FURTO DE

	762.
INDICE GENERAL	75
1.- PECULADO POR USO	79
2.- PECULADO POR MANEJO AJENO	87
INTRODUCCION POR DEDUCCION OFICIAL DIVERGENTE	90
3.- PECULADO CULPABLE	98
CAPITULO PRIMERO EXTENSION	102
1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	1
1.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS	1
1.1.1.- LEGISLACION UNIVERSAL	4
1.1.2.- LEGISLACION COLOMBIANA	6
1.2.- DEFINICION DEL DELITO DE PECULADO	108
CAPITULO SEGUNDO COMPARATIVO DE LA FRECUENCIA DEL PECULADO EN PARTO Y COLOMBIA	112
2.- CARACTERES DEL DELITO DE PECULADO	119
2.1.- TIPIFICACION	111
2.2.- SUJETO ACTIVO	113
2.2.1.- EMPLEADOS OFICIALES	16
2.2.2.- FUNCIONARIOS DE DERECHO, HECHO Y USURPADORES	19
2.2.3.- EMPLEADOS DE MANEJO	20
2.2.4.- COMENTARIO	22
2.3.- SUJETO PASIVO	26
2.4.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL PECULADO	38
2.5.- LA CULPABILIDAD EN EL PECULADO	58
2.6.- LA PUNIBILIDAD EN EL PECULADO	68
2.7.- TIPOS PENALES AMPLIFICADOS EN EL PECULADO	68

CAPITULO TERCERO	
3.- CLASES DE PECULADO EN EL NUEVO CODIGO PENAL	

3.1.- PECULADO POR APROPIACION 75

3.2.- PECULADO POR USO 79

3.3.- PECULADO POR ERROR AJENO 87

3.4.- PECULADO POR DESTINACION OFICIAL DIFERENTE 90

3.5.- PECULADO CULPOSO 96

3.6.- PECULADO POR EXTENSION 102

CAPITULO CUARTO

4.- INVESTIGACION DEL DELITO DE PECULADO EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO

4.1.- FRECUENCIA DEL DELITO DE PECULADO EN EL CIRCUITO JUDICIAL DE PASTO 108

4.2.- ANALISIS COMPARATIVO DE LA FRECUENCIA DEL PECULADO EN EL CIRCUITO JUDICIAL DE PASTO Y COLOMBIA 112

4.3.- CAUSAS 114

4.3.1.- CONDICIONES ECONOMICAS 116

4.3.2.- CIRCUNSTANCIAS POLITICAS 119

4.3.3.- DESCONOCIMIENTO DE LA LEGISLACION FISCAL 122

4.3.4.- DEFICIENCIAS EN EL CONTROL DEL GOBIERNO DEPARTAMENTAL EN LA ELABORACION DE PRESUPUESTOS MUNICIPALES 127

4.4.- SUGERENCIAS TENDIENTES A CORREGIR LAS CAUSAS DETERMINANTES DE LA COMISION DEL DELITO 130

CONCLUSION

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

... la debida conexión... general y especial del Decreto.
... por ejemplo, en la descripción del delito de homicidio se dejó a un
... las palabras "con el propósito de" y simplemente se destacó el que

A través de mi experiencia en la Contraloría Departamental pude observar de cerca el preocupante fenómeno de la comisión del delito de peculado que crece como una masa amorfa que todo lo daña. La administración de la cosa pública que en otras épocas revestía a los hombres con valores de honradez y prudencia, ahora se ha convertido en un botín en el cual todos quieren obtener la mejor parte. De ahí que el peculado, por ser el clásico delito contra la administración pública, no debe ser solamente estudiado por los juristas sino por los sociólogos, los políticos y todos los interesados en un mejoramiento moral del país. Las consecuencias del peculado no solamente las sufre la economía de la administración sino se resquebraja la confianza ciudadana en sus instituciones políticas. Pues no hay que olvidar que el dinero público es el dinero del pueblo y los atentados que contra él se cometen repercuten en la conciencia, creando reticencias para el cabal cumplimiento de las obligaciones de los particulares para con el Estado. Por ello la antijuridicidad en este hecho abarca un campo amplio que interesa a toda la nación.

Frente a las innovaciones que trajo consigo la expedición del Decreto 100 de 1.980 en el campo jurídico penal, he hecho a través de las páginas dedicadas al estudio específico de cada tipo y a las generalidades de la norma, las distintas consideraciones pertinentes; mas, creo conveniente anotar, aquí, el cambio sustancial que registra el Derecho Penal Colombiano en el sentido de abandonar la peligrosidad y la responsabilidad objetiva por las modernas teorías culpabilistas. También se nota una redacción técnica simple en la descripción del tipo para, supongo, efec-

tuar la debida conexidad entre la parte general y especial del Decreto. Así por ejemplo, en la descripción del delito de homicidio se dejó a un lado las palabras "con el propósito de" y simplemente se destacó el que "matara a otro", notándose una forma simple de describir la conducta sin que haya intromisión de conceptos referentes al sujeto activo y a la intención, puesto que de este campo se ocupa la parte general del Código.

Soy de la convicción de que así se haya expedido el nuevo Código y formalmente esté vigente, su aplicación práctica no podrá hacerse en todos los casos, porque las doctrinas imbuídas no pertenecen sino al campo intelectual del juzgador y debido a la influencia del anterior Código penalista más que todo, será difícil borrar de la conciencia las ideas viejas.

En el caso práctico, habrá necesidad, para juzgarlo de hacer uso del nuevo Código Penal y del viejo, a razón del principio de la favorabilidad que cobija al reo, por lo menos mientras se supere la etapa del conflicto entre las dos normas.

Se acepta comunmente que la sanción, que lleva aparejada, no es preventiva del delito, considerada en su aspecto general; pues, se ha demostrado estadísticamente que aún que se las torne más drásticas, la criminalidad no disminuye sino que aumenta, lo que significa que el daño del flagelo del peculado no podrá ser reducido con la simple agravación de la sanción, sino que el tratamiento debe ser distinto, como me permito anunciar cuando hablo de las causas del delito y las sugerencias que podrían disminuir el índice delictual.

El presente trabajo no es, de ningún modo, el cúmulo de las medidas que servirán para controlar la comisión de este delito, ni menos aspiro a renovar el bagaje doctrinario sobre la materia. Es, eso sí, el análisis de este fenómeno jurídico en Nariño, con base en la percepción personal del problema y fundamentalmente el estudio de su etiología social y criminológica. Mi deseo, al escribir estas páginas, es dar una visualización de la realidad social en que se desenvuelve nuestro hombre común y su ingerencia en la criminalidad. Quiero expresar también cómo el acontecer jurídico tanto de la mera norma, como de la norma y la relación con el hombre, derivan su vida de las contradicciones sociales, es decir cuando se analiza simplemente el mundo jurídico y se hacen disquisiciones teóricas filosóficas sin mirar, de reojo siquiera, la sociedad que las produce, se mira el Derecho parcializadamente, de una manera bastante anti-científica.

El Derecho es el producto cultural del hombre y vale mientras que exista el hombre y su mundo de relaciones económicas y sociales con la naturaleza y sus demás congéneres, de allí que primero siempre miro al hombre y después al Derecho.

CAPITULO PRIMERO

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1.- Antecedentes históricos.

1.1.1.- Legislación Universal.

Antes de analizar los aspectos jurídicos del delito de peculado es conveniente efectuar un examen de los antecedentes históricos, con el objeto de conocer el criterio que guiaba al legislador y la forma como se reglamentó a través de las distintas épocas.

Este vocablo proviene del latín PECUS que significa buey o ganado. Se utilizó el término peculado para señalar el hurto de los bienes del Estado que lo conformaban no el dinero sino los animales o ganado destinado al sacrificio, cuando éstos servían de medio de pago y constituían el mejor patrimonio de la colectividad.

En Roma se denominaba SACRELEGIUN al hurto de los bienes pertenecientes a los dioses y PECULATUS al hurto de los bienes que pertenecían al estado. Según el historiador Mommsen, citado por Antonio Cancino M., el hurto de los bienes pertenecientes al estado se presentaban en las siguientes formas: "1a.- Sustracción de metales o de monedas del erario de la comunidad romana o de alguna otra caja pública...; 2a.- Podía ejercitarse la acción de peculado o de hurto, para pedir la devolución de una cosa pública mueble, que hubiere sido sustraída de la Caja del Estado, donde debiera hallarse; 3a.- Toda defraudación contra la caja

pública, aún cuando no consistiere en tomar dinero de ésta, sino que se lograra, por ejemplo, mediante falsificación de documentos, era considerada como peculado...; 4a.- Incurriría en peculado el representante de la autoridad competente, que a nombre de la comunidad perdonase indevidamente alguna deuda, o cuando ésta fuese cobrada por autoridad incompetente; 5a.- Si se alteraba, en los talleres del Estado, el valor de la moneda, al fabricarla con una liga metálica diversa a la fijada en la ley; 6a.- El hecho de que los funcionarios acuñasen más moneda, en su beneficio, que la legalmente autorizada; 7a.- Las manipulaciones ilícitas en los libros públicos de contabilidad o la desaparición de éstos y 8a.- La pérdida dolosa de una embarcación, en perjuicio de la Caja del Estado". (1)

Fue la Ley Julia "relativa al Peculado", la que estableció, en forma clara, cuales actuaciones configuraban este delito y determinaba la sanción a la que se hacía acreedor el responsable. Sobre el particular decía: "Por la Ley Julia relativa a los residuos es responsable el que retuvo los dineros públicos destinados para algún uso y no lo invirtió en él, el que hubiere quitado o interceptado dinero religioso; aquél en cuyo poder quedó dinero público del dinero que recibió por arrendamiento, compra, cuota de alimentos, u otra cualquiera cosa; aquél que hubiere retenido dinero público recibido para algún uso y no lo hubiere empleado; los que al trabajar en moneda pública acuñan independientemente para sí la moneda, con el sello público, o hurtan o acuñan, no se considerarán que hicieron moneda falsa, sino que cometieron hurto de moneda pública, lo que cae dentro del delito de peculado; el que hubiere arranca

(1) GARCINO M., ANTONIO, Peculado (Estudio Dogmático y Jurisprudencial),
Publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.973, Pág.

do una tabla de bronce que contuviera una ley o el que en ella hubiere alterado algo; los que sin orden de aquél a quien estuviere encomendada la casa hubiere dado lugar para inspeccionar o copiar tablas públicas". (2).

La pena que se aplicaba al responsable consistía en la privación del agua y del fuego y en la pérdida de todos sus derechos y sus bienes antes de ser condenado a morir.

En el Derecho Francés se hacían responsables del delito de peculato de los depositarios públicos que hicieran sustracción de los bienes a ellos encomendados.

Las antiguas leyes españolas contemplaban también el delito de peculado y sancionaban la malversación de los bienes del rey y los pertenecientes a villas o ciudades. Los responsables eran castigados públicamente con azotes de manera que sufran pena y vergüenza, sin que se pueda causar la muerte o la pérdida de algún miembro. Sin embargo, el que hurtara utilizando la fuerza, o hurtara bienes de la iglesia o de un lugar religioso, el oficial del rey que tuviera que guardar sus tesoros o recaudar sus derechos y los hurtara, las personas, lo mismo que los integrantes de consejos o universidades que usurparan los derechos del rey, eran castigados con la pena de muerte y la pérdida de todos sus bienes.

Ya en 1.922, en España, se impone como sanción la reclusión del responsable, cuando se trataba de hechos graves. En el Código Penal de 1.848-50 se incluyó el delito de peculado en el capítulo denominado "Delitos de los empleados públicos en el ejercicio de su cargo". Y, en el

(2) CANGINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 9.

año de 1.970 se reglamenta la sustracción realizada por otra persona y la pérdida por negligencia o abandono del funcionario encargado de la custodia de los bienes.

1.1.2.- Legislación Colombiana.-

Los antecedentes históricos en Colombia, datan del período de la emancipación de la República, cuando el General Santander hizo expedir el primer Código Penal. En él no se introdujo el nombre del delito de peculado sino que se hablaba de delitos contra la Hacienda Pública.

Se profirió con posterioridad (1.887), el Código Penal de Cundinamarca, el cual trataba igualmente de delitos contra la Hacienda Pública, incluyendo el extravío, la usurpación, malversación o mala administración de los caudales y efectos de la Hacienda Nacional, los que eran estudiados en el Título Noveno, Capítulo Primero, artículos 458 a 473. Se reglamenta en este aparte circunstancias atenuantes de la pena, por cuanto se contempla la posibilidad de efectuar el reintegro una vez conocido el hecho por la autoridad competente, imponiendo la correspondiente sanción, disminuida de acuerdo al caso. En el Capítulo Segundo, del mismo Título, artículos 474 y 475, se habla del favorecimiento, auxilio, disminución o encubrimiento de los fraudes contra las rentas nacionales por parte de los empleados oficiales. Por último, en los Capítulos Tercero y Cuarto, artículos 476 a 483, trata de los fraudes de asentistas y proveedores públicos y de delitos contra los bienes o efectos departamentales o municipales o de los establecimientos u obras públicas y de los secuestros o depósitos hechos por autoridad competente.

Con la expedición de la ley 109 de 1.922 (Proyecto del Doctor José

Vicente Concha) y la Ley 81 de 1.923, se introdujeron algunas modificaciones en la materia, específicamente, se cambia la denominación del Título y se dice "De los delitos contra la Cosa Pública" y en el Capítulo Primero se desarrolla independientemente el delito de peculado.

La Ley 95 de 1.936, que entró en vigencia el primero de Enero de 1.937 y que constituyó el Código Penal Colombiano en vigencia hasta Enero de 1.980, hace referencia en su Título III a los "Delitos contra la Administración Pública", y en el Capítulo Primero, artículos 150 y siguientes, al delito de peculado, distinguiendo cinco tipos, según la gravedad de los actos constitutivos del mismo, a saber: a) Peculado por Aplicación Oficial Diferente (Art. 150), b) Peculado por Apropiación (Art. 151), c) Peculado por Uso (Art. 151), d) Peculado Culposos (Art. 154) y e) Peculado por Extensión (Art. 155).

El Decreto 1858 de 1.951, hoy convertido en la Ley 41 de 1.961, introdujo esenciales modificaciones a las disposiciones del Código Penal; el Decreto citado derogó prácticamente los artículos 151, 152 y 153 del Código Penal; esas reformas se refieren sustancialmente a lo siguiente: al sujeto activo del delito, en cuanto que, solamente el funcionario público podía ser sujeto activo de peculado; de acuerdo al Decreto mencionado se extiende la acriminación de la conducta a "El funcionario o empleado público o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado". El Código hablaba de empleados públicos encargados de "recaudar o administrar"; el Decreto sustitutivo se refiere a los encargados de "recaudar, pagar, administrar o guardar". En cuanto a la acción típica, a diferencia de lo que disponía el Código "El funcionario... que en cualquier forma haga uso indebido...", la concretó a la hipótesis de apropiación y uso indebido, exigiendo como elemento de la figura el apro

vechamiento por parte del agente. Por último, en cuanto a la atenuación de la sanción, la consideraba el Código precedente cuando se reintegraba "en todo o en parte lo sustraído o apropiado", el Decreto exige que el responsable restituya "lo apropiado o su valor".

Finalmente, el Decreto No. 100 del 23 de Enero de 1.980, proferido por el Gobierno Nacional en virtud de la Ley 5a. de 1.978 que le confirió facultades extraordinarias para expedir y poner en vigencia un nuevo Código Penal, reglamenta lo relativo al delito de peculado en el Título III, "De los delitos contra la Administración Pública", distinguiendo seis tipos de peculado a saber: a) Peculado por Apropiación (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) y f) Peculado por Extensión (Art. 138). Contempla en el artículo 139 circunstancias de atenuación punitiva. Sobre este punto efectuaré un análisis más detenido en el Capítulo Tercero que lo he denominado "Clases de peculado en el nuevo Código Penal".

1.2.- Definición del Delito de Peculado.-

Como bien afirma Antonio Cancino M. en su Estudio Dogmático y Jurídico Prudencial del delito de peculado, resulta casi imposible dar una definición completa sobre cualquier concepto o ciencia porque ésta depende de una u otra posición que se adopte sobre el particular. Con esa consideración, creo conveniente referirme a las concepciones de distintos juristas sobre el delito en general, para entrar luego al análisis del delito de peculado, en particular.

Federico Estrada Vélez considera que el delito es "sustancialmente

una acción humana que constituye un acto ilícito penal, y produce como consecuencia una sanción de carácter criminal para el autor de la conducta". (3)

Luis Carlos Pérez define el delito como "un hecho antijurídico descrito en la Ley, imputable a un hombre y que acarrea responsabilidad penal a su autor". (4)

Según Carrara el delito es "La infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso". (5)

Para Mayer "es un acontecimiento típico, antijurídico y culpable". (6)

Definiendo el delito con fundamento en sus elementos y siguiendo el criterio de la moderna teoría del Derecho Penal podemos decir que es una acción típica, antijurídica y culpable que conlleva como consecuencia una sanción.

Aplicando esta definición, al caso particular, podemos decir que, el delito de peculado, es una acción típica, antijurídica y culpable consistente en la incorrecta administración de bienes confiados a una persona con el encargo de darles un fin convenido previamente; siendo neces

(3) ESTRADA Vélez, Federico, Derecho Penal, Parte General, Editorial Librería el Profesional, Bogotá, 1.981.

(4,5,6) ESTRADA Vélez, Federico, ob. cita No. 3.

CAPITULO SEGUNDO

2.- CARACTERES DEL DELITO DE PECULADO

2.1.- Tipificación.

Para que una conducta se catalogue como delictiva es necesario que sea típica, antijurídica y culpable.

Por tipicidad se entiende "La coincidencia entre una conducta humana y la descripción legal del delito" (7) Es decir, que la conducta debe encontrarse descrita de una manera objetiva, en la parte especial, como infracción; debe estar prevista expresamente en una norma legal.

Ernesto Bon Beling, citado por Federico Estrada Vélez, al respecto opina: "Puede considerarse la parte especial del Derecho Penal como una especie de catálogo en el cual las figuras se encuentran alineadas. Pero también los delitos tipos están en un catálogo, o por mejor decir en un libro de imágenes en el cual "el matar a un hombre", el "apoderarse de una cosa mueble ajena", etc. están esquemática y estilizadamente representados". (8)

El Doctor Eduardo Alvarado Hurtado, en sus conferencias sobre Derecho Penal General, al tratar el tema de la tipicidad manifiesta: Por ti

(7) ARENAS, Antonio Vicente, Compendio de Derecho Penal, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1.967.

(8) ESTRADA Vélez, Federico, ob. cita No. 3.

tipicidad se entiende uno de los elementos esenciales del delito que consiste en que, en el estado actual del Derecho Penal, no se puede sancionar a nadie, sino cuando la acción que ha realizado se encuentra prevista como delito en una ley preexistente; por consiguiente, la ley debe describir la figura delictiva, o el tipo delictivo y cuando el hecho realizado por el agente se adecúa a esa figura o tipo descrito por la ley, se habrá realizado el requisito de la tipicidad de la acción". (9)

El tratadista Federico Estrada Vélez considera que la tipicidad no es un elemento del delito, sino que es uno de sus caracteres fundamentales, "lo que es típico es la infracción concebida como unidad". Le atribuye diversas funciones al tipo penal: a) Una función de garantía para la libertad individual, en cuanto que impone al estado la obligación de sancionar exclusivamente los hechos descritos en la ley como delitos. b) Una función constitutiva, habida cuenta que, la norma estructura, constituye y define el delito. c) Opera como prevención general, porque actúa en base a la intimidación que la sanción ofrece.

Ahora bien, los tipos delictivos pueden clasificarse en autónomos y no autónomos según tengan o no establecida una pena básica que contenga todo el contenido de la figura delictiva o que tengan que remitirse o dependan de tipos autónomos o independientes. Aplicando lo anterior, al delito de peculado, tendremos que constituyen tipos autónomos de delito el peculado por apropiación, por uso, por error ajeno, por aplicación oficial diferente y peculado culposo. Y, tipo subordinado, el peculado por extensión, por cuanto, en el artículo 138 C. P. que reglamenta esta clase de peculado, se lee: "también incurrirá en las penas previstas en

(9) ALVARADO Hurtado, Eduardo, Curso sobre Derecho Penal General, Universidad de Nariño, Pasto, 1.954.

los artículos anteriores...", es decir se remite a los artículos 133 a 137 ibidem.

En cuanto a los elementos del tipo, podemos decir que éstos se dividen en dos grupos: los genéricos que son aquellos que poseen absolutamente todos los tipos y los especiales que dependen de cada uno de los tipos, éstos hacen alusión a: 1. Sujeto Activo, 2. Sujeto Pasivo, 3. Objeto Jurídico, 4. Objeto Material, 5. Acción Física, 6. Acción Psíquica y 7. Daño.

2.2.- Sujeto Activo.

Es la persona natural que realiza un hecho punible. Según Federico Estrada Vélez, "es la persona natural que ejecuta la acción tipificada como delito". Se lo llama sumariado durante la etapa investigativa, enjuiciado durante el juicio, en cualquier estado del proceso procesado y condenado después del fallo condenatorio.

Toda persona que incurra en un hecho catalogado como delictuoso es sancionado penalmente, pero se lo somete a diversos tratamientos según las circunstancias en que actúe; es así como los menores de dieciseis años (Artículo 34 C. P.), al igual que los enfermos mentales (Artículos 32 y 33 C. P.), están sometidos a una jurisdicción especial para su juzgamiento.

Es de anotar que al hablar de sujetos activos se hace alusión exclusivamente a la persona natural y en ningún momento se habla de persona jurídica. Esto se debe a que, en Colombia, las personas jurídicas no pueden ser sujeto activo de delito, por cuanto, como afirma el tratadista Federico Estrada Vélez, "el Derecho Penal Colombiano es eminentemen-

te culpabilista y la culpabilidad es personal e intransferible". (10)

Atendiendo su calidad, el sujeto activo puede ser indeterminado o no calificado y determinado o calificado. El primero en cuanto lo puede perpetrar cualquier persona (el que), y el determinado o calificado, como se deduce de su nombre, cuando requiere una calificación ya sea por la edad, sexo, por determinada condición o situación jurídica o por su profesión u oficio. Dentro de los últimos se ubica el delito de peculado, en consideración a que, la ley exige para la estructuración de este delito, que sea cometido por un empleado oficial. Es decir, 1. que la calidad del sujeto se considera como elemento constitutivo de la infracción.

Haciendo un análisis discriminativo de las distintas clases de peculado, atendiendo lo que en cada una de ellas se refiere al sujeto activo, tenemos:

PECULADO POR APROPIACION. - "El empleado oficial que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes de particulares..."

PECULADO POR USO, POR ERROR AJENO, POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE Y - CULPOSO. - "El empleado oficial..."

PECULADO POR EXTENSION. - "... el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas sobre; 1. Bienes que administre o tenga bajo su custodia

(10) ESTRADA Vélez, Federico, ob. cita No. 3.

... pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a título de auxilio o de aporte de éste. 2. Bienes que recaude, administre o tenga bajo su custodia, pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia o a Juntas de Acción Comunal o de Defensa Civil".

Es conveniente, en este aparte, ahondar un poco sobre el significado de los términos con los que la ley calificó al sujeto activo del delito de peculado.

2.2.1.- Empleado Oficial.

Se han planteado múltiples discusiones sobre la conveniencia o inconveniencia de incluir definiciones en el Código Penal, específicamente en lo tocante al sujeto activo de los delitos contra la Administración Pública. Es por ello por lo que en algunas codificaciones aparece definido en tanto que en otras no.

El artículo 180 del proyecto del Doctor Concha, que fué objeto de múltiples críticas hasta el punto de no poder entrar en vigencia, define lo que debería entenderse por funcionario público, dice: "es la persona encargada fundamentalmente de un servicio público". Sin embargo, la ley 95 de 1.936, que constituyó el Código vigente hasta 1.980, no incluyó una definición sobre el particular. Posteriormente, la comisión de 1.974, artículo 173, con el propósito de solucionar problemas de interpretación en materia penal y de llevar vacíos existentes, incluyó la si

guiente definición: "sujetos activos de los delitos contra la administración pública son aquellos que sin ser funcionarios públicos ni trabajadores oficiales ejercían funciones públicas". Ya, en las comisiones de 1.976 y 1.978, empezó a plantearse la necesidad de incluir una definición que sea aplicable para los efectos penales, se decía; "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 una función pública, así sea de modo transitorio". Nótese que ya no se habla de funcionario público sino que se utiliza el término "empleado oficial". Actualmente, el Código Penal en su artículo 63 trae una definición de lo que es empleado oficial, refiriéndose a él ya como sujeto activo o como víctima de un delito. Es ésta casi exacta a la definición dada por la comisión de 1.976, agregándole simplemente la expresión "o que estuviere encargado de un servicio público".

Es decir, que en Colombia, para los efectos de la ley penal, empleados oficiales son: "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 pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público".

El Doctor Antonio Cancino formula una crítica al agregado "o que estuviere encargado de un servicio público", por considerar que, con él se amplía exageradamente el marco de aplicabilidad del delito; comenta: "...Cómo nació esta norma que contiene el artículo 63? Pero agregamos sin saber cómo apareció cambiado el término, estuviere encargado de fondos del Estado, por el término de, estuviere encargado de un servicio

público, con lo cual se crea el más grande caos en el nuevo Código Penal. Porque ustedes ya entenderán que la persona encargada de un servicio público puede ser un taxista, de tal manera que con una interpretación del Código llegaremos a la conclusión de que cualquier persona que esté encargada de un servicio público va a hacer peculado. Es una falla y yo considero que es una falla de tal tamaño que se hace imperiosa una reforma a la mayor brevedad posible, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 63 ya ha dicho anteriormente, y toda otra persona que ejerza función pública. La función pública se está refiriendo a la función que se realiza dentro del derecho administrativo público. Pero obviamente, al agregar o estuviere encargado de un servicio público, se trata de algo diferente y ya sabemos como existen algunas normas de índole laboral, la defensa del Estado de crear como servicios públicos, ciertas instituciones para evitar algunos movimientos laborales. Y entonces el concepto se dañó, y me parece que el intérprete, primer problema que presentamos a consideración de ustedes, va a tener serias dificultades con el artículo 63, porque encargados de un servicio público son muchos particulares, a quienes no se pueden asimilar a personas encargadas de función pública, porque ya lo había dicho el artículo un poco antes. Yo creo que es el primer problema grave de interpretación que se va a presentar a los jueces, porque realmente lo que quería decir el legislador al hacer el artículo, era que estuvieran encargados de un bien del Estado; pero al perder vigencia ello, ha debido de desaparecer esta última parte, y se le cambió por estar encargado de un servicio público. No estoy exagerando realmente cuando digo que: encargado de un servicio público, como es el transporte, puede ser un chofer; es un serio problema de carácter interpretativo que vamos a tener que afrontar". (11)

Considero que, a pesar de que se le formulen objeciones a la determinación tomada por la comisión redactora de definir lo que debe entenderse por empleado oficial, con ella se logró llenar un vacío existente en el Código Penal anterior, en donde se planteaba una inseguridad al tratar de determinar lo que era exactamente un funcionario público, en la interpretación con relación al derecho administrativo, por cuanto las normas administrativas se dictan con finalidades específicas y mal podría asimilarse al derecho penal; no quedaban incluidos, además, en el concepto funcionario público aquellos que desempeñaban funciones públicas por administración delegada. Se planteaban problemas de hermenéutica en relación con el peculado por destinación oficial diferente y con el peculado culposo; no así con el peculado propio, porque allí sí se hablaba de bienes en que tenga parte el Estado. Se logró entonces, con el artículo 63 del nuevo Código Penal, establecer en forma más clara a quienes se deben considerar empleados oficiales para los efectos penales.

2.2.2.- Funcionarios de Derecho, de Hecho y Usurpadores.

Hemos dicho que es requisito sine qua non que el sujeto activo del delito de peculado sea un empleado oficial; sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta exigencia debe ser complementada con la circunstancia de que el empleado oficial actúe en ejercicio de sus funciones, es decir que estén específicamente encomendadas a él por ley, decreto, reglamento u orden impartida por quien tiene autoridad para hacerlo, y que haya sido designado con la total observancia de los requisitos exigidos por ley. Son ellos a quienes se les puede denominar funcionarios de derecho. Sin embargo, puede ocurrir que el funcionario haya sido designado sin el cumplimiento de esos requisitos, como manifiesta Jesús Bernal Pinzón,

por ejemplo cuando "se trata de un nombramiento nulo, nulidad que se de duce de la falta o ausencia de un requisito de forma o de fondo... que el funcionario esté ejerciendo funciones antes de que se hayan cumpli - do todas las formalidades legales... o sigue al frente del cargo una - vez que haya cesado el período para el cual fué elegido o nombrado". (12) Son ellos los funcionarios de hecho.

O, como manifiesta el Consejo de Estado en sentencia de Julio de 1.942, "los primeros son aquellos que desempeñan sus funciones en ejer - cicio de una investidura legítima y regular, como un nombramiento o una elección, los segundos son aquellos que desempeñan su cargo, por virtud de una investidura irregular...".

Son usurpadores aquellos que ejercen funciones que no les han sido confiadas u otorgadas.

Para clarificar la diferencia existente entre funcionarios de dere cho, de hecho, y usurpadores, creo conveniente transcribir la opinión - del Consejo de Estado al respecto: "Los funcionarios de derecho son a - aquellos que desempeñan su función. Es lógico que los actos ejecutados - por tales funcionarios son válidos y sus efectos no pueden ser puestos en duda, desde luego que ostentan regularmente la calidad que les dá la investidura que tienen. Los funcionarios de hecho son aquellos que desem peñan su cargo, pero en virtud de una investidura irregular. La irregula - ridad puede ser objeto de su origen o causa, como cuando se nombra a un

(12) BERNAL Pinzón, Jesús, Delitos contra la Administración Pública, E - ditorial Temis, Bogotá, 1.965.

empleado que no tiene la calidad que exige la ley (caso en el cual el nombramiento tiene que invalidarse), o cuando habiéndose otorgado inicialmente con regularidad la condición o investidura de empleado, la pierde luego y sigue sin embargo ejerciendo sus funciones, bien por ministerio de la ley, o por circunstancias de hecho no previstas en las leyes. Los actos de estos funcionarios son también válidos. Los usurpadores son los que ocupan un cargo sin investidura. Sus actos son inexistentes, puesto que su origen es delictuoso". (Julio 16/42 Anales 137, pág. 148).

Se plantea una discusión en el seno de la Comisión Redactora del nuevo Código al interpretar el término "relación funcional": consideraban algunos de sus miembros que no debe entenderse única y exclusivamente desde el punto de vista normativo, sino, por el contrario, "debe extenderse a los casos en que la disponibilidad del bien ha nacido por hábito, por costumbre, por orden superior o por cualquier medio que no contraiga el derecho". Incluso se afirmó que el término relación funcional puede extenderse a los usurpadores de funciones públicas. Otros compartían el concepto de la relación funcional normativa, argumentando que todo cargo debía tener sus funciones y "sería ampliar demasiado el tipo penal, le quita seguridad al tipo penal, se acaba con el principio de la tipicidad".

En últimas, fué éste el concepto adoptado y como manifiesta el tratadista Antonio Gancino "la interpretación que se debe dar al nuevo Código Penal, es que la relación funcional, es simplemente de carácter normativo y no se puede extender a la orden, a la costumbre, al hábito, así no contraríen la ley. Y mucho menos puede tener cabida la posición del Doctor Romero Soto, en la cual llegó al extremo de sostener que aún el

usurpador de funciones podía perpetrar este delito". (13)

Concluyendo tenemos que solamente los funcionarios de derecho y los de hecho pueden ser sujetos activos del delito de peculado, no así los usurpadores, habida cuenta que la usurpación de funciones es una acción sancionada y de ninguna manera puede crear, para el usurpador, la condición de empleado oficial.

2.2.3.- Empleados de manejo.

La Contraloría General de la República, mediante Resolución No. 1700 de 1.957 define como empleados de manejo a quienes: "recauden, reciban, paguen o administren fondos y bienes nacionales y los que tienen a su cargo la custodia, provisión o suministro de especies materiales o elementos de propiedad de la nación, de los establecimientos que fiscalizan la Contraloría y de las instituciones de utilidad común".

El Código Fiscal del Departamento de Nariño, a su vez, define así a los empleados de manejo: "los que recauden, reciban, paguen o administren caudales o efectos y los que tienen a su cargo la custodia, provisión o suministro de especies, materiales o elementos de propiedad del Departamento, los Municipios, entidades descentralizadas departamentales y municipales. También se consideran empleados de manejo los contratistas por administración delegada".

El aspecto fundamental que debe tratarse en este punto, es el hecho de que no solamente los funcionarios de manejo pueden incurrir en

(13) CANGINO M., Antonio, ob. cita No. 11, pág. 114.

el delito de peculado, por estar asignadas a ellos específicas funciones de manejo de los bienes públicos, sino que pueden serlo también, como afirma Jesús Bernal Pinzón, no solamente "quienes tienen disponibilidad material, sino jurídica". (14)

El nuevo Código Penal introdujo una modificación sobre el particular, puesto que ya no se refiere, como el anterior, a quien tiene el deber de "recaudar, pagar, administrar o guardar", sino, utiliza simplemente el término "administrar, con el propósito de agotar la enumeración, ya que ella podía dejar algunos hechos en la impunidad que propiamente no encajaran con esos términos; además el vocablo administrar es mucho más técnico y genérico, cobija a todos los demás.

2.2.4.- Comentario.

Constituye una verdadera innovación jurídica incluir como sujeto activo del delito de peculado al particular que se encuentre bajo las condiciones establecidas en los numerales primero y segundo del artículo 138 del Código Penal. Las legislaciones penales colombianas, como otras, venían caracterizando la calificación del agente de este delito como funcionario público, en su más extenso alcance, sin que se encuentren vestigios de haber otorgado calidades a los particulares para encuadrarlos en la tipificación del peculado. Sin embargo, teniendo en cuenta un concepto amplio de patrimonio público, y ante la sucesiva e inveterada comisión del delito recaído sobre bienes no propiamente asimilados al acervo patrimonial del Estado, sino bienes pertenecientes a determinadas comunidades o que se utilicen en beneficio común sin ánimo de lucro,

(14) BERNAL PINZÓN, Jesús, ob. cita No. 12.

el legislador encuentra la necesidad de proteger penalmente este tipo de bienes.

El artículo 138 del Código Penal admite excepcionalmente que el particular pueda cometer el delito de peculado, pero no por ello tendría un sujeto activo indeterminado; pues, se hace necesaria la actividad administradora del particular sobre estos bienes para encausar debidamente el agente del delito de peculado bajo esas circunstancias. Por lo mismo, no es cualquier particular, ni cualquiera su vinculación con distintos bienes sino que, por ser taxativa la norma, solo es dable su tipificación bajo las estrictas especificaciones del precepto penal.

Tenemos entonces que la prueba para determinar la calidad de sujeto activo en el peculado por extensión difiere esencialmente de las demás clases de peculado. En cuanto que en nuestro régimen administrativo la calidad de empleado oficial se constituye mediante la prueba idónea que se refiere al acto administrativo de nombramiento, el hecho de la posesión en el cargo y en determinadas circunstancias al ejercicio de funciones públicas de hecho, pero siempre está aquí presente una vinculación del particular con el Estado. A contrario sensu, para determinar la calidad de sujeto activo en el peculado por extensión es de vital relevancia jurídica determinar la conexión entre el particular y la función administradora de específicos bienes, y que la acción haya recaído sobre éstos. Es decir, que el cuerpo del delito lo constituya los bienes, que las comunidades o entidades que determina el artículo 138, le hayan confiado al particular para que éste administre, custodie o recauden y además, obviamente, que se configuren todos los presupuestos que dan surgimiento, procesalmente hablando, al cuerpo del delito.

Lo anterior trae como consecuencia que en la práctica podemos definir al agente del delito de peculado por extensión, como particular, determinado y condicionado. Es particular porque así lo determina el Código, dando a entender que es una persona sin ninguna vinculación con el Estado. Es determinado, porque no se trata de cualquier particular, sino solo de aquél a quien las empresas o instituciones enumeradas en el artículo 138 le hayan encomendado funciones de administración, recaudación y custodia. Y, es condicionado porque solamente previa investigación procesal se determinará con certeza jurídica que ese particular es sujeto activo del delito de peculado, para que su conducta no se confunda con delitos tales como el hurto, abuso de confianza, etc.

2.3.- Sujeto Pasivo.

Se plantean diversidad de opiniones al tratar de establecer quienes pueden ser sujeto pasivo del delito. Mientras unos autores consideran que con la comisión de todo delito se vulnera el interés de la comunidad y por consiguiente es élla la verdadera víctima, otros consideran que el sujeto pasivo es la persona o casa sobre la que recae materialmente la acción, o es la persona a quien pertenece el derecho. O como opina Cuello Colón, "el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito". (15)

Sin embargo, otros autores, con mejor y más amplio criterio, como Antonio Cancino M. y Federico Estrada Vélez, consideran: el primero, que "el sujeto pasivo no se refiere a la persona materialmente considerada,

individualizada o particularizada, sino a aquel concepto jurídico abstracto plasmado por el legislador en el tipo legal en que encaja el ente contra el cual se dirige la acción del sujeto activo y a quien pertenece jurídicamente el interés o derecho lesionado. Este ente puede ser una persona natural o jurídica". (16), y el segundo, que "en todo delito hay un sujeto pasivo jurídicamente formal que es el estado cuyos preceptos han sido atacados por la actividad del delincuente. Pero existe otro sujeto sustancial que es el que sufre la lesión de su derecho o bien jurídico". (17)

De las anteriores definiciones se deduce que, al contrario de lo que acontece con el sujeto activo, tanto las personas naturales como jurídicas son susceptibles de ser sujetos pasivos del delito. Y que, éste puede ser al igual que el sujeto activo, calificado o no calificado, en cuanto requiera o no una calificación atendiendo la edad, sexo o determinada situación jurídica.

Tenemos entonces que, en el delito de peculado, el sujeto pasivo es calificado jurídicamente, puesto que se trata del estado.

Debemos destacar que el actual Código Penal introdujo modificaciones sustanciales sobre el punto que venimos desarrollando, en cuanto que, como manifesté anteriormente, no sólo en el peculado por uso y por apropiación habla de "empresas o instituciones en que tenga parte el estado", sino que en todas las clases de peculado contempladas en él, las incluye.

(16) CANGINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 62.

(17) ESTRADA VÉLEZ, Federico, ob. cita No. 3, pág. 64.

Pero sobre todo, debe hacerse hincapié en la modificación del peculiarado por extensión, considerando que, el actual Código, logró aclarar y amplificar el concepto que había sido objeto de múltiples discusiones, - especificando que se trate de bienes "...pertencientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a título de auxilio o de aporte de éste". (el subrayado es mío), y a bienes "...pertencientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la Beneficencia o a Juntas de Acción Comunal o de Defensa Civil".

Cabe transcribir, en este aparte, el comentario del jurista Antonio Cancino, referente a las entidades que pueden ser sujeto pasivo, dice: - "el sujeto pasivo debería ser, o bien la entidad de beneficencia, o bien la entidad de instrucción; pero, ocurre que "si la administración pública es la actividad funcional del estado, si esa actividad conlleva prestar y controlar servicios públicos, y si esos servicios no dejan de ser públicos porque los prestan los particulares, debe considerarse que en Colombia los servicios de instrucción y beneficencia son servicios públicos, así sean prestados por particulares, extendiendo el concepto de administración pública; en estos casos también el Estado es el sujeto pasivo, sin que ello signifique que la entidad de instrucción o beneficencia no pueda considerarse como entidad perjudicada". (18)

A qué entidades se refiere el Código al manifestar "empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte?". El tratadista Antonio Cancino, en sus conferencias sobre el nuevo Código Penal, manifiesta lo siguiente: "Se entiende por entidades en que tenga parte el estado, sin tener en cuenta su aspecto cuantitativo, aquellas entidades, en donde -

(18) CANCINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 64.

hay un aporte económico, más un aporte direccional, porque esa Institución tiene que ver con la Administración Pública y con el fomento y desarrollo económico, social y político del Estado; entonces los dos factores sin importar la cantidad, son los que se tienen en cuenta hoy en día, doctrinal y jurisprudencialmente, para desarrollar la interpretación en este término en que tenga parte el Estado. Un aporte económico sin que importe su cantidad y un aporte direccional, ya sea en las juntas directivas, ya sea en las gerencias o con la intervención, incluso, de la Contraloría General de la Nación". (19)

El Decreto 1050 de 1.968 menciona varias instituciones en las que tiene parte el Estado y en las que sus empleados pueden incurrir en el delito de peculado. Son:

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.- Están encargados de ejercer funciones administrativas conforme a las reglas del Derecho Público, su característica fundamental es la de contar con patrimonio independiente constituido con fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.- Su principal actividad es de carácter comercial e industrial, conforme a las reglas del Derecho Privado; cuenta con capital independiente constituido totalmente con bienes públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.- Son organismos constituidos bajo la forma

(19) CANGINO M., Antonio, ob. cita No. 11, pág. 111.

de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, -
creada por la ley o autorizadas por ésta, que desarrollan actividades de
naturaleza comercial o industrial conforme a las reglas del Derecho Pri-
vado, salvo las excepciones que consagra la ley... tienen por objeto el
control de sus actividades y el control de la política general del Go -
bierno".

SUPERINTENDENCIAS.- Son organismos adscritos a un Ministerio que dentro
del marco de la autonomía administrativa y financiera que les señala la
ley, cumplen algunas funciones que corresponden al Presidente de la Repu-
blica como suprema autoridad administrativa y las que la ley les asigne".

Otros establecimientos públicos son: La Universidad Nacional, las U-
niversidades Seccionales, el Banco de la República, el Instituto Nacional
de Abastecimiento, el Instituto de Fomento Industrial, el Instituto de -
Crédito Territorial, el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento
Eléctrico, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, la Caja Nacional -
de de Previsión, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la Caja Co-
lombiana de Ahorros, la Cámara de Comercio que es una entidad privada pe-
ro que cumple funciones públicas, se trata de formas de intervencionis-
mo de estado delegadas a particulares.

Y, de conformidad a la reforma del Código Penal, se hace extensivo
a las instituciones de utilidad común destinadas a la educación o a la -
Beneficencia o a Juntas de Acción Comunal o de Defensa Civil.

2.4.- La Antijuridicidad en el Peculado.-

Dijimos que una de las características esenciales del delito es la

antijuridicidad, o sea la contradicción existente entre la conducta típica y el ordenamiento jurídico.

Sobre el particular existen diversidad de criterios entre los autores. Luis Jiménez de Asúa dice: "provisionalmente puede decirse que la antijuridicidad es lo contrario al Derecho. Por lo tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario a Derecho". (20) Criterio este que comparte Soler.

Por el contrario, Carlos Binding, citado por el Doctor Eduardo Alvarado Hurtado, considera que, "el delito no es lo contrario a la ley, sino que es el acto que se ajusta a ella". Para él, "el delito no quebranta la ley sino la norma". (21)

Franz Von Liszt, citado por Antonio Cancino, opina que es "fundamentalmente antijurídica la acción que infringe una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico y materialmente antijurídica, la acción que encierra una conducta social dañosa. La materialidad de la antijuridicidad se halla concretamente en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de que sea lesionado". (22)

Según Max Ernesto Mayer, antijurídico es lo que va en contra de las normas de cultura que existen en una sociedad y reconocidas por el Estado.

(20) JIMÉNEZ de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, Editorial Andrés Bello, Caracas Venezuela, 1.945, pág. 336.

(21) ALVARADO Hurtado, Eduardo, ob. cita No. 9, pág. 89.

(22) CANCINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 188.

Guello Colón, admite un aspecto formal y uno material en la antijuridicidad, dice: "ambos pueden coincidir; los hechos que las normas penales prohíben o mandan ejecutar son siempre nocivos o peligrosos socialmente, pero aún cuando no lo fueren no dejan de ser antijurídicos por estar en contraposición con lo mandado por una norma. La existencia de hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material) no previstos por la norma penal sólo pueden ser causa para la publicación de una ley que los sancione, y sólo entonces serán antijurídicos". (23)

El aspecto formal de la antijuridicidad está constituido por la oposición a la ley, y el material, por la lesión o peligro de los bienes jurídicos. Sin embargo, debe entenderse que la antijuridicidad es única, es decir, que la antijuridicidad material sin la formal, carece de trascendencia, en cuanto que el delito y la pena sólo pueden establecerse por la ley.

Sobre el particular, los miembros de la Comisión Redactora del Código Penal, expresan "la sola contrariedad formal de la conducta con la norma, no genera antijuridicidad, pues es necesario de todas maneras, que lesione o ponga en peligro sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley". (el subrayado es mío) La ilicitud, pues, tiene que ser, a la vez, formal y material". (24)

Examinando estos dos aspectos en el delito de peculado, tendríamos que el aspecto formal se presenta cuando el sujeto activo quebranta los

(23) GUELLO Colón, Eugenio, ob. cita No. 15.

(24) NUEVO CODIGO PENAL, Edición Oficial, Relación explicativa, pág. 25.

artículos 133 a 138 del Código Penal, con la actividad consistente en: a apropiación, uso indebido, apropiación o retención aprovechando el error ajeno, dando aplicación oficial diferente, dando lugar a que se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga la mayor parte o bienes de particulares cuya administración o custodia le hayan sido confiados por razón de sus funciones, o de bienes recibidos a título de auxilio o pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la Beneficencia o a Juntas de Acordación Comunal o de Defensa Civil; y, el material, al lesionar el bien jurídico tutelado por la ley que en este caso es la ruptura de la confianza que las autoridades dan al funcionario público a fin de que éste vele directa o indirectamente por las cosas que se pongan bajo su administración. Zafra, desarrolla este principio de la siguiente manera "En el delito de peculado se reprimen los actos del funcionario público que violan la fidelidad que éste debe observar en la custodia y manejo de los bienes que se le confían por razón de las funciones oficiales que desempeña. El objeto jurídico tutelado por la infracción es, pues, el deber de probidad, celo y diligencia a que están obligados los funcionarios en el manejo de las cosas que recauden o administren". (25)

Al tratar el tema de la antijuridicidad, debemos necesariamente referirnos a los casos de ausencia de ella, por cuanto que la falta de ese requisito hace que no constituyan delito de hechos tipificados como tales en el ordenamiento penal.

Al respecto el tratadista Cuello Colón, comenta: "En las causas de (25) PERES, Luis Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1.968.

exclusión de la antijuridicidad el agente obra en condiciones normales - de imputabilidad, obra con voluntad conciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado al Derecho; la situación especial en que se cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta. - Como consecuencia de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal, ni siquiera civil, pues, del que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos". (26)

Según Max Ernesto Mayer, citado por Eduardo Alvarado Hurtado, "Las causas de justificación tienen su fundamento en la lucha contra lo injusto, en el valor del interés protegido y en los privilegios. Entre las causas de justificación que se basan en la lucha contra lo injusto, coloca este autor el deber jurídico, la legítima defensa y el auxilio propio. Entre los que se fundan en el valor del interés protegido establece los siguientes: la norma general, es decir, aquello que no se opone a la norma de cultura; la esfera de libertad que se deja estatalmente libre, de la cual se desprende el consentimiento de la víctima y la asistencia a los enfermos; en este mismo grupo establece también la educación". (27)

Edmundo Mesger, igualmente citado por el Doctor Alvarado Hurtado, sostiene "como fundamento de las causas de justificación, la falta de antijuridicidad basada en el principio de la ausencia del interés o por preponderancia del mismo. Como causa de justificación por ausencia de antijuridicidad según el principio de la ausencia del interés, señala el consentimiento expreso de la víctima y el consentimiento presunto. Como causa de justificación basada en el interés preponderante señala estos:

(26) CUELLO Colón, Eugenio, ob. cita No. 15.

(27) ALVARADO Hurtado, Eduardo, ob. cita No. 9, pág. 92.

la acción especialmente debida, la acción especialmente facultada (en el ejercicio de un derecho) y el principio del bien que se halla en cuestión" (28)

Concluye el Doctor Alvarado Hurtado diciendo: "el verdadero fundamento de las causas de justificación de un hecho se encuentra en que él deja de ser antijurídico por no violar las normas de cultura de una sociedad determinada". (29)

El Código Penal Colombiano, en el capítulo V, artículo 29, establece como causales de justificación del hecho las siguientes: cuando el hecho se comete: 1. En estricto cumplimiento de un deber legal. 2. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. 3. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. 4. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra la injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado en su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione. Y 5. 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".

Debe destacarse que el nuevo Código Penal insertó modificaciones sobre este punto. En primer término, en cuanto que, el anterior lo trataba

(28) ALVARADO Hurtado, Eduardo, ob. cita No. 9, pág. 92.

(29) ALVARADO Hurtado, Eduardo, ob. cita No. 9, pág. 92.

en el capítulo correspondiente a la responsabilidad (Título I, capítulo II), conjuntamente con las causales de inculpabilidad, inimputabilidad y con la circunstancia atenuante de cometer el delito en estado de ira e intenso dolor. El nuevo Código, logra una mejor ubicación de los temas, desarrollando en un capítulo independiente las causas de justificación (Capítulo V), al igual que las causales de inimputabilidad (Capítulo VI); traslada lo referente a la inculpabilidad al capítulo que lo denomina "De la culpabilidad" (Capítulo VII), y al capítulo II, "De las circunstancias", la comisión del delito en estado de ira e intenso dolor.

El Código derogado trataba en un solo numeral dos aspectos: uno que hace referencia a la disposición de la ley, y el otro a la orden obligatoria de autoridad competente. En tanto que, el vigente, lo enumera independientemente, modificando la denominación "por disposición de la ley" por la de "en estricto cumplimiento de un deber legal"; y la "orden obligatoria de autoridad competente" por "en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales"; es decir, que en el último aspecto, como puede verse, exige que la orden sea impartida con el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley.

La Comisión Redactora del nuevo Código logró, en tratándose de la legítima defensa, un mejor y más claro tratamiento, no incluyendo en el primer inciso del numeral 4o., las denominaciones "de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes", sino diciendo, simplemente, "contra injusta agresión", exigiendo no solamente que ésta sea injusta sino actual e inminente. Y, en el inciso 2o. hablando simplemente de quien rechaza al extraño que "indebidamente intente penetrar o haya penetrado...", sin necesidad de hacer alusión, como ocurría en el Código derogado, a que el extraño actúe durante la noche, escalando o

fracturando cercas, paredes, puertas o ventanas; en cuanto que el término "indebidamente" abarca todas esas actuaciones.

La causal de justificación de cuando se incurre en una actividad delictuosa en estado de necesidad, la trata el nuevo Código exigiendo que el agente no haya causado el hecho en forma intencional y además en forma imprudente. Modifica la designación "que no deba afrontarse por obligación profesional" por "que no tenga el deber jurídico de afrontar".

Contempla además, una nueva causal de justificación consistente en actuar en "legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público".

Conviene ahora explicar brevemente el significado de cada uno de esos términos, siguiendo el concepto de diferentes juristas que han tratado el tema que estamos estudiando.

a.- En estricto cumplimiento de un deber legal.- Debe entenderse por deber legal aquel que ha sido impartido por la ley, no solamente la expedida por el Congreso como órgano legislativo, sino todo ordenamiento comprendido en un decreto, ordenanza, resolución o actos similares proferidos por autoridad competente. Como bien concluye el Doctor Eduardo Alvarado Hurtado, sobre esta causal de justificación no se presenta ninguna dificultad, en cuanto que, "Es natural que si la ley impone la realización de determinado acto no se puede considerar antijurídica la conducta del que lo lleva a cabo; por consiguiente es indiscutible la justificación del hecho". (30). En consecuencia

(30) ALVARADO Hurtado, Eduardo, ob. cita No. 9, pág. 92.

no cometen delito; el juez que causa daño al allanar por la fuerza un inmueble (art. 359 C. de P.P.); el guardian que ocasione la muerte de un prófugo cuando no había otro medio de impedir la fuga, el funcionario que decomiza un arma a quien no tenía autorización para portarla.

b.- En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente.- Para que la orden de autoridad justifique el hecho es necesario: a) que provenga de autoridad competente, es decir, que esté comprendida entre las atribuciones propias del ordenador y emitida con las formalidades legales; b) que sea obligatoria la ejecución de la orden por parte de quien obedece; c) que no consista en la ejecución de un hecho claramente criminal, o que por sus características de atrocidad, barbarie, ferocidad, sevicia, etc. esté en contra de los principios humanos. En este caso puede alegarse eximente de culpabilidad demostrándose que se obró bajo insuperable coacción ajena.

c.- En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.- Es decir que se actúa en ejercicio de una facultad conferida por la ley. Por ello no comete delito: el padre de familia que por corregir a su hijo le causa lesiones personales; el que en ejercicio de un deporte autorizado legalmente y sin violación de las normas del juego lesiona a otro jugador; el médico que con autorización del paciente y para evitar un mal mayor amputa uno de sus miembros; el funcionario de instrucción que intercepta la correspondencia privada del procesado.

d.- En legítima defensa.- Considera Jiménez de Asúa que consiste en "la repulsa de la agresión antijurídica, actual e inminente, por el ata-

cado o tercera persona, contra el agresor, sin transpasar la necesidad de defensa, dentro de la racional proporcionalidad de los medios".

(31)

El Doctor Eduardo Alvarado Hurtado, por su parte, manifiesta: - "es la causal de justificación basada en la necesidad de defender los intereses jurídicamente protegidos, propios o de un tercero, contra una violencia actual e injusta, mediante una reacción que no puede exceder los límites determinados por la gravedad de la agresión".

(32)

De acuerdo al numeral cuarto del artículo 29 del Código Penal Colombiano, para que se pueda justificar el hecho por este concepto, se requiere: a) que la violencia sea actual; b) que sea injusta, o sea contra derecho, procediendo, por consiguiente, de persona capaz de obrar con injusticia, pues, si se trata de la agresión de un enfermo mental, por ejemplo, no se actuará en legítima defensa, sino en estado de necesidad. c) que ponga en inminente peligro un derecho. d) que haya proporcionalidad entre la agresión y la defensa.

e.- Estado de necesidad.- Según Von Lisst, citado por el Doctor Alvarado Hurtado, el estado de necesidad es "una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otros, jurídicamente protegidos". (33)

(31) JIMENEZ de Asúa, Luis, La Ley y el delito, ob. cita No. 20.

(32) ALVARADO Hurtado, Eduardo, ob. cita No. 9, pág. 95.

(33) ALVARADO Hurtado, Eduardo, ob. cita No. 9, pág. 103.

Guello Colón, expone así su criterio: "Es una situación de peligro actual o inminente para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede ser evitada mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona". (34)

Al tenor de lo dispuesto en el numeral 5o. del artículo 29 del Código Penal, podemos decir que son requisitos del estado de necesidad los siguientes: 1) Que exista un peligro actual e inminente. 2) Que no sea evitable de otra manera. 3) Que esa situación de peligro no haya sido causada intencionalmente o por imprudencia. 4) Que no tengan el deber jurídico de afrontar el peligro. 5) Que haya proporcionalidad entre el bien que se lesiona y el que se salva.

El tratadista Antonio Cancino, con gran propiedad y claridad, aplica las causales de antijuridicidad al delito que venimos estudiando, y manifiesta:

"a.) Legítima defensa. No podemos encontrar una ausencia de antijuridicidad en el peculado en función de la legítima defensa, por inexistencia de la agresión calificada que pudiera traer como consecuencia la distracción o disposición típicas.

b.) Puede aceptarse la eliminación de antijuridicidad en el peculado por estado de necesidad, puesto que es fácil imaginar la colisión de intereses, la incompatibilidad entre los bienes tutelados por la figura del peculado y la persona o los bienes del necesitado. Claro que para que se configure la justificante, será indispensable que los bienes sacrificados sean de menor entidad que los salvados.

(34) GUELLO Colón, Eugenio, ob. cita No. 15.

c.) No podemos concebir que en el peculado se encuentre una justificación por deber legal, a menos que se trate de la obediencia jerárquica, cuando el inferior tenga la obligación de prestar al superior incendio nal obediencia, pero en este caso salimos de la justificación por deber legal, para adentrarnos en la obediencia debida, la cual, al menos en esta hipótesis, no es otra cosa que el cumplimiento de un deber.

d.) Ejercicio es un derecho en el peculado.- Podría darse una situación privilegiada en la ley o en un contrato, que autorizara, en determinados casos, la distracción y hasta la disposición de los objetos o bienes recibidos por el empleado o el encargado, en razón de su cargo, como sucedería por ejemplo, cuando la disposición tuviera como origen el retraso injustificado y exagerado de los sueldos y tal acto hubiere sido expresamente previsto en una norma jurídica o en una relación contractual. Tal hipótesis caería lógicamente en el ejercicio de un derecho, aspecto negativo de la antijuridicidad, por ser especial del género que denominamos causas de justificación, aún cuando su simple planteamiento no deja de ser extravagante.

e.) Obediencia jerárquica legítima.- Ya dijimos que puede presentarse una hipótesis de obediencia debida que integre una causa de justificación, a saber: 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 si el orden recae en los bienes que son materia del peculado, no se configura el delito por ausencia de antijuridicidad, porque como se dijo anteriormente, tal exclusión de la antijuridicidad se identifica con el llamado cumplimiento de un deber". (35)

(35) GARCINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 194.

2.5.- La culpabilidad en el Peculado.

Corresponde estudiar uno de los aspectos de mayor importancia en el ámbito penal, especialmente si consideramos que la culpabilidad, al igual que la imputabilidad, constituyen el más trascendental cambio del nuevo Código Penal Colombiano.

Es conveniente, en primer término, analizar las diversas teorías que para fijar el concepto de culpabilidad se han elaborado, para entrar luego al estudio de la concepción adoptada por el nuevo Código.

Las más importantes teorías son: la psicológica, la caracteriológica, la normativa, la finalista y la ecléctica.

La primera, que cuenta entre sus defensores con Alimena, Bataglioni, y en el ámbito nacional, Mesa Velásquez, considera que la culpabilidad debe hallarse en la voluntad y conciencia del acto realizado o en la relación psicológica existente entre un hecho material y la persona que lo lleva a cabo. Mesa Velásquez, manifiesta: "es el aspecto subjetivo integral que acompaña y dirige la acción física u omisión productora del delito; el nexo moral o psicológico que debe mediar entre el sujeto y el acto; el alma del delito; su contenido espiritual". (36)

Las críticas fundamentales que se han formulado a esta teoría se sintetizan en las siguientes: 1) El tratadista chileno Juan Bustos Ramírez, dice: "para esta teoría dolo y culpa se refunden en el concepto mismo de culpabilidad, pero si se equiparan aquellos dos primeros conceptos

(36) MESA Velásquez, Luis Eduardo, Lecciones de Derecho Penal, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.974, pág. 233.

con este último, tiene que afirmarse que dolo y culpa son "culpabilidad de voluntad" y por esta vía ha de concluirse que en última instancia también la culpa es "resultado antijurídico querido" lo que no es posible - porque se identificaría con el dolo" (37). 2) Jimenez de Asúa, por su parte, expresa: "No siendo graduable la relación síquica entre el agente y el resultado de su conducta, no es posible la graduación del dolo o de la culpa, sin la cual no se entienden tales fenómenos" (38). 3) Alfonso Reyes, en su tratado sobre culpabilidad, comenta: "Fundar la culpabilidad exclusivamente sobre bases psicológicas, sería admitir que se puede hablar de acción culpable, aún en el caso de que el agente haya obrado en legítima defensa, estado de necesidad o cualquier otra causal de justificación, pues, en todas ellas se da el nexo psicológico entre el agente y su conducta, lo que no puede ciertamente aceptarse, puesto que por tal vía se regresa a la responsabilidad objetiva que aquella teoría pretendía cambiar" (39)

La teoría caractereológica, puede considerarse como una modalidad de la psicológica, pero hace alusión especialmente al carácter y a la personalidad del autor. El profesor Servio Tulio Ruiz, citado por Alfonso Reyes, adscrito a esta concepción opina: "Se entiende por culpabilidad la atribuibilidad del acto al sujeto, en el sentido de que debe existir un nexo psicológico, entre el comportamiento del agente y su síquis, que permita afirmar que la transformación del mundo exterior producida por su conducta es suya, que su comportamiento le pertenece. Este vínculo de naturaleza psicológica entre el acto y la síquis del reo, puede haberse ori-

(37) BUSTOS Ramirez, Juan, Culpa y finalidad, Editorial Jurídica de Chile, 1.967, pág. 15.

(38) JIMENEZ de Asúa, Luis, ob. cita No. 20.

(39) REYES E., Alfonso, La Culpabilidad, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.977.

ginado en su voluntad o puede corresponder a ciertas manifestaciones de su personalidad y debe representar un valor sintomático, por cuanto representa su constitución síquica, sus deseos, sus voliciones, sus inhibiciones, sus anomalías mentales, etc. (40). Por tratarse, como manifesté, de una modalidad de la teoría sicologista, es objeto, la caracteriológica, de las mismas críticas.

La teoría normativa constituye un rechazo a la orientación sicologista. Para los normativistas la culpabilidad radica en el juicio de reproche de la conducta del agente. Entre sus seguidores cuenta con Rimbort Frank, Goldschmidt, Mezger, Jiménez de Asúa, Bettiol.

Rimbort Frank, profesor de la Universidad de Munich, citado por Alfonso Reyes, sostiene: "la culpabilidad no es un nexo psicológico entre el agente y su comportamiento, sino un juicio que se emite sobre quien, habiendo podido comportarse de acuerdo al deber que le era exigible, ha actuado de un modo distinto a ese deber; trátase, pues, de un fenómeno complejo de cuya estructura forma parte el dolo, la culpa, la imputabilidad y la normalidad de la motivación, y puesto que en ella intervienen estos elementos, bien puede sintetizarse su esencia en la reprochabilidad. De esta manera, dolo y culpa dejan de constituir el fenómeno mismo de la culpabilidad para convertirse en elementos suyos" (41)

El tratadista colombiano Bernardo Gaitán Maccha, eminentemente normativista, opina: "por culpabilidad entendemos el juicio de reproche respecto de una conducta humana. Ese juicio consiste esencialmente, en valorar las condiciones subjetivas del autor en el momento de obrar, supuesta su capacidad de entender y de querer. Cuando el sujeto ha obrado de

(40) REYES E., Alfonso, ob. cita No. 39, pág. 17.

(41) REYES E., Alfonso, ob. cita No. 39, pág. 20.

modo que su voluntad conciente ha estado dirigida a la producción del resultado antijurídico, decimos que ese sujeto es culpable a título de dolo; cuando el resultado antijurídico ha sido el producto de la imprevisión, por no haberlo previsto el sujeto estando en capacidad de preverlo, o la previsibilidad por haber previsto el resultado pero haber creído que no se produciría, decimos que hay culpabilidad a título de culpa". (42)

El Doctor Federico Estrada Vélez, Presidente de la Comisión Redactora del nuevo Código, en la relación explicativa de la reforma, al analizar las principales innovaciones de las normas penales, dice: "La teoría normativa se elabora sobre bases muy distintas a las psicológicas y se integra por los siguientes elementos: 1. Exigibilidad de una conducta de terminada de conformidad con la norma penal, que tiene carácter ulteriormente sancionatorio; 2. Dolo o culpa, y 3. Imputabilidad del autor. La concepción se elabora básicamente en el juicio de reproche (reprochabilidad) vertido sobre un individuo que no ha sabido obrar de conformidad con el proceso normal de motivación". (43)

Al igual que las anteriores, esta teoría es objeto de críticas, entre las cuales el tratadista Alfonso Reyes, destaca las siguientes: "No constituye una auténtica y pura teoría normativa sino una mezcla de planteamientos psicológicos y normativos, porque continuó manteniendo el dolo en el ámbito de la culpabilidad, a pesar de que se trata de fenómeno estrictamente psicológico y no de un juicio apreciativo; esta crítica proviene de los finalistas". "Al ubicar la imputabilidad dentro del concepto de culpabilidad no se hizo nada nuevo porque aún dentro de la concepción del psicólogo surgía aquel fenómeno entendido como capacidad síquica del a

(42) GAITAN Maccha, Bernardo, Curso de Derecho Penal General, Editorial-Lerner, Bogotá, 1.963, pág. 155.

(43) NUEVO CODIGO PENAL, ob. cita No. 24, pág. 37.

gente para actuar antijurídicamente". "La culpabilidad no es ciertamente un juicio de reproche sino que dá lugar a dicho juicio; en otras palabras la culpabilidad como fenómeno predicable del hombre preexiste al juicio que sobre él se emite, en cuanto mediante él se descubre, con prueba, declara y reprocha dicho fenómeno". (44)

Los finalistas centran su teoría en la finalidad de la conducta humana, considerándola como elemento esencial de la acción. Desplazan el dolo y la culpa del ámbito de la culpabilidad al del injusto, en cuanto que no pertenecen a la culpabilidad sino a la conducta y más exactamente a lo injusto. Welzel, adalid de esta teoría, expone así su pensamiento: "La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Pero esa capacidad de prever las consecuencias del engranaje de la intervención causal y de orientar la conducta sobre estas bases hacia una finalidad determinada, solo es posible mediante la voluntad; por eso esta es la columna vertebral de la acción final. La dirección final de la conducta supone dos etapas; la primera es interna en cuanto se desenvuelve en la esfera del pensamiento; la otra es externa porque se realiza en el mundo de la naturaleza. Durante la primera fase, la persona anticipa mentalmente el fin que se propone, luego selecciona los medios que habrán de servirle para lograr la meta deseada "mediante un movimiento de retroceso desde el fin" y por último, considera los efectos concomitantes de su acción futura para evitarlos o contrarrestar sus des-

(44) REYES E., Alfonso, ob. cita No. 39, pág. 23.

viaciones, operación esta última que realiza "hacia adelante, a partir - del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que puede producir". Superada esta etapa interna, el sujeto ejecuta su acción en el mundo exterior, es decir, pone en movimiento, conforme al plan trazado, los medios de actuar que ha escogido previamente hasta lograr el fin propuesto". Plantea para explicar el problema de la culpabilidad, la teoría que denomina "Normativa Pura", según ella "la culpabilidad es un juicio valorativo de reproche que se le hace a una persona por haber actuado antijurídicamente, teniendo la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho. Un sujeto es culpable, pues, cuando habiendo podido formar una voluntad de acción adecuada a la norma actuó con voluntad antijurídica". Presupone entonces como elementos de la culpabilidad los siguientes: "La imputabilidad, la posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado y la exigibilidad de una conducta conforme a la ley".

(45)

Las críticas formuladas a esta teoría, las analiza el tratadista Alfonso Reyes, manifestando: "Aunque ha de abonársele a esta escuela el haber puesto de relieve que la conducta delictiva debe entenderse en sentido finalístico, en esencia tal aseveración no implica nada nuevo porque ya la psicología había descubierto que solo hay acción humana cuando la voluntad se orienta hacia una finalidad determinada; nadie discute, pues, que la conducta del hombre se caracteriza por la búsqueda de objetivos a los cuales se dirige su actividad sicosomática". "El desplazamiento del dolo y de la culpa del ámbito de la culpabilidad al del injusto, únicamente para lograr que ésta se convierta en un juicio puro de reproche no solamente no consigue el propósito de unificar la teoría del delito -pues

(45) REYES E., Alfonso, ob. cita No. 39, pág. 25.

to que dolo y culpa siguen teniendo diferencias sustanciales- sino que -
traslada a otra sede (la del injusto) cuantas dificultades surgían al a-
bordar aquellos temas -y particularmente el de la culpa- dentro de la -
culpabilidad". "Si se sostiene que la culpabilidad es juicio de valor, -
con el mismo argumento habría de concluirse que también la antijuridici-
dad y la tipicidad -en cuanto a adecuación típica y particularmente a in
gredientes normativos y subjetivos- constituyen juicios valorativos; si
a esto agregamos los juicios sobre cada uno de los elementos de la culpa
bilidad, veremos que toda la teoría del delito se transforma a la postre
en una sucesión de juicios valorativos y, además, todos ellos -salvo el
de adecuación típica- con un mismo contenido: el reproche de la conducta
del agente". "La exigibilidad de una conducta conforme a derecho, que -
los finalistas influyen como elemento de la culpabilidad, no es algo pro-
pio y exclusivo de este fenómeno porque también es indispensable para -
que la conducta típica pueda ser considerada como antijurídica; la cues-
tión resulta evidente si miramos el problema desde el punto de vista ne-
gativo; en efecto, la razón de ser tanto de las causales de inculpabili-
dad como de las de justificación no es otra que la de que al agente no -
le era exigible en el caso concreto comportamiento diverso, dadas las -
circunstancias en que actuó y sus condiciones personales". (46) *eviden*

Algunos tratadistas han tomado una posición ecléctica, es decir, -
tratan de explicar el fenómeno de la culpabilidad tomando conceptos de u
na y otra teoría, particularmente de la psicológica y la normativa. Romero
Soto, expone su criterio, afiliándose a la tesis ecléctica, dice: "... es
posible afirmar que la esencia de la culpabilidad está en los factores -
psicológicos y la medida en la norma, que dice no solo cuando debe el in-

(46) REYES E., Alfonso, ob. cita No. 39, pág. 29.

dividuo abstenerse de obrar, sino hasta qué límite se le exige la absten-
ción o la acción. De la conciencia y voluntad del acto y de la posibili-
dad de obrar por un lado y de las exigencias y límites del deber por el
otro, brota la reprochabilidad que es el alma de la culpabilidad". (47)

Conocidos los planteamientos de las diferentes teorías, podemos u-
bicar la concepción adoptada por el nuevo Código Penal, dentro de la teo-
ría normativa, montada sobre datos psicológicos; en él quedó eliminada -
cualquier forma de responsabilidad objetiva, de responsabilidad sin cul-
pa; el hecho para ser punible debe ser culpable, es decir en cuanto el a-
gente ha realizado una conducta social y jurídicamente reprochable. Al -
respecto, Federico Estrada Vélez, comenta lo siguiente: "... la referen-
cia al conocimiento del hecho punible incluye elementos normativos clarí-
simos. El hecho punible es la infracción (delito y contravención), con -
todas sus notas típicas, vale decir, el sujeto, cualificado o simple, el
vínculo causal, cuando existe y los elementos descriptivos, valorativos
y normativos del tipo. De ahí que pueda sostenerse, sin duda alguna, el
carácter normativo de la culpabilidad en el proyecto. Esta tesis se vige-
riza en la definición de culpa (artículo 37), en la cual, sin excluir de
tos puramente psicológicos, el recurso al "resultado previsible" eviden-
cia profundas connotaciones valorativas...". (48)

El nuevo Código Penal adopta tres formas de culpabilidad: el dolo,
la culpa y la preterintención.

En torno al concepto de dolo se han planteado diferentes teorías, -

(47) REYES E., Alfonso, ob. cita No. 39, pág. 37.

(48) NUEVO CODIGO PENAL, ob. cita No. 24, pág. 39.

siendo las más importantes la de la voluntad, la de la representación, la mixta, la positiva y la finalista.

Según la teoría de la voluntad, el aspecto fundamental del dolo es la voluntad del agente en la realización de un acto determinado. Carrara, quien defiende esta teoría, considera que el dolo es la intención más o menos perfecta de realizar un acto que se conoce constitutivo de una infracción, contrario a la ley.

La segunda, o de la representación, sostiene que no es suficiente con la sola voluntad del agente, sino que, además, es necesario que quien perpetra el hecho delictuoso se represente las consecuencias de su acto, prevea su resultado. Max Ernesto Mayer, citado por Eduardo Alvarado Hurtado, manifiesta: "La producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no solo cuando la representación de que el resultado sobrevenirá ha determinado al autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no lo movió a cesar en su actividad voluntaria".

(49)

La teoría mixta sostiene que el dolo debe basarse tanto en la voluntad como en la representación del resultado y en la circunstancia determinantes.

La teoría positiva expone como elementos del dolo: la voluntad, la intención y motivos determinantes, haciendo énfasis, sobre todo, en los motivos que determinaron la actuación del agente.

(49) ALVARADO HURTADO, Eduardo, ob. cita No. 9, pág. 122.

Por último, la teoría finalista desplaza el dolo de la culpabilidad al injusto. Para Maurach, citado por Alfonso Reyes, actúa dolosamente "quien incluye en su voluntad la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo; trátase, pues, de un querer el hecho típico con representación mental del resultado; este querer no es ni un proceso sin presupuesto, ni un proceso uniforme. Un querer carente de presupuesto constituye, no dolo sino instinto. Querer presupone en cierta medida, conocer. Si el autor quiere realizar un perjuicio debe conocer el hecho verdadero, derivándose el querer del conocer. Quien roba sabe que toma cosa ajena, el dolo presupone pues cierto grado de conocimiento real". (50)

El Código Penal Colombiano define el dolo, muy claramente, en el artículo 36, diciendo: "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previamente al menos como posible".

Analicemos ahora, en forma sintetizada, las diferentes clases de dolo. Según su extensión puede ser: genérico o específico. Se habla de dolo genérico cuando se ejecuta un hecho típicamente antijurídico, querido y previsto por el agente; se refiere a toda clase de infracciones intencionales. El dolo específico, en cambio, consiste en el propósito de conseguir, con la ejecución de un hecho delictuoso, un fin o propósito determinado, se advierte el dolo específico cuando se utilizan expresiones como "el que con el propósito de..." "el que con el fin de..." "el que

(50) REYES E., Alfonso, ob. cita No. 39, pág. 51.

para...".

En el delito de peculado tendríamos que se presenta el dolo genérico, en el peculado por uso y por aplicación oficial diferente. Dolo específico, en el peculado por apropiación y por error ajeno, habida cuenta de que en las dos figuras se requiere que el empleado oficial se apropie o retenga "en provecho suyo o de un tercero". Y, en el peculado por extorsión puede presentarse tanto el dolo genérico como el específico, de acuerdo al caso.

Según el estado de ánimo del agente el dolo puede ser: afectivo, deliberado y premeditado. En el dolo afectivo la voluntad de perpetrar el hecho punible surge en el agente súbitamente, de improviso, es consecuencia de estados afectivos como la emoción, la pasión o el sentimiento. El dolo deliberado se presenta en los delitos intencionales, cuando el sujeto activo del delito actúa antijurídicamente, conociendo y queriendo el resultado, sin que su comportamiento se encuentre modificado por estados anímicos especiales. Y, hay dolo premeditado cuando entre la resolución criminal y la ejecución del hecho punible ha transcurrido un tiempo apreciable durante el cual el sujeto activo ha meditado y calculado fríamente el hecho que quiere realizar.

Tenemos entonces que, quien incurre en delito de peculado contemplado en los artículos 133 a 136 y 138 según sea el caso, actúa generalmente con dolo deliberado. Sin embargo es factible la premeditación, concebida como la preparación ponderada del hecho punible.

Atendiendo su contenido, el dolo es directo, es decir, cuando el resultado está de acuerdo con la intención del agente. Este puede ser a su

vez directo determinado y directo indeterminado, ya sea que exista una perfecta correspondencia entre la intención y el resultado, o que, a pesar de existir este nexo entre intención y resultado, no existe una verdadera actuación entre los mismos. Este último, -dolo directo indeterminado- se subclasifica en: dolo alternativo, que se presenta cuando la intención se realiza en uno o varios sujetos pasivos o en todos ellos; dolo eventual, cuando el agente se representa como posible un resultado dañoso, asiente ese resultado o lo mira con indiferencia y no renuncia a la realización del hecho, a pesar de que éste puede o no ocurrir; y, dolo indeterminado o de consecuencias necesarias, cuando la producción de los efectos no es aleatoria sino irremediable.

Con respecto al dolo eventual es conveniente recalcar su inclusión en la definición de dolo, dada por el nuevo Código Penal en el artículo 36, dice: "... lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible". Este hecho, elimina las múltiples controversias planteadas acerca de las diferencias existentes entre dolo eventual y culpa consciente.

Ahora bien, dentro de la clasificación del dolo atendiendo su contenido, se incluía antes de la expedición del nuevo Código, el dolo indeterminado, el cual servía de base al delito preterintencional. No ocurre lo mismo ahora, habida cuenta que, la preterintención se trata como una forma de culpabilidad. En efecto, el artículo 38 del Código Penal, manifiesta: "La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente".

Define, igualmente, en el artículo 37, otra forma de culpabilidad, la culpa, dice: "La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando ha-

biendo previsto confió en poder evitarlo".

Tenemos, entonces, que son tres los elementos de la culpa: 1. Error de conducta cometido por imprudencia, impericia, negligencia, violación de reglamento o inobservancia de ciertos deberes. 2. Un resultado dañoso, y 3. Relación de causalidad entre el error de conducta y el resultado.

Esbozados así los conceptos de dolo, culpa y preterintención, podemos manifestar, con respecto al delito materia de nuestro estudio, que el delito de peculado de que tratan los artículos 133 a 136 es necesariamente doloso, en cuanto que para su configuración se requiere la voluntad del agente para apropiarse, hacer uso indebido, aprovecharse del error ajeno y dar aplicación oficial diferente.

En tanto que el tratado en el artículo 137, alude a la comisión culposa; son por tanto sus elementos los siguientes: 1. Que el empleado oficial incurra en culpa. 2. Que efectivamente los bienes cuya administración o custodia se le hayan confiado en razón de sus funciones se "extravíen, pierdan o dañen", y 3. Que entre la culpa del empleado oficial y el extravío, pérdida o daño de los bienes exista relación de causalidad. En cambio, el artículo 138 plantea un caso de tipo penal subordinado que admite tanto el dolo como la culpa.

En cuanto a la preterintención, nuestra legislación no la contempla para esta clase de delito.

Nos hemos ocupado, en este aparte, del aspecto positivo de la culpabilidad, analizando el dolo, la culpa y la preterintención, debemos referirnos necesariamente ahora, al aspecto negativo, es decir a la inculpa-

bilidad.

Nos hemos ocupado, en este aparte, del aspecto positivo de la culpabilidad, analizando el dolo, la culpa y la preterintención, debemos referirnos necesariamente, ahora, al aspecto negativo, es decir a la inculpabilidad.

El artículo 40 del Estatuto Penal considera no culpable a "quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor, quien obre bajo insuperable coacción ajena, quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación y quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal".

Es decir, no existe culpabilidad en ninguna de sus formas, dolo-culpa-preterintención, cuando el agente realiza el hecho, descrito como delito, en las circunstancias del artículo 40 del Código Penal, salvo, claro está, que si el hecho proviene de culpa "será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo" (inc. 2, artículo 40).

Analicemos cada una de las causales.

- A) Caso fortuito o fuerza mayor.- "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc.". (Ley 95 de 1.980, art. 10.).

Cabe comentar, como lo hace Antonio Vicente Arenas, que esta cau

sal no se refiere exclusivamente a fenómenos de la naturaleza que ocasionen daños imprevisibles, como una tempestad, un terremoto, sino a acciones u omisiones humanas, habida cuenta que "el caso fortuito siempre está en relación con una acción humana, que hace razonablemente imprevisible el resultado dañoso".

Valencia Zea, por su parte, define la fuerza mayor como "un acontecimiento extraño a la actividad peligrosa, producido desde fuera por fuerzas naturales o por actos de terceras personas, acontecimiento que, según la experiencia humana corriente, es imprevisible y cuyo efecto dañoso no puede evitarse tomando todos los medios de precaución que racionalmente puede tomar un hombre diligente" (51)

La gran mayoría de los tratadistas consideran que cuando un resultado dañoso proviene de caso fortuito o fuerza mayor no hay delito, por ausencia de culpabilidad, especialmente en la hipótesis en donde no ha habido conducta humana inimputable. Federico Estrada Vélez, en la relación explicativa de la reforma del Código Penal (página 42), justifica su inclusión en las causales de inculpabilidad diciendo: "Aunque el caso fortuito y la fuerza mayor pueden conducir más que a la inculpabilidad, a la inexistencia de la acción en sentido técnico jurídico, su inclusión en este capítulo no daña. De igual manera, la insuperable coacción puede ser inculpabilidad a falta de acción, pero la discriminación de situaciones fuera del terreno puramente doctrinario, ningún beneficio práctico producirá".

b) Coacción insuperable.- Se entiende por coacción el "constreñimiento"

(51) REYES E., Alfonso, ob. cita No. 39, pág. 174.

físico o moral que se ejerce sobre una persona para obligarla a hacer u omitir algo que sin tal sometimiento no realizaría.

El tratadista Luis Carlos Pérez, citado por Antonio Vicente Arenas, comenta: "La coacción es de dos clases: física y síquica o moral. La primera es la violencia material aplicada sobre una persona para que actúe deliberadamente; la segunda es la amenaza de un mal futuro dirigido seriamente sobre el amenazado o contra persona vinculada a éste. La violencia es siempre actual; la amenaza encierra la ejecución ulterior de un mal. La primera afecta corporalmente al coaccionado; la segunda puede dirigirse a la integridad física, a la integridad moral, al patrimonio, etc.; tanto del coaccionado como de quien está unido a él por vínculos que lo obligan especialmente. Así, hay coacción cuando una persona hace obrar deliberadamente a otra bajo amenaza de hacer mal a un pariente de ésta, a un amigo o benefactor, etc."

(52)

Es necesario que la coacción sea insuperable, es decir que el sujeto no pueda sobreponerse a ella ya sea por no poder vencerla tratándose de violencia física o por no poder sobreponerse a ella cuando sea moral.

En consecuencia, la norma que estudiamos, es aplicable a cualquier tipo de coacción, siempre que reúna tres requisitos: 1. que provenga de otra persona, es decir que se trate de "coacción ajena"; 2. que sea actual, o sea que implica la materialización coetánea de los

(52) ARENAS, Antonio Vicente, Comentario al Nuevo Código Penal, Tomo I, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1.981.

hechos violentos y la presencia actual de un mal posterior, y 3. Que sea insuperable.

c) Justificación putativa.- Error de Prohibición.- Según el numeral 3o. del artículo 40, tampoco es culpable "quien realiza el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado de una causal de justificación".

Es decir, que el agente que ejecuta el hecho, legalmente descrito como delito, con la convicción errada de que actúa en estricto cumplimiento de un deber legal, orden legítima de autoridad competente, legítimo ejercicio de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad, no es culpable, siempre, claro está, que el error sea invencible, o sea que el agente no pudo superarlo a pesar de la diligencia y cuidado observados en su comportamiento.

A esta clase de error se lo denomina error de prohibición o error sobre la antijuridicidad; se presenta cuando versa genéricamente sobre la antijuridicidad del hecho. Romero Soto, citado por Antonio Vicente Arenas, considera que se da "cuando el autor conoce la norma pero supone, erróneamente, que tiene un derecho prevalente de actuar, es decir cree que existe una causal de justificación que hace lícita su conducta, no siendo así". (53)

Apesar de que el Código alude solamente a la posibilidad de actuar con la convicción errada de estar amparado en una causal de justificación, cabe decir que pueden presentarse tres hipótesis: 1. Error

(53) ARENAS, Antonio Vicente, ob. cita No. 52, pág. 437.

sobre la existencia de una causal de justificación, es decir el agente tiene la convicción de que su comportamiento está penalmente justificado; 2. Error de interpretación sobre una causal de justificación legalmente reconocida, cuando el error recae en el alcance de algún requisito propio de una causal de justificación, y 3. Error sobre la existencia de un hecho, que de existir justificaría la conducta, constituye la clásica defensa putativa.

- d) Error de tipo.- El numeral 4o. del artículo en comento, considera no culpable a "quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal".

Alfonso Reyes define el error de tipo como "el desconocimiento de una circunstancia de hecho objetiva perteneciente al tipo de injusto, sea ella de índole descriptiva o normativa; de esta naturaleza es, entonces, tanto el error que versa sobre lo material de la acción típica, como el que se refiere a expresiones de carácter normativo de "ajeno", "documento", "funcionario", etc.". (54)

Es decir, que la convicción errada o invencible a que se refiere el numeral 4o. puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo: sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico, objeto material y la conducta con sus circunstancias modales, temporales o especiales que en cada tipo se describen.

Conviene anotar que los numerales 3o. y 4o. del artículo 40 cons

(54) REYES E., Alfonso, ob. cita No. 39, pág. 211.

tituyen una innovación en el campo penal. Anteriormente nuestro Código hablaba de error de hecho y error de derecho y no de error de tipo y de prohibición. Welzel, citado por Alfonso Reyes, considera que la diferencia esencial entre estas dos clases de errores radica en que "el error de hecho y de derecho parte del antagonismo entre hecho y concepto jurídico, a tiempo que el error de tipo de prohibición, está montado sobre la diferencia entre tipo y antijuridicidad,.... Quien sustrae a otro una cosa que erróneamente considera de su propiedad, se encuentra en error de tipo, porque no sabe que sustrae algo ajeno; pero quien cree tener derecho a sustraer una cosa ajena (el acreedor frente al deudor insolvente) incurrirá en error de prohibición; quien no sabe que la cosa de que dispuso está embargada, se equivoca sobre una característica de tipo, pero quien lo sabe y erróneamente cree tener derecho a un desembargo de facto, se encuentra en error de prohibición; por tanto error de derecho y de hecho, por una parte y error de tipo y de prohibición, por la otra, son conceptos de índole completamente diversa, como se demuestra también con el aserto de que hay errores de derecho que son de tipo (como el que recae sobre características normativas del tipo de carácter jurídico), y errores de hecho que son de prohibición (como el que recae sobre los supuestos fácticos que fundamentan una causal de justificación). De tales consideraciones desprenderíase que estas dos clasificaciones sobre el error no son asimilables". (55)

Además, con la expedición del Decreto 100 de 1.980, se eliminó la norma sobre error accidental que abarcaba el error in persona y el aberratio ictus. Federico Estrada Vélez, Presidente de la Comisión Re-

(55) REYES E., Alfonso, ob. cita No. 39, pág. 213.

dactora del Código Penal, justifica así la no inclusión del error accidental "la comisión decidió eliminar del proyecto el error accidental, no solo porque nada tiene que ver con la culpabilidad, sino también - porque es inútil e injusto. Inútil, porque los problemas que pretende solucionar se resuelven sin dificultad a través del concurso de hechos punibles, con el moderamen de la culpabilidad. Injusto porque la institución del error accidental constituye, con cualquier redacción que se le dé, una fuente de responsabilidad objetiva". (56)

Entendiendo así, las causales de inculpabilidad, podemos aplicarlas al delito de peculado, manifestando que es factible admitir la exclusión de culpabilidad por virtud de coacción sobre la voluntad, como sucedería en el caso de que el empleado oficial se apropie o de aplicación oficial diferente en función de grave amenaza de un mal futuro serio dirigido contra el empleado o contra personas ligadas a él.

Al hablar de las causales de justificación del hecho, dijimos que quien incurre en delito de peculado puede obrar por estado de necesidad o en cumplimiento de un deber legal; por consiguiente, puede excluirse de culpabilidad el empleado oficial que actúe con la convicción errada e invencible de estar amparado por una de estas causales.

En cuanto al error de tipo, indudablemente puede presentarse en esta clase de delito, en cuanto que el error recaiga sobre los elementos que integran el peculado, tal sería en la calidad de empleado público del sujeto activo, o en los bienes objeto material del delito.

(56) NUEVO CODIGO PENAL, ob. cita No. 24, pág. 45.

2.6.- La Punibilidad en el Peculado.-

Constituye la punibilidad un avance de importancia dentro del nuevo Código Penal, si consideramos que en este punto se incertaron cambios fundamentales que contribuyen al tránsito del peligrosismo positivista ha a un Derecho Penal de culpabilidad. Es así como se abolieron, del ámbito penal, los conceptos de peligrosidad y de reincidencia. Hace una distinción más profunda entre penas y medidas de seguridad, enfatizando que éstas no tienen carácter punitivo, sino que se imponen como medidas de protección para el inimputable y la sociedad, con fines de curación, tutela y rehabilitación. Se eliminó la pena principal de presidio por considerar innecesario su mandamiento en la ley ante su equivalencia con la prisión.

Entremos, entonces, al estudio de la punibilidad, de la manera como está concebida en la actual legislación penal colombiana; comentando con antelación las diferentes posiciones que sobre el fundamento de la pena se presentan, para luego referirnos, en forma esquemática, a la clasificación de las penas, las circunstancias que la modifican para agravarla o atenuarla, la suspensión condicional de la condena, los hechos y circunstancias que la eximen; de la manera como están reglamentadas en el título IV, LIBRO I, Parte General del Código Penal. Esbozados así los conceptos generales podemos aplicarlos al delito de peculado, materia de este estudio.

Carrara, citado por Antonio Vicente Arenas, definió la pena como "aquel mal que de conformidad con la ley del Estado, infligen los magistrados a los que, con las formalidades debidas, son reconocidos culpables de un delito". El fin de la pena es para este autor "el restablecimiento

del orden externo en la sociedad". (57)

Servio Tulio Ruiz considera que pueden reunirse en cuatro grupos las doctrinas y teorías sobre el fundamento de la pena, así: "Absolutas, relativas, mixtas y de la enmienda. Las primeras justifican la pena por el delito cometido (penitur quia peccatum); los relativos se basan en la necesidad de impedir la comisión de delitos futuros (penitur ne peccetur) los mixtos, sin desconocer su carácter retributivo, le señalan una función preventiva (penitur quia peccatum et ne peccetur), y la de la enmienda parte de que la pena tiene una función de reeducación". (58)

Para la escuela positivista "Las sanciones establecidas para los autores de delitos deben solo prever a la más eficaz defensa social frente a los delincuentes peligrosos y a la redención y readaptación más rápida y segura de los delincuentes menos peligrosos, que son el mayor número". (59)

La legislación colombiana otorga a la pena fines "pluridimensionales", en cuanto señala los siguientes: función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora (artículo 12 C. P.).

El tratadista Servio Tulio Ruiz, explica así cada una de estas funciones: "1. Función retributiva de mal por mal, que tiende al restablecimiento del orden jurídico de la sociedad reafirmando el poder y la autoridad".

(57) ARENAS, Antonio Vicente, ob. cita No. 52, pág. 465.

(58) RUIZ, Servio Tulio, Teoría del Hecho Punible, comentarios al nuevo Código Penal, Ediciones Librería el Profesional, Bogotá, 1.980.

(59) ARENAS, Antonio Vicente, ob. cita No. 52, pág. 467.

dad del Estado. Por este aspecto la pena es represiva, porque implica una reacción estatal con motivo de la acción delictuosa. 2. Función preventiva, la cual puede ser general o específica. La primera parte de la pena como amenaza dirigida a los asociados para que se abstengan de cometer hechos punibles, la segunda mira al delincuente para que, al aplicarse efectivamente, lo coloca en imposibilidad de hacer daños. 3. Función protectora, la cual mira a la enmienda del reo. El cumplimiento de la misma corresponde a los funcionarios de los establecimientos carcelarios, quienes deben lograr esa enmienda a través de la educación, el trabajo, etc. 4. Función resocializadora, la cual tiene por objeto combatir las causas individuales de la criminalidad con el fin de que el reo se readapte a la vida social y comunitaria. (60)

Ahora bien, el ordenamiento penal clasifica las penas en principales y accesorias.

El artículo 41 del C. P. consagra "Los imputables están sometidos a las siguientes penas principales: 1. Prisión.- 2. Arresto.- 3. Multa".

Penas privativas de la libertad son, en el actual derecho positivo, las de prisión y arresto y pena pecuniaria, la multa.

Las penas de prisión y arresto consisten en la privación de la libertad personal y se cumplirán en los lugares y en las formas previstas por la ley.- Estas pues podrán cumplirse en colonias agrícolas o similares, teniendo en cuenta la personalidad del condenado y la naturaleza del hecho". (artículo 45 del C. P.).

(60) RUIZ, Servio Tulio, ob. cita No. 58, pág. 45.

"La multa consiste en la obligación de pagar al Tesoro Nacional una suma no mayor a diez millones de pesos.- La cuantía de la multa será fija da teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, el resarcimiento así sea parcial del daño causado, la situación económica del condenado, el estipendio diario derivado de su trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al delito y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar. En caso de concurso o acumulación, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán pero, en total, no podrá exceder del máximo señalado en este artículo". (artículo 46 del C. P.).

La duración máxima de la pena de prisión es de treinta años y de la de arresto hasta cinco años. Y, al tenor del artículo anteriormente transcrito, la multa no puede exceder de diez millones de pesos.

Como penas accesorias, en el artículo 42 del ordenamiento penal, señala las siguientes: "Restricción domiciliaria, pérdida del empleo público u oficial, interdicción de derechos y funciones públicos, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, suspensión de la patria potestad, expulsión del territorio nacional para los extranjeros y prohibición de consumir bebidas alcohólicas".

Trata en los artículos siguientes de cada una de ellas, así:

"La restricción domiciliaria consiste en la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio, o en la prohibición de residir en determinado lugar". (artículo 57 del C. P.).

"La pérdida del empleo público u oficial inhabilita hasta por cinco

agravan la responsabilidad, según que el agente actúe en las condiciones previstas en el artículo 64 o 68 del Código Penal.

Entre las circunstancias atenuantes consagra las siguientes: "la buena conducta anterior; obrar por motivos nobles o altruistas; obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso; la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho; haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto; procurar voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias; resarcir voluntariamente el daño, aunque sea en forma parcial; presentarse voluntariamente a la autoridad después de haber cometido el hecho o evitar la injusta sindicación de terceros; la indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución del hecho, y las condiciones de inferioridad síquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución del hecho". (artículo 64 del C.P.)

Como circunstancias de agravación punitiva contempla las siguientes: "Haber obrado por motivos innobles o fútiles; los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado o de la familia de éstos; el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del hecho, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado en su integridad personal o bienes, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente; la preparación ponderada del hecho punible; abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido; ejecutar el hecho con insidias o artificios o valiéndose de la actividad de inimputables; obrar con complicidad de otro; ejecutar el hecho aprovechando calamidad, infortunio o peligro común; abusar de la credulidad pública o privada; hacer más nocivas las consecuencias

del hecho punible; la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio; haber cometido el hecho para ejecutar u ocultar otro, o para obtener o asegurar para sí o para otra persona el producto, el provecho, el precio o la impunidad de otro hecho punible; observar con posterioridad al hecho, conducta que indique una mayor peligrosidad; emplear para la ejecución del hecho, medio de cuyo uso pueda resultar peligro común, y ejecutar el hecho sobre objetos expuestos a la confianza pública, o custodiados en dependencias oficiales o pertenecientes a éstas, o destinadas a la utilidad, defensa o reverencia colectivas". (artículo 68 del C.P.).

Por su parte, los Capítulos III y IV del Título IV, reglamentan lo relativo a la "conducta condicional", "de la libertad condicional", "de la extinción de la acción y de la pena".

La conducta condicional la trata el artículo 68 de la siguiente manera: "En la sentencia condenatoria de primera, segunda o de única instancia, el juez podrá, de oficio o a petición de interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: 1. que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres (3) años de prisión. 2. que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario".

El artículo 72 expone un concepto sobre lo que debe entenderse por libertad condicional, dice: "El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a la pena de arresto mayor de tres años o a la de prisión que exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el estable-

cimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permita suponer -
fundadamente su readaptación social".

Y, en los artículos 76 y siguientes regula como hechos extintivos -
de la acción y de la pena la extinción por muerte, el desistimiento, la
amnistía e indulto y la prescripción.

Sobre la manera como se refiere el ordenamiento penal a estos temas,
Federico Estrada Vélez expone lo siguiente: "Los sustitutos penales se -
reglamentan en los capítulos III y IV. La condena de ejecución condicio-
nal se instituyó con amplio criterio liberal, porque lo importante como
política penal no es el drástico rigorismo vindicativo, sino la concep-
ción pragmática de la pena, como instrumento de resocialización del delin-
cuente, sin renunciar a las demás funciones que la inspiran. La certeza
de la imposición oportuna de la pena es más útil que la incierta amenaza
de un castigo excesivo. De ahí que la comisión haya considerado necesa-
rio ampliar notoriamente el ámbito de aplicación de la condena de ejecu-
ción condicional como una sana y eficaz medida de política criminal. Cum-
plidos los requisitos que exige el proyecto (artículo 69) se podrá apli-
car si se impuso pena de arresto (duración máxima 5 años) o hasta tres a-
ños de prisión.- De igual manera, confiados en la eficacia del tratamien-
to penitenciario, se instituye la libertad condicional como medida conve-
niente para la total reeducación del delincuente que ya ha pagado la ma-
yor parte de la pena que le fuera impuesta.- Conviene anotar que la tra-
dicional institución de la reincidencia se suprimió del proyecto porque
a través de ella se consagraba una aberrante forma de responsabilidad -
objetiva, ya que la pena para el reincidente se impone, no en virtud de
los criterios señalados en virtud del artículo 61, sino para castigar un
delito anterior que ya había sido sancionado. La experiencia ha demostra

do que la reincidencia, rezago del más burdo peligrosismo, no ha tenido eficacia alguna como medida de rehabilitación social del condenado.- Finalmente el capítulo V regula todas las circunstancias y los hechos que extinguen la acción y la condena penales. Aunque es verdad que muchos de estos aspectos tienen un claro carácter procedimental, una larga tradición sistemática nacional y extranjera impone el tratamiento legislativo de estas materias en el Código Sustantivo, y así lo consideró la comisión". (61)

En lo relativo al delito de peculado el Código lo sanciona de la siguiente manera:

PECULADO POR APROPIACION.- "... 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".

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

PECULADO POR USO.-

"... incurrirá en prisión de uno a cuatro años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres años".

(61) NUEVO CODIGO PENAL, ob. cita No. 24, pág. 48.

PECULADO POR ERROR AJENO.- "... incurrirá en prisión de uno a tres años, multa de un mil pesos hasta 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".

PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE.- "... 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".

PECULADO CULPOSO.- "... incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años".

PECULADO POR EXTENSION.- Por tratarse de un tipo subordinado se aplicará la sanción correspondiente, según el caso.

ARTICULO 139.- "Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciera cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, 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 en la mitad.- Cuando el reintegro fuere parcial, el juez podrá en casos excepcionales y teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 61, disminuir la pena hasta en una cuarta parte".

Tenemos entonces que, la legislación penal, impone, a quienes incurran en delito de peculado, las penas principales de prisión, arresto (peculado culposo), y multa. Como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas.

Consagra una circunstancia agravante de la pena, en el inciso segundo del artículo 133, en el caso de que el valor de lo apropiado exceda los quinientos mil pesos.

Y, circunstancias atenuantes, que se aplican considerando que el reintegro se efectúe: antes de iniciarse la investigación, antes de dictarse sentencia de segunda instancia o se haga en forma total o parcial.

2.7.- Tipos penales amplificados en el Peculado.-

Nos hemos ocupado del estudio del delito considerándolo como una acción típica, antijurídica y culpable, que conlleva como consecuencia una sanción, haciendo referencia solamente a aquellas situaciones en que

el sujeto activo del delito ha realizado en su totalidad una conducta descrita en el tipo legal penal y ha actuado en forma individual.

Sin embargo, puede ocurrir que, a pesar de que el agente haya ejecutado actos que inequívocamente se entienden dirigidos a la comisión de un hecho punible, por circunstancias ajenas a su voluntad, el delito propuesto no llega a perfeccionarse; o, que el agente busque la colaboración de otra u otras personas para la realización y consumación del hecho punible. Dentro del ámbito jurídico, estaríamos frente a un conato o tentativa, en el primer evento y al fenómeno de la coparticipación, en el segundo.

A ellos se los estudia en la parte general del ordenamiento penal como tipos subordinados de delito, en cuanto que no podrían existir sino no están relacionados con el tipo principal. Se los denomina tipos complementarios o de amplificación y se los reglamenta en los artículos 22 (De la tentativa) y 23 a 25 (De la participación). De no ser así, las conductas ejecutadas que no alcanzan a producir el resultado lesivo y la agudación de los partícipes, no producirían efectos jurídicos, es decir no serían punibles.

Analicemos separadamente cada uno de estos fenómenos, para poder luego aplicarlos al delito de peculado.

El artículo 22 del Código Penal, establece: "El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni ma-

por de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado".

Deducimos entonces que, para que la tentativa subsista se requiere que el agente realice dolosamente actos idóneos; que estén inequívocamente dirigidos a la consumación de un hecho punible y que éste no logre su consumación o no culmine con las fases del iter criminis, por circunstancias ajenas a su voluntad.

Se hace necesario, en este aparte y para comprender mejor la institución de la tentativa, el estudio de las fases o etapas recorridas por el delito desde su iniciación hasta su culminación, es decir el estudio del iter criminis, en cuanto que entendido éste podemos establecer inequívocamente si los actos realizados por el agente son punibles o no.

La primera fase es la de la ideación, o sea el nacimiento de la idea delictuosa en la mente del sujeto activo, fase que no es punible. La segunda de la ejecución, cuando la resolución criminal empieza a manifestarse, o se traduce en actos preparatorios o de ejecución y por último la etapa de la consumación cuando el hecho punible se verifica porque se produce el resultado típico querido por el agente.

El Código de 1.936, con fundamento en las fases del iter criminis, describía el conato en diferentes figuras; el delito imposible, la tentativa, la frustración y el delito desistido.

El Código actual eliminó la distinción entre tentativa y frustración unificándola en una sola disposición sin que ello quiera decir que consi

dere punibles los actos de ideación o preparatorios; son punibles únicamente la tentativa inacabada (cuando iniciada la ejecución no se consuma el delito por circunstancias extrañas a la voluntad del agente), y la tentativa acabada (cuando se realizan todos los actos necesarios para la consumación pero ésta no se logra por circunstancias ajenas a la voluntad del agente). Ha eliminado el fenómeno del delito imposible, atendiendo al principio de que no hay delito sin tipicidad y por considerar que es un caso de responsabilidad objetiva. Y, la tentativa desistida, en cuanto que no se requiere de norma legal por no lesionar o poner en peligro ningún bien jurídico tutelado.

En el delito materia de nuestro estudio, tendríamos que, es posible admitir la tentativa en la ejecución del delito de peculado doloso, ya sea acabada o inacabada según el sujeto activo ejecute todos o casi todos los actos encaminados a la apropiación, al uso indebido, al aprovechamiento del error ajeno o a la aplicación oficial diferente de bienes públicos, objeto material del ilícito. Sería el caso, por ejemplo, de que un empleado de manejo se disponga a girar un cheque con el propósito de apropiarse de dinero o consumir la destinación oficial diferente y otro funcionario se lo impida, o que haya ejecutado todos los actos requeridos, en el ejemplo, que haya girado el título valor y el auditor fiscal no refrende o autorice el pago.

A contrario sensu, en el peculado culposo no es posible que se presente el fenómeno de la tentativa, habida cuenta que, el principio de ejecución presupone una voluntad encaminada al delito, y si en los delitos culposos no hay nunca principio de ejecución es precisamente porque el agente no ha tenido la intención de transgredir la ley penal, en el

No hay voluntad directa encaminada al delito.

Bien, dijimos que son dos los tipos complementarios o de amplificación: la tentativa y la coparticipación. Estudiada la tentativa, corresponde ahora adentrarnos en el estudio del segundo, para dar cabida a sujetos que ayudan, instigan, cooperan o colaboran con el autor principal.

La participación consiste en la cooperación voluntaria de varios sujetos en la ejecución de un hecho punible, que no necesariamente deben intervenir para que se tipifique el delito, sino que eventualmente participan en un momento determinado; no se trata, pues, de aquel tipo de infracciones que para su perfeccionamiento requieren necesariamente pluralidad de sujetos activos. Debe tratarse, en consecuencia, de un mismo hecho punible, el cual sea la resultante de varias actividades encaminadas a producirlo, con pleno conocimiento del partícipe o partícipes de que su acción u omisión es aporte a la comisión de un delito.

En efecto, en la participación se excluyen los casos en los cuales la estructura típica del hecho exige la intervención de varias personas (concurso necesario); en los tipos penales que requieren la intervención de dos personas que realizan conductas diversas, por ejemplo, en el cohecho propio y en los delitos culposos en los cuales la participación no puede darse desde el punto de vista lógico jurídico.

Según el tratadista Federico Estrada Vélez son tres las formas de participación: "Determinadores: impropriamente llamados autores intelectuales, son los que crean en la mente del sujeto la idea criminal; instigador; aquél que refuerza el propósito criminoso que ya ha surgido en

la mente de un sujeto, y cómplices: los individuos que prestan su ayuda en cualquier grado al autor o a los autores del delito". (62)

Por su parte, el Código Penal Colombiano define claramente lo que debe entenderse por autores y cómplices del delito, cuando dice: "Autores.- El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción" (art. 23). "Cómplices.- El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuída de una sexta parte a la mitad" (art. 24).

La modificación sustancial, incertada por el nuevo Código, en este punto, abarca dos aspectos: la eliminación entre cómplices necesarios o principales y cómplices accesorios o secundarios y la suspensión de la igualdad de las penas para los que el Código anterior denominaba cómplices necesarios y los autores, lo cual se consideraba injusto en cuanto que no es lo mismo realizar el hecho punible que colaborar en su realización.

Tendríamos entonces que el fenómeno de la coparticipación puede perfectamente presentarse en el delito de peculado doloso, porque, como bien afirma Federico Estrada Vélez, "En ciertos delitos se exige para su perfeccionamiento típico alguna calificación del sujeto activo (peculado), el requerir se cometa por funcionario público no es obstáculo para que pueda operar el fenómeno de la participación criminal. A pesar de que la

(62) ESTRADA VÉLEZ, Federico, ob. cita No. 3.

acción tenga que ser ejecutada por un funcionario público, la contribución causal intensional de una tercera persona no la convierte en autor pero sí la torna cómplice o participe del delito por virtud del poder de integración de las normas sobre la materia". (63)

No ocurre así, en el delito de peculado culposo, habida cuenta que, la coparticipación para que pueda calificarse de participación criminal en el delito debe estar intensionalmente encaminada a colaborar en la producción del resultado.

Estudiados así, en este capítulo, en forma esquemática los aspectos jurídicos sobresalientes y característicos del delito analizado, corresponde ahora referirnos a las distintas clases de peculado, ateniéndonos a las disposiciones del nuevo Código Penal.

(63) ESTRADA Vélez, Federico, ob. cita No. 3.

CAPITULO TERCERO

3.- CLASES DE PECULADO EN EL NUEVO CODIGO PENAL

3.1.- Peculado por apropiación.-

El artículo 133 del Código Penal reglamenta el delito de peculado por apropiación, diciendo: "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 éste tenga parte o de bienes de particulares, cuya administración o custodia se le 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.

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

Deducimos del contenido del artículo, que el nuevo Código Penal, introdujo esenciales modificaciones a las disposiciones sobre peculado por apropiación, se hicieron las variaciones siguientes:

a.- En primer término, en cuanto que se trata en forma independiente dos tipos de conductas: la apropiación y el uso indebido.

b.- En cuanto al sujeto activo, ya que no se refiere solamente al empleado oficial y al empleado oficial de empresas o instituciones del Estado, o en las que éste tenga parte, sino que extiende la acriminación a aquél empleado oficial que se apropie de bienes de particulares, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones.

c.- En cuanto a los términos, utilizados por el Decreto 1858 de 1.951, "recaudar, pagar, administrar o guardar", se concretó en los términos "administrar y custodiar".

d.- Suprimió el término "caudales", para referirse solamente a los bienes; considerando que en él caben tanto los bienes muebles como los inmuebles, los fungibles e infungibles, etc.

e.- Además de la pena principal de prisión establece la principal de multa y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

f.- Finalmente ya no se refiere a circunstancias atenuantes de la sanción punitiva, en cuanto que las regula en el artículo 139 en forma general para todas las dases de peculado; sino que contempla en el inciso segundo, una circunstancia de agravación punitiva.

Para entender con mayor claridad, este tipo de delito, debe analizarse fundamentalmente el alcance del término APROPIACION.

Apropiarse, según Crispigni, citado por Jesús Bernal Pinzón, quiere decir: "Cumplir actos de disposición uti dominus. Esto puede lograrse

dante la retención definitiva de la cosa; es decir, no restituyéndola, o también mediante enajenación, destrucción o uso de la cosa consumible".

(64) Ahora bien, el peccado se configura cuando la conducta del emplea-

Antonio Vicente Arenas, comenta "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 la cosa actos de dueño, sin serlo. Por el aspecto psíquico, se ejecuta sin ánimo de restituir las o devolverlas. Hay actos como la venta, la destrucción, la donación, el consumo, que revelan inequívocamente la apropiación. Otros, como la retención, el uso, la pignoración, etcétera, son equívocos y no bastan para concluir que se ejecutan con ánimo de apropiación". (65)

Debe entenderse entonces que, para configurarse el delito de peculato por apropiación, debe hablarse de retención definitiva como forma de apropiación, y no de retención provisional que es la que está unida a la voluntad no de apoderarse de la cosa sino de devolverla, en cuanto que ésta queda por fuera de la figura.

La ley no dice de que manera se puede producir la apropiación, por consiguiente, se trata de los delitos que según Carnelutti, se denominan "a forma libre". Por lo mismo, el empleado oficial puede apropiarse de los bienes que administra o custodia con cualquier conducta indicativa de la intención de hacerse dueño del bien, de ejercer sobre él actos a

(64) BERNAL PINZÓN, Jesús, ob. cita No. 12, pág. 25.

(65) ARENAS, Antonio Vicente, Compendio de Derecho Penal, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1967.

título de propietario. material, el peculado recae sobre cosas pertenecientes a la administración pública, en cualquiera de las esferas de

Ahora bien, el peculado se configura cuando la conducta del empleado tiene como fin un provecho, para sí o para un tercero. Es el dolo específico del delito que, si no concurre, lo desintegra; es este, por consiguiente un elemento constitutivo del peculado por apropiación.

Además, el peculado por apropiación exige como presupuesto de la conducta que el empleado oficial se apropie de bienes "cuya administración o custodia se le hayan confiado por razón de sus funciones". Es decir, que administre o custodie los bienes por disposición de la ley, atendiendo con ello el carácter normativo de la relación funcional.

Sin embargo, no es necesario que los bienes, que constituyen el objeto material del peculado los tenga el funcionario en forma material o directa; como ya dijimos, puede existir en relación con tales bienes la disponibilidad jurídica, o sea la libre disposición que por virtud de la ley tiene el empleado oficial.

La conducta del sujeto, en la clase de delito que estamos analizando consiste en la APROPIACION, al igual que del delito de abuso de confianza. Ello nos lleva a establecer las diferencias radicales entre estos dos tipos legales, y siguiendo el criterio, que sobre el particular tiene el tratadista Luis Carlos Pérez, son las siguientes:

a.- "En cuanto a la objetividad jurídica, el peculado defrauda la confianza depositada en el funcionario público, mientras que el abuso de confianza afecta la fé en un particular.

(Luis Carlos Pérez, obra citada No. 73, págs. 196-197)

b.- En cuanto al objeto material, el peculado recae sobre cosas pertenecientes a la administración pública, en cualquiera de las esferas donde ésta mantenga interés patrimonial e influencia rectora, y el abuso de confianza recae sobre bienes integrantes de un patrimonio privado.

c.- En cuanto al agente, el peculado sólo puede ser cometido por un funcionario o empleado público (empleado oficial), y del abuso de confianza puede ser responsable cualquiera.

d.- En cuanto a la vinculación del agente con la cosa, en el peculado se entrega al funcionario de la administración oficial, porque entre las funciones de él está precisamente la de recaudarla, guardarla o darla en pago (administrarla o custodiarla), mientras que en el abuso de confianza la consignación se hace a cualquier título no transmisible de dominio". (66)

3.2.- Peculado por uso.-

Está reglamentado en el artículo 134 del Código Penal de la siguiente manera: "El empleado oficial que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste 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 haga".

(66) PEREZ, Luis Carlos, ob. cita No. 25, pág. 196.

Como se ve, al igual que en el peculado por apropiación, esta figura presenta modificaciones sustanciales, que pueden extractarse así:

a.- Las variaciones anotadas al referirnos al delito de peculado por apropiación, en los numerales a) a d), se presentan también en el peculado por uso.

b.- Al tratarse el peculado por uso independientemente del peculado por apropiación, se elimina, como manifiesta Antonio Cancino, la "parificación punitiva", entre estas figuras; imponiéndose una sanción más leve a quien incurra en peculado por uso, lo cual es plenamente justificable.

c.- El artículo anterior estaba estructurado en forma unitaria, decía: "... o en cualquier forma haga uso indebido...". En el nuevo Código se lo presenta en dos incisos; contemplando el primero el peculado por uso, al afirmar: "... el empleado oficial que indebidamente use o permita que otro use..."; y en el segundo el peculado por utilización de trabajos y servicios, cuando dice: "... al empleado oficial que indebidamente utilice trabajo o servicios oficiales, o permita que otro lo haga...".

Sobre esta última modificación, el tratadista Antonio Cancino hace un comentario que considero oportuno transcribir; manifiesta: "Hay un problema, en normas de los proyectos anteriores, el peculado por uso no tenía dos incisos, tenía uno solo que cobijaba desde el año 74, porque la idea de extender el peculado por uso a quienes utilicen trabajos o servicios oficiales, venía de la ponencia del Doctor Romero Soto. Y digo

que venia una norma unificada, pero con la ponencia del profesor Federico Estrada, se crea el peculado por uso, en el inciso primero, y el peculado por utilización de trabajos o servicios públicos, servicios oficiales, en el inciso 2o. La pena es de uno a tres años de prisión, simplemente a título de inquietud, preguntaría lo siguiente: el funcionario público, que utilice el mensajero de su oficina para llevarle algo a su casa, puede incurrir en esta pena? El funcionario público que utilice una máquina en su casa, puede incurrir en esta pena? A mi me parece que el inciso segundo ha debido quedar con una pena de arresto pero no con una pena tan severa como la de éste: uno a tres años de prisión; porque los comportamientos que pueden presentarse, por la utilización de trabajo o servicios oficiales, es muy variada". (67)

Es este un criterio que comparto en cuanto que efectivamente el inciso segundo del artículo 134 amplía demasiado la figura delictiva y aparece sancionado con una pena rigurosa.

Es preciso concretar ahora, en qué consiste el "uso indebido", al que se refiere la disposición del nuevo Código Penal. Aspecto éste de vital importancia si consideramos que, anteriormente se definía el uso identificándolo con la apropiación o sustracción. Es así como Luis Carlos Pérez afirma: "El uso indebido no es otra cosa que la destinación o apropiación fraudulenta de los bienes puestos bajo la guarda del funcionario público. Y es que, en realidad, el uso indebido puede consistir tanto en la apropiación como en la distracción de fondos". (68)

(67) GARCINO M., Antonio, ob. cita No. 11, pág. 117.

(68) PÉREZ, Luis Carlos, ob. cita No. 25, pág. 200.

La Corte, en sentencia de Enero 26 de 1.951 dice, por su parte, que "el uso indebido no es otra cosa que la apropiación o destinación fraudu- lenta de los bienes puestos bajo la guarda del funcionario público". (E- nero 26/51 G/J. Tomo LXIX, pág. 152).

Pacheco Osorio, citado por Antonio Cancino, manifiesta: "La expre- sión que en cualquier forma haga uso indebido está indicando que debe ha- ber una apropiación o una sustracción". (69)

Sin embargo, y partiendo del tratamiento independiente de las dos - figuras delictivas, debemos decir que estas tienen características dife- rentes, entendiendo el "uso indebido", como la utilización momentánea de la cosa confiada al empleado oficial, sin el propósito de apropiarse de ella. Por lo tanto una de las características de esta figura hace alusión al tiempo, ya que la utilización no puede ser indefinida. Y, otra se re- fiere al propósito del agente en cuanto que no lleva la intención de a- apropiarse con ánimo de señor y dueño.

Esta concepción de uso indebido, es analizada por los tratadistas - Gustavo Rodríguez y Jesús Bernal Pinzón. Opina el primero: "El uso inde- bido... se diferencia de la apropiación propiamente dicha en cuanto que no existe, como en ésta, el propósito de apoderamiento de la cosa ya que si tiene el de devolverla o reintegrarla". (70)

(69) CANCINO M., Antonio, Peculado (Estudio Dogmático y Jurisprudencial), ob. cita No. 1, pág. 88.

(70) CANCINO M., Antonio, ob. cita No.1, pág. 92.

Bernal Pinzón por su parte considera que "en esta forma de peculado el sujeto se limita a usar arbitrariamente de los bienes públicos que tiene bajo su cuidado, no con el ánimo de quedarse definitivamente con ellos, sino, por el contrario, de restituirlos. Esto es lo que distingue en nuestro sentir las dos formas de peculado. En el de simple uso debe existir en el ánimo del agente el propósito de restituir la cosa que arbitrariamente está usando". (71)

El empleado oficial, entonces, no se comporta como propietario, pues reconoce el dominio público, sino que se limita a exceder la facultad concedida para emplearlo.

Entendido así el término "uso indebido" utilizado por el artículo 134, debemos destacar el hecho de que la disposición exige, para el perfeccionamiento de la figura delictiva, que exista una relación funcional entre los bienes materia del uso indebido y las funciones propias del agente. Sobre este punto el tratadista Antonio Cancino comenta: "Para el uso el legislador establece la relación funcional, el artículo dice: "El empleado oficial que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o empresas o instituciones en que él tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le hayan confiado por razón de sus funciones, no hay duda alguna de que el uso, tiene que hacerse en relación con bienes que tengan esa relación funcional. Al haberse creado el inciso qué ocurre, queda redactado en la siguiente forma: la misma pena se aplicará al empleado oficial, que indebidamente utilice trabajos, servicios oficiales, permita que otro lo haga, de tal manera que en rela

(71) BERNAL Pinzón, Jesús, ob. cita No. 12. pág. 27.

ción con la utilización de trabajos o servicios oficiales, no se está exigiendo la relación funcional. Me imagino que le tocará al intérprete hacer un exagerado esfuerzo, para decir que se sobreentiende que tiene que ser en ejercicio de las funciones, pero de todas maneras como queda redactado el artículo, para la utilización de trabajos o servicios oficiales, no se exige la relación funcional, lo cual crea un grave problema de carácter interpretativo". (72)

Ahora bien, cabe preguntarse, en qué momento se consume el delito? Sobre el particular existen diversidad de criterios en cuanto que unos consideran que el peculado no requiere necesariamente la producción de un daño y otros tratadistas no comparten esta posición. Antonio Vicente Arenas, adscrito a la primera tesis sostiene: "El peculado es un delito de peligro y no de lesión, porque para que se consuma no es necesario que se produzca un daño efectivo. Es delito formal cuya consumación se opera al dar aplicación oficial diferente o hacer uso indebido de los caudales, aunque de ahí no se siga perjuicio para nadie". (73)

Aquí mismo, Pacheco Osorio, citado por Jesús Bernal Pinzón, dice que "se consuma éste con el uso indebido, siendo indiferente que la administración pública haya sufrido un perjuicio o solo corrido un peligro" (74)

Es decir, consideran que el daño no es un elemento constitutivo del peculado; en consecuencia, puede presentarse el peculado consumado, sin

(72) GARCINO M., Antonio, ob. cita No. 11, pág. 117.

(73) ARENAS, Antonio Vicente, ob. cita No. 65, pág. 135

(74) BERNAL Pinzón, Jesús, ob. cita No. 12, pág. 29.

que se haya causado ese daño o perjuicio, puede subsistir sin él. daño.
Y el resultado sin daño es, visiblemente bien inconcebible". (75)

Con un mejor criterio y contradiciendo la anterior teoría, Alfredo De Marsico, citado por Jesús Bernal Pinzón, manifiesta: "La verdad es, - nos parece, que si la tutela de los deberes de fidelidad a la administración pública es el fin genérico de las figuras delictuosas recogidas en el título mencionado, cada una de ellas mira también a la tutela de un particular aspecto o relación en que este deber se concreta; de suerte - que, al lado de un fin genérico que rige como ratio común a todas las - normas, hay, para cada una, un fin específico que la rige como ratio específica; al lado o dentro del cerco más vasto de un bien jurídico que - defiende el complejo de las normas (la fidelidad del funcionario a la administración pública), se inscribe, para cada una, otro bien jurídico, - en el cual se especifica el primero, asume de vez en vez su peculiar fisonomía, circunscribe e individualiza el objeto y el modo como la fidelidad viene infringida... el hecho que esta disposición prohíbe, el objeto y el fin del mismo, están desmintiendo que el verificarse el daño patrimonial sea indiferente para la realización del delito". Argumenta, en relación al resarcimiento del daño, y para dar firmeza a lo anterior, lo siguiente: "Es el daño lo que se resarce; pero el delito del cual se deriva el daño, queda completo e intacto en sus elementos constitutivos; es, en la mejor hipótesis, un daño que se ha resarcido inmediatamente después, pero después. Entre el momento de la apropiación (o del uso) y el del resarcimiento, por virtud de cualquier garantía, (o cesación del mal uso), pasa fatalmente un intervalo de tiempo, siempre apreciable aunque brevísimo, durante el cual el patrimonio de la administración pública es disminuido, o se ha concretamente perjudicado, o fue alterada -y por tanto perjudicada- la situación de relación entre la administración pública

y el bien económico distraído. Precariedad del daño no es falta de daño. Y el peculado sin daño es, viéndolo bien inconcebible". (75)

El artículo 133 del Código Penal establece: "El empleado oficial...". Por su parte Nelson Hungria, igualmente citado por Jesús Bernal Pinzón, en referencia al momento consumativo del peculado expresa: "con la apropiación o malversación (uso indebido) del dinero, valor u otro bien perteneciente al Estado, o bajo la guarda de éste, es como se realiza la violación al deber funcional. Una y otra son como cuerpo y alma... Sin esos dos elementos, que se conjugan íntimamente, no puede darse el sumatun opus del peculado. El momento consumativo está constituido por la efectiva apropiación sine jure del dinero, valor u otra cosa mueble (por el uso indebido), y en ese momento está necesariamente incerto el daño patrimonial; esto es, la desposesión o pérdida del poder de disponibilidad del Estado (u otra entidad de derecho público) relativa al bien de que se trate, sirviéndose el agente de él como si fuera dueño. No tengo duda, por consiguiente, al repetir lo que ya dije en otra ocasión: peculado consumado sin daño efectivo es tan absurdo como decir que puede haber humo sin fuego; o sombra sin cuerpo que lo proyecte...". (76)

Considero, entonces, que para que subsista el delito de peculado es absolutamente necesario la producción de un daño que afecte a la administración pública. Y, que la infracción se consuma cuando el empleado oficial hace uso indebido de los bienes que administra por razón de sus funciones.

(75) BERNAL Pinzón, Jesús, ob. cita No. 12, pág. 31.

(76) BERNAL Pinzón, Jesús, ob. cita No. 12, pág. 32.

3.3.- Peculado por error ajeno.-

El artículo 135 del Código Penal establece: "El empleado oficial que se apropie o retenga, en provecho suyo o de un tercero, de bienes que por error ajeno hubiere 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".

Recalquemos las modificaciones insertadas por el nuevo Código Penal respecto a esta figura delictiva:

a.- Al referirse al sujeto activo del delito el artículo 159 del anterior Código Penal decía: "el funcionario público o el encargado de un servicio público". Actualmente, al igual que en las demás clases de peculado y sujetándose a la definición del artículo 63 del Código Penal vigente, se refiere al "empleado oficial".

b.- Como en los demás tipos de peculado, describe el objeto material del ilícito con el término bienes, que comprende todas las cosas que tienen valor, dentro del cual quedan incluidos los efectos, caudales, rentas, a los que se refería la anterior disposición.

c.- La disposición derogada contemplaba, expresamente, como presupuesto de la conducta que el agente se encuentre "en el ejercicio de sus funciones". La norma actual no lo exige, se limita a decir que se a-

propie o retenga bienes "que por error ajeno hubiere recibido". Sin embargo, ateniéndonos a que, al referirnos al sujeto activo del delito de peculado, advertimos que es requisito sine qua non para la configuración del ilícito que el agente obre en ejercicio de sus funciones, podemos decir, en mi concepto, que esta exigencia se entiende contemplada tácitamente en la figura, del delito de peculado por error ajeno, habida cuenta que, si el aprovechamiento proviene, por ejemplo, de un usurpador de funciones o de un particular, no se configuraría el delito de peculado.

Dijimos que el artículo utiliza tres veces rectoras: la apropiación, d.- Una innovación importante la constituye la inclusión del inciso segundo del artículo, en cuanto que amplió la figura delictiva a aquellos eventos en los cuales el sujeto activo haga uso indebido de los bienes. Utiliza el artículo, entonces, tres veces rectoras para la configuración del ilícito: apropiación, retención y uso indebido. Dice la disposición en el inciso segundo: "Cuando no hubiere apropiación ni retención, sino uso indebido, la pena se reducirá en la mitad". (76). El uso indebido consiste en la recepción del bien con la intención de apropiarse definitivamente sino de utilizarlos en e.- En cuanto a la sanción punitiva, anteriormente el agente incurría en "prisión de seis meses a dos años y en multa de diez a mil pesos". Incurre, ahora, 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". Lo anterior cuando la conducta del agente consista en la apropiación y retención. El inciso segundo contempla una circunstancia de atenuación punitiva, como ya vimos, cuando el agente hace "uso indebido" de los bienes; dice el inciso: "la pena se reducirá a la mitad".

rés particular perjudicado con la actitud del agente. Por lo tanto concurren dos sujetos pasivos: la administración pública y el particular que sufre un menoscabo en su patrimonio.

Tenemos entonces, que para la configuración del ilícito es necesario en primer término que el particular caiga en error al hacer entrega de los bienes, que ese error sea aprovechado por el empleado oficial obteniendo un beneficio para sí o para una tercera persona, causando con ello un perjuicio; para la administración, en cuanto que el empleado ha violado la confianza en él depositada en lo referente a la observancia de sus deberes, y para el particular que sufre lesión en su patrimonio.

3.4.- Peculado por destinación oficial diferente.

El artículo 136 del Código Penal dispone: "El empleado oficial que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, 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".

La disposición transcrita introdujo cambios esenciales a los preceptos del Código Penal en la parte relativa al delito de peculado por destinación oficial diferente, hizo las variaciones siguientes:

(79) Véase N.º Antonio, ob. cit. No. 11, pág. 119.

a.- Al igual que en las anteriores figuras, contempla como presupuestos de la conducta delictiva que el empleado oficial esté facultado para "administrar y custodiar" bienes públicos, objeto material del ilícito.

b.- Se emplea el término "bienes" y no el de "caudales o efectos" (con ello se logra resolver un problema de interpretación existente hasta el momento, en cuanto se concebía que no era factible la aplicación de esta figura delictiva en tratándose de bienes inmuebles). Dentro de este término caben tanto los bienes muebles como los inmuebles, los fungibles e infungibles, etc.

c.- Suprime el inciso, que decía: "Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá además una multa de diez a quinientos pesos". Sobre este punto, el tratadista Antonio Gangino, comenta lo siguiente: "... como éste es un ilícito contra la administración pública y el daño o perjuicio se ocasiona con la conducta en sí misma, que altera la organización presupuestal del Estado, implica un desconocimiento de parte del ejecutivo de lo verificado por el legislativo, se suprime el inciso del actual artículo 150 del Código Penal, que solamente ha servido para crear confusiones. Claro, es que el perjuicio se causa en el momento en que se desorganiza el presupuesto, de tal manera que el perjuicio ya está causado, crear un inciso en el cual se habla de un nuevo perjuicio, es redundante y además no trae ningún beneficio para la interpretación de la norma...". (79)

(79) GANGINO M., Antonio, ob. cita No. 11, pág. 119.

d.- No se refiere exclusivamente, como el Código anterior, al empleado o oficial "que diere... una aplicación oficial diferente". Amplía la conducta, y se refiere no solo al empleado que dé aplicación oficial diferente, sino a aquel que "comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste".

e.- En cuanto a la sanción punitiva, el antiguo Código imponía como pena la "interdicción para ejercer empleo o cargo público de uno a seis meses" y en el caso de resultar daño o perjuicio "multa de diez a quinientos pesos". El actual ordenamiento penal es mucho más drástico lo sanciona con "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".

El artículo 136 del Código Penal tutela, la obligación de emplear ordenadamente los bienes del Estado y de las empresas o instituciones en que éste tenga parte. Deber este consagrado como precepto constitucional; efectivamente, la Carta dice: "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".

Tenemos que, para que el delito se estructure, es necesario que la aplicación diferente sea oficial y los bienes tengan un destino determinado, de tal manera que el sujeto activo los aplique a género distinto de aquél al que se ha destinado por mandato legal.

Se ha discutido si la conducta del agente, de dar destinación diferente a los bienes, debe considerarsela como delito o simplemente dá lugar a una sanción disciplinaria o Administrativa. Pacheco Osorio, citado por Antonio Cancino dice: "no es bastante por sí 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 siquiera de perjudicar al Estado dá a los fondos que tiene bajo su mano aplicación pública distinta de aquella para la cual estaban consignados... en la indebida aplicación que un funcionario público dá a los caudales que administra, invirtiéndolos en objetos de utilidad común no hay dolo". (80)

Por su parte Juan Vega Vega, igualmente citado por Antonio Cancino manifiesta: "...llamamos a estas malversaciones administrativas o técnicas, porque en ellas el funcionario no recibe nada para sí, sino realmente lo que hace es infringir el ordenamiento administrativo, violando las disposiciones sobre presupuesto o dejando de hacer un pago que tenía que hacer. Se ha pensado que realmente no debía ser considerada esta conducta como un delito de malversación, sino como un delito de otra clasificación o como una infracción administrativa". (81)

Sin embargo, prima la concepción de considerarla como delito, esencialmente teniendo en cuenta la norma constitucional. Luis Carlos Pérez sostiene: "variar la destinación de los fondos, cuando el Congreso, las Asambleas, los Concejos Municipales y las llamadas directivas de los or-

(80) CANCINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 78.

(81) CANCINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 79.

ganismos públicos descentralizados, han hecho previsiones distintas, con arreglo a sus atribuciones, implica un serio trastorno por indebida ingerencia de una rama del poder en la otra. Perjudicando entonces los planes que se suponen elaborados por los cuerpos representativos de la soberanía popular en materia de gastos, y se acredita una rebeldía contra la legalidad y la consiguiente usurpación de funciones". (82)

Antonio Cancino comenta: "... bien obró el legislador al haber erigido como delito el fenómeno de la destinación oficial diferente que dá el funcionario público a los caudales y efectos que administra, máxime si se tiene en cuenta que la misma precariedad económica de nuestra situación de subdesarrollo, nos obliga, o nos debería obligar, a tener una organización fiscal y presupuestal en extremo rígida. Quien viola, pues los principios de esta organización administrativa, que tiene su origen en la Constitución, comete un hecho que aparentemente no puede revestir gravedad, pero que no sancionado podría generalizarse con las consecuencias que son de esperarse". (83)

Esta es, como manifesté anteriormente, la concepción que impera en el nuevo Código Penal, en donde, como también afirmamos, se sanciona más severamente este tipo de conducta, en cuanto que en la Comisión se dice: "es uno de los más graves delitos, porque es un flagelo para el Estado - actualmente, porque es un país subdesarrollado, en donde todos los días hay cambios de destinación, que desvarajustan la organización social, política, económica del país...". (84)

(82) PEREZ, Luis Carlos, ob. cita No. 25.

(83) CANCINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 81.

(84) CANCINO M., Antonio, ob. cita No. 11, pág. 120.

Se deduce entonces del contenido del artículo, que el ánimo de lucro no se tiene en cuenta en esta figura delictiva, esto es que esta conducta antijurídica no se sanciona por el daño material que pueda derivar se en contra de la administración pública, sino por el mal o perjuicio que conlleva el desorden en la inversión de los bienes y el peligro que representa permitir a los empleados oficiales el manejo caprichoso de esos bienes puestos bajo su administración o custodia.

Para la configuración de este tipo delictivo, no cuenta solamente la calidad del sujeto activo, es necesario también que el funcionario tenga la facultad de administrar, que se trate de un empleado con aptitud para poder variar la específica destinación de los fondos. Esta relación está expresamente fijada en la norma, en cuanto que ella se refiere a la facultad de administración del funcionario sobre los bienes pertenecientes al Estado o a entidades e instituciones en que éste tenga parte.

Se hace necesario, ahora, referirnos al momento consumativo del delito, si consideramos que, sobre el particular existen también criterios contrapuestos. Jesús Bernal Pinzón opina: "El momento consumativo del delito no coincide con la simple imputación presupuestal; es decir, con el solo cambio dentro del presupuesto, de un capítulo a otro, sino que es necesaria la inversión de los caudales". (85)

Apartándose de esta tesis el tratadista Abtonio Cancino manifiesta: "Yo considero que el término, aplicación oficial diferente, se perfecciona en el momento en que haya un traslado presupuestal, no en el momento-

(85) BERNAL Pinzón, Jesús, ob. cita No. 12, pág. 14.

que haya el gasto, por la sencilla razón, que si del renglón presupuestal educación, se pasa a acción comunal, aunque no haya realizado el gasto, ya no se pueden pagar los maestros, por ejemplo, ya se ha desorganizado el presupuesto, ya se ha dado una aplicación efectiva diferente en el campo fiscal y presupuestal. De tal manera que ya se ocasionó el perjuicio. Si se va a sacar dinero para pagar maestros, por ejemplo, no se va a poder realmente realizar ese pago, luego ya se ha consumado el delito y es independiente del gasto, porque no es un delito contra la propiedad, es un delito contra la funcionalidad, contra la organización del Presupuesto Nacional". (86)

En mi criterio, el nuevo Código Penal clarificó este asunto al referirse en forma independiente a cada uno de estos tipos de conducta; al decir incurre en este delito "el que dé aplicación oficial diferente" y quien "invierta o utilice". Quedando claro entonces, que la sola aplicación diferente, la simple imputación presupuestal, configura el delito y lo consuma.

3.5.- Peculado culposo.

El Código Penal Colombiano sanciona el peculado cometido por culpa, o sea, cuando como consecuencia de la imprudencia, inobservancia de reglamentos, negligencia, etc., del empleado oficial se pierden, extravían o dañan bienes públicos.

El artículo 137 del Código Penal dice: "El empleado oficial que res

(86) GARCINO M., Antonio, ob. cita No. 11, pág. 120.

pecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de 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 (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años".

Como lo hemos venido haciendo, con las demás clases de peculado, recalquemos las innovaciones que, con relación a esta figura, trae el nuevo Código Penal.

a.- Al hablar de sujeto activo, al igual que en el peculado por apropiación y el peculado por uso, hace referencia a aquel empleado oficial que por culpa dé lugar a que se pierdan, extravíen o dañen "bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones".

b.- En cuanto al objeto material del ilícito, como lo hacen las demás figuras, utiliza el término genérico "bienes".

c.- Contempla como presupuesto de la conducta del sujeto activo que esté facultado para "administrar o custodiar" esos bienes. En tanto que, en la anterior disposición, utilizaba solamente el término "custodiar", sin hacer referencia a que estuviere bajo su administración.

d.- No se refiere, como lo hacía el anterior, al extravío y pérdida; ele va a la categoría de delito, además, el "daño". El texto del artículo lo dice: "... que por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o da

ñen...". Al respecto comenta Antonio Cancino: "... de tal manera que los accidentes de tránsito quedan elevados a la categoría de delito de peculado, me parece supremamente exagerado, porque realmente, lo que actualmente es un accidente de tránsito, si hay culpa en el daño del vehículo en una estrellada, queda incluso en el delito de peculado, porque se agregó el término daño. Realmente eso ha debido que - dar como estaba, incluso sin el término extravien, porque el término extravien, da una impresión de algo que se pierde, pero parece, es - decir, que se pierda pero si se extravía y aparece, pues yo creo que es exagerado, de todas maneras ya está más o menos clara la doctrina sobre los términos perder o extraviar, pero lo que no vale la pena - haber elevado a la categoría de delito, es el simple daño, porque - va a dar lugar a exageradas puniciones, para simples accidentes de - tránsito". (87)

e.- En cuanto a la sanción punitiva, anteriormente se sancionaba con la "privación del empleo y en la obligación de pagar tales caudales o efectos. Actualmente se sanciona con "arresto de seis (6) meses a dos (2) años, multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones de seis (6) meses a dos (2) años".

Las expresiones contenidas en el artículo 137 pueden entenderse así: Extraviar quiere decir, según Luis Carlos Pérez, "poner algo donde no debe estar, hacer perder el camino que lleva a una cosa, esconderla de modo que se ignore dónde se encuentra". Perder, según el mismo autor, "entre muchas otras acepciones concordantes con la que aquí damos, quiere -

(87) CANCINO N., Antonio, ob. cita No. 11, pág. 121.

decir dejar de tener lo que se poseía, debido a una conducta humana o a cualquier otro factor, pues el idioma no hace ninguna diferencia al respecto". (88). Y, dañar significa causar detrimento, menoscabo, perjuicio, maltratar o echar a perder.

El problema más discutido en relación con el peculado culposo es el referente a la intervención de terceros, como fundamento de la incriminación. Jesús Bernal Pinzón, se pronuncia sobre la intervención de terceros, diciendo: "No compartimos la teoría de que por haber utilizado el legislador las expresiones perderse o extraviarse, de los caudales, ello elimine la necesidad de la participación de una tercera persona. La ley dice "diere lugar", lo que equivale a "dar ocasión" a crear las condiciones que hagan factible el extravío o la pérdida de los caudales o efectos. Si la interpretación fuera distinta a aquella que exige la participación de un tercero, creemos que ello llevaría a sancionar a título de culpa las conductas más inocentes que se puedan imaginar exigiendo al funcionario una prudencia y un gobierno tal, que en muchas ocasiones conduciría prácticamente a una perturbación en la buena marcha de la administración. Cualquier descuido, por insignificante que sea, puede dar lugar a que las cosas por sí mismas se extravíen o se pierdan, y no sería justo que en casos semejantes se pudiera sancionar al funcionario". (89)

Con idéntico criterio Juan Vega Vega, citado por Antonio Cancino, sostiene: "se trata del delito de malversación de caudales públicos ejecutado por culpa, en los casos en que intervenga la imprudencia, negligencia o error de juicio".

(88) PEREZ, Luis Carlos, ob. cita No. 25, pág. 207.

(89) BERNAL PINZÓN, Jesús, ob. cita No. 12, pág. 42.

gencia o la impericia. El agente activo, el funcionario público, no se a propia ni sustrae directamente, sino que por culpa otra persona sustrae los caudales o efectos públicos de cuya custodia estuviere el funcionario público encargado". (90)

La Corte Suprema de Justicia acepta esta concepción. "Los elementos que tipifican el peculado culposo, para los doctrinantes, son los siguientes: a) que el sujeto activo no puede ser sino un funcionario público que tenga caudales o efectos bajo su custodia. b) que exista un hecho de abandono o negligencia inexcusables por parte del funcionario en lo referente a su deber de vigilar los caudales que están a su cargo. Abandono inexcusable es el que no puede disculparse ni justificarse. Semejante actitud de descuido no ha de provenir de acuerdo o concierto con el que verifica la sustracción, pues entonces el hecho sería imputable a dolo y constituiría un delito distinto. c) que haya una sustracción de tales caudales o efectos por parte de otra persona (el subrayado es mío), la cual al consumarla, lo haga sin acuerdo o concierto con el funcionario". (Sent. Octubre 21 de 1.948, G.J., t. LXV, pág. 165)

Por su parte, en contraposición con los anteriores conceptos, el tratadista Luis Carlos Pérez, manifiesta: "La expresión incluida en el artículo 154 no se presta a equívocos. Dar lugar a la pérdida o extravío es establecer o no controlar debidamente la oportunidad para que esta pérdida o extravío se produzca, bien permitiendo que terceras personas se apropien lo que el funcionario negligente abandonó, o dejándolo a merced de acontecimientos externos en que no interviene ninguna conducta hu

(90) CANGINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 96.

mana". (El subrayado es mío). (91)

Con idéntico criterio y refutando la teoría del Doctor Bernal Pinzón, Antonio Cancino dice: "El Doctor Bernal afirma, además, que cualquier descuido, por insignificante que sea puede dar lugar a que las cosas se extravíen o pierdan. Ocorre, sin embargo, que los descuidos insignificantes no son precisamente los que dan lugar a la estructuración de la culpa... dice que no es posible, pero sí difícil, pensar que los "caudales" o los "efectos" se pueden extravíar por sí solos. Lógicamente que los bienes por sí solos no se pueden extravíar, es necesario que se extravíen por razón del descuido o negligencia del sujeto activo. Y este evento no es difícil que se presente. Pensemos simplemente en el funcionario que tiene que transportar dineros y se embriaga hasta perder el conocimiento, motivo por el cual se le pierden los efectos o caudales sin que exista intervención de terceros... Podemos decir, pues, que nuestra legislación no exige en parte alguna la intervención dolosa de terceras personas que se aprovechan de la culpa del funcionario. Basta que los caudales o efectos "se extravíen o pierdan" y que esa pérdida se origine en la conducta culposa del funcionario o empleado público". (92)

Para solucionar este conflicto, el Doctor Giraldo Marín, miembro de la Comisión Redactora del nuevo Código Penal, propuso como texto del artículo el siguiente: "El que por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o que un tercero se apropie". Sin embargo, su fórmula no fué acogida, quedando el artículo redactado como aparece en el Código Penal.

(91) PEREZ, Luis Carlos, ob. cita No. 25, pág. 207.

(92) CANCINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 100.

Por consiguiente debe interpretarse que la legislación colombiana no exige, como presupuesto del delito de peculado culposo, la intervención de terceras personas, imperando obviamente el criterio expuesto por Antonio Cancino, quien además, al explicar la razón de la disparidad de criterios, manifiesta: "de dónde nació esta errónea interpretación? El Doctor Bernal Pinzón, cuando publicó su primera edición, sostuvo que era necesario que hubiera la apropiación de un tercero, para que se estructurara el delito de peculado culposo. No encontrábamos por ninguna parte, la explicación a esta interpretación, sino fuese porque el Doctor Bernal Pinzón, transcribe en su libro a un penalista argentino y a un penalista español. Ocorre que en la legislación argentina y en la legislación española, si se exige la intervención de un tercero. Pero en la colombiana no. De tal manera que lo que aconteció realmente fué que se introdujo un aspecto doctrinal foraneo, a una norma que no hablaba de intervención de terceros". (93)

Sobre lo que no se plantea duda alguna es que, entre la culpa del empleado oficial y la provocación de la pérdida, extravío o daño debe existir un vínculo necesario de causalidad. Es decir, que la pérdida, extravío o daño debe obedecer necesariamente a la imprudencia, imprevisión o impericia del empleado oficial, quien por razón de sus funciones tiene bajo su administración o custodia bienes del Estado o de particulares.

3.6.- Peculado por extensión.

En delito de peculado puede incurrir, al tenor del artículo 138 del Código Penal, "un particular" que realice cualquiera de las conductas

(93) CANGINO M., Antonio, ob. cita No. 11, pág. 121.

descritas en los artículos 133 a 138, en relación con bienes pertenecientes a entidades que allí taxativamente se designan.

El texto del artículo es el siguiente: "También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas sobre;

1.- Bienes que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a título de auxilio o aporte de éste.

2.- Bienes que recaude, administre o tenga bajo su custodia, pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la Beneficencia o a Juntas de Acción Comunal o de Defensa Civil".

Las modificaciones sustanciales traídas por el nuevo Código Penal, respecto al peculado por extensión, pueden sintetizarse así:

- a.- Se refiere específicamente "al particular" que realice cualquiera de las conductas estipuladas en el capítulo I del título III del Código Penal, en tanto que, la disposición derogada, no lo hacía directamente, se refería en forma indeterminada "a los que" se hallaren encargados de fondos, rentas o efectos.
- b.- Suprime los términos "fondos, rentas o efectos" para utilizar, al igual que en las demás formas de peculado, el término "bienes".
- c.- La norma anterior contemplaba como presupuesto de la conducta que el

de agente se halle "encargado" de fondos, rentas o efectos. La disposición vigente alude a aquel particular que realice cualquiera de las conductas descritas sobre bienes que "administre, recaude o tenga bajo su custodia".

d.- La principal innovación, dentro de este tipo subordinado de delito, se refiere a las entidades sobre las cuales se hacen extensivas las normas sobre peculado. La anterior disposición aludía exclusivamente a los "establecimientos de instrucción o de beneficencia". Actualmente, en el primer inciso, quedó claramente consignado que se trate de empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte y extendió la acriminación a las personas que reciban aportes o auxilios de éste. Y, en el inciso segundo, se clarifica el concepto de entidades de instrucción y beneficencia manifestando que se trate de bienes pertenecientes a "instituciones de utilidad común dedicadas a la Educación o la Beneficencia", ampliando la figura para las Defensas Civiles y para las Juntas de Acción Comunal.

Entremos a explicar, ahora, el significado de los términos administrar, recaudar y tener bajo su custodia, utilizados por el legislador colombiano.

La palabra administración proviene del latín AD y MINISTRARE, que quiere decir servir, conlleva la idea de gobernar y regir.

Vásquez Abad, citado por Antonio Cancino, dice: "Administrar es gramaticalmente "gobernar", "regir", "cuidar"... dentro de la acepción etimológica de administrar, cabe comprender todo lo que esté bajo el cuida-

de custodia de alguno". (94) no da controversia el definir a las entidades de Instrucción o Beneficencia; sin embargo, la inclusión en la norma antes mencionada Antonio Cancino, opina: "administrar no significa un acto material... es un acto de contenido jurídico, no un mero hecho, y, por tanto, de finir si un empleado administra vale tanto como clasificar la naturaleza del acto conforme a la ley, juicio de exclusiva competencia del juez, no de la parte". (95) efectos del presente artículo, se entiende por instituciones de utilidad común todas aquellas entidades que destinan un patrimonio. Recaudar significa "cobrar y recibir los caudales públicos", de allí que los "recaudadores públicos" son aquellas personas a quienes se les ha encomendado funciones tales como las de recibir y cobrar los impuestos o tributos especiales que deba percibir el Estado.

Los Juntos de Acción comunal, por su parte, según el artículo 10.º del D.Y., el término custodia se asimila a la "guarda" o "cuidado", o lo que es lo mismo a administrar.

Los recursos para procurar la solución de las necesidades más sentidas de la comunidad. Cabe destacar que uno de los presupuestos fundamentales para la configuración del ilícito, es la necesidad de que los bienes, objeto material del peulado, los tenga el particular bajo su administración, custodia o recaudo por razón de sus funciones, en cuanto que es imprescindible para la estructuración de este tipo delictivo, la presencia del fenómeno de la disponibilidad por razón de sus funciones. desastres naturales e artificiales sobre la vida y patrimonio de los asociados adopte el Gobierno.

Ahora bien, qué debe entenderse por entidades de utilidad común dedicadas a la Educación o Beneficencia? Durante la vigencia del Código Pe

(94) CANGINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 130.

(95) CANGINO M., Antonio, ob. cita No. 1, pág. 131.

nal anterior, constituía motivo de controversia el definir a las entidades de Instrucción o Beneficencia; sin embargo, la inclusión en la norma actual, de las instituciones de utilidad común, como manifesté, clarifica el concepto, debiendo interpretarse que el Código Penal hace referencia a aquellas entidades definidas por la Constitución Nacional en el numeral 19 del artículo 20, que fué desarrollado por la Ley 93 de 1.938, donde se dice: "Para los efectos del presente artículo, se entiende por instituciones de utilidad común todas aquellas entidades que destinan un patrimonio determinado a una determinada finalidad social, sin ánimo de lucro", (El subrayado es mío), cuando éstas estén destinadas a la Educación o Beneficencia.

Las Juntas de Acción comunal, por su parte, según el artículo 10. del Decreto 1930 de 1.979 son aquellas "corporaciones cívicas sin ánimo de lucro compuestas por los vecinos de un lugar, que aunan esfuerzos y recursos para procurar la solución de las necesidades más sentidas de la comunidad".

Y, la Defensa Civil según el Decreto 2341 de 1.971 es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Defensa Nacional a quien le corresponde según el artículo 30. del Decreto citado "ejecutar los planes y programas que para conjurar los efectos de los desastres naturales o artificiales sobre la vida y patrimonio de los asociados adopte el Gobierno Nacional, mediante la organización, dirección y control, en los términos del presente Decreto, de las entidades oficiales o privadas que con dicho fin existen en el país".

Tenemos, entonces, que los particulares a quienes se les haya enco-

mendado funciones de administración, recaudo y custodia adscritos a estas entidades pueden perfectamente constituirse en sujetos activos del delito de peculado.

4.- INVESTIGACION DEL DELITO DE PECULADO

EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO.-

Exposición del Delito de Peculado en el Circuito Judicial de Pasto

Para adentrarnos al estudio específico de la incidencia del delito de peculado en nuestro Circuito Judicial y con el objeto de determinar, lo más exactamente posible, el índice de su comisión, he recurrido a la consecución de datos en los diversos juzgados que conforman el Circuito Judicial de Pasto, competentes para conocer y dar trámite a las denuncias que, en el período comprendido entre 1.979 y 1.981, se presentaron para su investigación.

Observe que: En los Juzgados de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Pasto se iniciaron, durante ese período, diez (10) investigaciones sobre comisión de delitos de Falsedad y Peculado, de los cuales cinco (5) corresponden al Circuito de Pasto y cinco (5) a los de Tulaco, La Unión e Ipiales. Delicentemente por peculado fueron iniciadas veintita y tres (23) que se desarrollaron así: treinta y dos (32) en el Circuito de Pasto, 7, de veintinueve (29) en los Juzgados de Ipiales, Tulaco, Macabá, San Andrés, Tiguasaca y La Unión.

En forma un poco más detallada, se da a conocer el número de denuncias y el estado de que se encuentran, los siguientes son los marcos

CAPITULO CUARTO

uno de los juzgados que a los Juzgados Penales del Circuito, competentes para conocer de los delitos de peculado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35 numeral 2o. del Código de Procedimiento Penal;

4.- INVESTIGACION DEL DELITO DE PECULADO EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO.-

JUZGADO	AÑO	No. ASUNTOS	ESTADO DEL PROCESO
1o. Penal del			2 en tramitación sumaria

4.1.- Frecuencia del delito de Peculado en el Circuito Judicial de Pasto

y por aplicación art. 473 C. de P. P.

Para adentrarnos al estudio específico de la incidencia del delito de peculado en nuestro Circuito Judicial y con el objeto de determinar, lo más exactamente posible, el índice de su comisión, he recurrido a la consecución de datos en los diversos juzgados que conforman el Circuito Judicial de Pasto, competentes para conocer y dar trámite a las denuncias que, en el período comprendido entre 1.979 y 1.981, se presentaron para su investigación.

Obtuve que: En los Juzgados de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Pasto se iniciaron, durante ese período, diez (10) investigaciones sobre comisión de delitos de Falsedad y Peculado, de los cuales cinco (5) corresponden al Circuito de Pasto y cinco (5) a los de Tumaco, La Unión e Ipiales. Solamente por peculado fueron iniciados sesenta y una (61), que se describinan así: treinta y dos (32) en el Circuito de Pasto, y, de veintinueve (29) conocieron los Juzgados de Ipiales, Tumaco, Mocoa, Samaniego, Tíquerres y La Unión.

En forma un poco más detallada, es decir examinando el número de procesos y el estado en que se encuentran, los siguientes son los guaris

mos en los asuntos que correspondieron a los Juzgados Penales del Circuito, competentes para conocer de los delitos de peculado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36 numeral 2o. del Código de Procedimiento Penal;

JUZGADO	AÑO	No. ASUNTOS	ESTADO DEL PROCESO
1o. Penal del Circuito	1.979	4	2 en tramitación sumario 1 instrucción 2 archivo por cesación de procedimiento y por aplicación art. 473 C. de P. P.
1o. Penal del Circuito	1.980	7	2 archivo por aplicación art. 473 C. de P. P. 1 en instrucción. 4 tramitación sumario
1o. Penal del Circuito	1.981	8	2 archivo por cesación de procedimiento 3 tramitación sumario 3 en instrucción
2o. Penal del Circuito	1.979	1	Archivo aplicación artículo 320 C. de P. P.
2o. Penal del Circuito	1.980	8	1 Remitido Juzgado Superior Falsedad y Peculado 1 Archivo por sobreseimiento definitivo 1 Sumario en trámite con detenido 4 Sumario en trámite sin detenido 1 Archivo aplicación art. 163 C. de P. P.
2o. Penal del Circuito	1.981	2	1 Tramitación sumario con detenido 2 Tramitación sumario sin detenido

JUZGADO	AÑO	No. ASUNTOS	ESTADO DEL PROCESO
3o. Penal del Circuito	1.979	3	4 tramitación sumario
	1.980	5	1 Archivo aplicación art.163 C. de P. P.
3o. Penal del Circuito	1.980	1	2 tramitación sumario
	1.981	3	1 pasó Juzgado lo. Penal del Cto. por competencia
4o. Penal del Circuito	1.979	3	1 instrucción 1 tramitación sumario 1 archivo aplicación art.163 C. de P. P.
4o. Penal del Circuito	1.980	7	1 pasó Tribunal Superior 1 tramitación sumario 1 está para audiencia
	1.980	6	2 archivo aplicación art.163 C. de P. P. 1 sobreseimiento definitivo
4o. Penal del Circuito	1.981	7	5 en instrucción 1 archivo 1 tramitación sumario 1 pasó Juzgado lo. Penal del Cto. por competencia 1 archivo aplicación art.163 C. de P. P.

Existe, además, un gran índice de comisión de delitos de falsedad en conexidad con el peculado, se presenta cuando el agente realiza el hecho como medio para la ejecución del mismo, o para asegurar la impunidad o lograr mejores resultados. Son competentes para conocer este tipo de asuntos los Jueces Superiores, al tenor del artículo 34 numeral 4o. del C. de P. P.. Es por ello que, para continuar nuestro análisis estadístico, me remití a los cuatro Juzgados Superiores del Circuito Judicial de Pasto, en donde encontré los siguientes resultados:

JUZGADO	AÑO	No. ASUNTOS	ESTADO DEL PROCESO
1o. Superior	1.979	3	1 archivo por sobreseimiento definit 2 en curso
1o. Superior	1.980	1	1 en curso
1o. Superior	1.981	2	2 en curso
4o. Superior	1.981	5	2 archivo prescripción acción penal 12 en curso
2o. Superior	1.979	15	1 para calificación 1 en averiguación 1 en curso con detenido
3o. Superior	1.980	7	6 en curso 1 enviado Juzgado Circuito por no en contrarse falsedad
2o. Superior	1.981	3	3 en curso
3o. Superior	1.979	4	1 archivo 1 envío Juzgado Ipiiales por competencia 1 envío Juzgado 4o. Superior por crea ción ese Juzgado
3o. Superior	1.980	1	1 en curso
3o. Superior	1.981	0	
4o. Superior	1.979	11	6 etapa sumarial 2 archivo prescripción acción penal 1 envía Juzgado 1o. Superior para ser agregado a proceso radicado en ese Despacho

ANO	TOTAL DELITOS COLOMBIA	CONTRA ADMON. PU BLICA, COLOMBIA	PECULADO COLOMBIA	TOTAL DELI TOS NARIÑO	TOTAL DELI TOS PASTO	PECULADO PASTO
1.978	255.258	2.807	917	4.946	2.138	Polinal 2
1.979	276.925	2.892	772	4.939	3.118	12 pecul 33 false y peculad
1.980	147.940	1.490	905	4.984	3.427	26 pecul 9 pecul y falsed

condición del delito es alto; en el resto del Departamento las cosas no
 Comparar las frecuencias de la comisión del delito de peculado entre
 el Circuito Judicial de Pasto y el resto del País, para conseguir la pro
 porción con que el primero contribuye a obtener el total de delitos de
 peculado en Colombia, es una aventura y estaríamos definitivamente pisan
 do un terreno falso. Tal afirmación tiene como fundamento los falaces da
 tos suministrados por la Policía Nacional y el Dane, demostrado por cuan
 to las cifras que revelan mi investigación desde 1.979 en el Circuito Ju
 dicial de Pasto es de 114 asuntos denunciados, mientras que la Policía
 Nacional en cuatro años, desde 1.975 hasta 1.978 que es hasta cuando los
 tiene elaborados, afirma que en Pasto disque se han denunciado 10 deli
 tos. Es decir sin explicación alguna, en los últimos tres años la comi
 sión del delito de peculado habría crecido en forma desproporcionada a
 los años anteriores a 1.979. Eso no es lógico ni científico.

4.3- Resumen
 Lo anterior me lleva a pensar que con base en las estadísticas de
 los organismos oficiales, encargados de tal menester, no puedo elaborar

un resultado concreto y relativamente acorde con la verdad; de ahí que las únicas armas con las que cuento, para determinar el índice y las causas del delito en nuestro medio, son los datos obtenidos personalmente en los Juzgados del Circuito de Pasto, tomados como muestra de lo que acontece en general en el Departamento de Nariño; refrendados, eso sí, por mis experiencias personales a través del control fiscal realizado durante un año y medio frente a la Asesoría Jurídica de la Contraloría General del Departamento.

De las cifras tomadas desde 1.979, que vienen a concretarse en 114 asuntos investigados, se desprende fácilmente que en Pasto el índice de comisión del delito es alto; en el resto del Departamento las cosas no mejoran, pues, la Contraloría permanentemente está recibiendo informes sobre la comisión de posibles delitos de peculado.

De todas maneras evaluar con gráficas, con estadística, con números, la incidencia del peculado en nuestra órbita departamental, es una aventura. Es una verdad a luces que la causa para este desconocimiento objetivo de esa incidencia no es más sino las inexactas cifras y erróneos análisis que elabora el Estado a través de sus organismos oficiales encargados de las estadísticas; intentar particularmente realizar una investigación objetiva sobre este punto no es nada práctico, pues, se carece de financiación adecuada y del patrimonio esencial para esta clase de investigaciones.

4.3.- Causas.

Al hablar de las causas hago acopio de innumerables vivencias reco-

gidas en mi año y medio de servicio a la administración pública, además de las otras circunstancias evidentes que conforman la idiosincrasia del pueblo y la estructura del Estado.

La configuración socioeconómica de determinada sociedad contiene una correlativa estructura jurídico-política. Condiciones económicas deficientes como la de nuestro Estado, debido a una errada distribución de la riqueza nacional, produce como resultado una palmaria desigualdad económica.

La permanente búsqueda de las satisfacciones humanas, en lo referente al mejoramiento de su nivel de vida, del confort, etc., sin encontrar el respaldo adecuado que debe otorgar todo Estado moderno, hace que esa búsqueda tome caminos no permitidos por la ley; por ello el deseo de obtener una determinada condición económica es una causa del delito. La causa responde al interrogante de "por qué?". Cada vez que respondamos al "por qué" el hombre delinque, estaremos constituyendo una causa.

Considero que las causas de los delitos contra la administración pública, específicamente las del peculado, se concentran en las condiciones económicas, la estructura de la actividad política en lo que se refiere a la militancia, proselitismo, fidelidad a determinado partido y líder político; al desconocimiento de las normas fiscales y administrativas sobre el manejo de los bienes públicos y al inadecuado control administrativo y fiscal que el mismo Estado debería ejercer.

Entremos a detallar, cuál es la estructura de cada una de estas causas, profusamente.

4.3.1.- Condiciones Económicas.

Nariño es un Departamento que posee una economía diversificada. Dentro del contexto general de un capitalismo incipiente no ha podido la sociedad nariñense dejar a un lado ciertas formas de relaciones de producción típicas del feudalismo, el sistema de antes del siglo XVIII ya caduce, que en estos momentos representa un estorbo para el desarrollo galopante del capitalismo.

La industrialización organizada, la producción agrícola sistemática, el capital financiero, sistemas evidentes del capitalismo desarrollado, no aparecen en Nariño. Existen pequeñas industrias, grandes pero pocos latifundios en manos de un reducido número de personas y minifundios por doquier, comercio tendero, capital financiero dependiente, relaciones laborales con tintes serviles, en fin, toda una gama amorfa de relaciones económicas nos dan un Departamento de personas pobres. La pequeña burguesía, últimamente acrecentada por familias dedicadas al narcotráfico y contrabando, configuran un panorama general en el cual se desenvuelve el ciudadano común y corriente de Nariño.

Este ciudadano común y corriente se ve rodeado de un permanente influjo de valores establecidos por la sociedad de consumo a través de los medios masivos de comunicación, y van creando la necesidad impostergable de conseguir un status que le permita llegar a poseer esos valores, fuera de que a muchísimos ciudadanos ni tanto les interesan esos valores de la sociedad de consumo sino la simple y llana satisfacción de necesidades de una digna condición humana, como la vivienda, la salud, la educación, la alimentación, el vestido.

El Estado permite que penetren fácilmente los valores de la sociedad de consumo a través de la publicidad, sin embargo no permite que todos los ciudadanos tengan la facilidad de conseguirlo. Nos crea una ansiedad, una angustia, pero la solución de estos problemas está cada día más lejos, máxime cuando aparece la opresión del Estado para contener la protesta social, aunque esto puede ser contraproducente. Estas evidencias son un semillero de conductas delictivas.

Cuando la Administración Pública llama a colaborar a un ciudadano imbuído de todo este maremágnum de conflictos internos, reforzado por su baja preparación, no tanto en el manejo de las disposiciones técnicas o jurídicas sino en la calidad humana y política frente a los bienes del Estado, está llamando potencialmente a un mal administrador, es entonces un empleado público que en cualquier momento, en que tenga la oportunidad de acrecentar su propio patrimonio con bienes públicos, dejará a un lado los valores de la honradez y pondrá en juego su astucia para contribuir a satisfacer necesidades personales.

Obviamente al empleado oficial se le retribuye su trabajo, tal vez esa retribución sea equilibrada frente al patrimonio del Departamento, tal vez sea equilibrada frente a la calidad del trabajo, pero sí es un desequilibrio frente al poder adquisitivo del salario y esto curiosamente sí lo podemos constatar a través del DANE.

La sociología es el estudio de los hechos sociales, en tal medida he querido dar una visualización sociológica de nuestra conformación para tener un campo donde podamos estudiar la conducta del hombre y las normas jurídicas, pero el simple mirar los hechos sociales no soluciona

nada, sólo es punto de referencia, fundamental claro está, para relacionar el mundo de la juricidad con el mundo del acontecer humano.

En el contexto normativo del Derecho Penal, las causales de justificación son taxativas, específicas y eliminan jurídicamente la antijuricidad de determinada conducta. Según nuestro somero estudio sociológico, toda conducta delictiva tendría, en última instancia, una justificación social. En nuestro sistema donde el hombre no ha podido encontrar su propia dignidad, por fallas en la estructura socio-económica, no podríamos concluir que tal o cual acto desequilibra la armonía social, pues, esa armonía social no se desequilibra por el acto de un hombre, está desequilibrada desde su misma base. Por eso lo que es legal y jurídico no siempre es justo. Las instituciones jurídicas que deben alimentarse permanentemente de la realidad social se quedan a la zaga y no expresan lo realmente justo socialmente hablando.

En mero Derecho las causas de justificación tienen una relevancia tal que le infunden al estatuto represor un verdadero contenido de armonía jurídica.

4.3.2.- Circunstancias Prácticas.

En el terreno de la práctica jurídica, en el campo de la defensa como abogados y en el ámbito de la prudencia del Juez, la justificación de los hechos delictivos, fundamentada en desigualdades sociales, no sirve para que tales hechos se desvirtúen como delictivos; sirven de ayuda para convencer a los jueces de conciencia, también para contrarrestar la dosis de la pena, pero al Juez de Derecho solamente le interesan las taxativas causales de justificación.

De acuerdo con la condición económica precaria de la mayoría de los empleados públicos, al momento de cometer un delito de peculado, sobre todo peculado por apropiación, estará amparada esta conducta por causal de justificación social, pues, el permanente estado de necesidad en que vive la mayoría de las personas sobra y basta para justificar la ilicitud, pero el estado de necesidad considerado en el Código no está establecido por desigualdades económicas sino simplemente para proteger derechos personales, específicos y con sujeción estricta a los parámetros que allí establece.

En últimas, alegar el estado de necesidad con base en desequilibrios económicos sería salirse de las justificaciones legales y caer en justificaciones sociales, y si bien esto es justo, no estaría enmarcado dentro de nuestra estructura jurídica. Aunque hablar de juricidad no justa, aparentemente no es lógico, pero si el Derecho se queda atrás y no expresa lo real, de acuerdo con lo que se vive, ésto se descompensa y produce contradicciones entre lo que en él se declara y el equilibrio que se opera.

4.3.2.- Circunstancias Políticas.

La influencia de la militancia y el proselitismo, que conlleva la lealtad a unas ideas partidistas, es determinante en la comisión de delitos cuando el agente es un empleado oficial. Pues, no hay que olvidar que los ciudadanos colombianos y particularmente nariñenses, debido, parece, a una inmadurez frente a las ideas políticas, ni tanto son fieles a éstas sino más bien a ciertos líderes, considerando paternalmente a la persona que les intriga y les consigue un puesto. El innegable culto a la

personalidad, a ciertas personas que intentan captar opinión pública a su favor para ejercitar el legítimo derecho de aspirar a las curules de las corporaciones públicas, viene a crear unos fenómenos que consisten en un obediencia ciega a las órdenes de los líderes, así se tenga que sacrificar valores personalísimos frente a los bienes públicos. A estos fenómenos, el argot popular que es certero, los ha denominado "clientelismo", "manzanillismo" y otros.

El libre nombramiento y remoción de los cargos públicos y la falta de una carrera administrativa adecuada han venido a institucionalizar una burocracia inestable y clientelista, que es el término más propio, queriendo con ello significar que la rama legislativa del poder incursiona en la ejecutiva en la provisión de los cargos de acuerdo con la mayor o menor potencialidad electorera, que determina el mayor o menor grado de intriga y tráfico de influencias en los dirigentes políticos.

Las calidades en el conocimiento de la gestión administrativa, sus normas, su filosofía y todo el bagaje de elementos que se deben tener en cuenta para prestar un buen servicio público, que es uno de los fines del Estado, no tiene vigencia en nuestro medio demasiado politizado. Los requisitos mínimos y básicos para el buen desempeño de determinado cargo son despreciados o relegados a un segundo plano, primando para la escogencia del funcionario tal o cual "recomendación política".

La burocracia se ha instituido para pagar favores; el voto que se da por determinado líder político, es para favorecer con prebendas y garantías a los allegados al diputado, parlamentario o senador que le ha suministrado el cargo a través de su influencia. Es decir los cargos se han

convertido en una mercancía que circula entre el poder ejecutivo y el poder legislativo en cada administración. Lo que quiere decir, que la burocracia se ha desviado de su real propósito, que no es otro sino la prestación de un servicio eficiente a los gobernados, para tomar el camino bastante inmaduro de la retribución al voto y a la campaña electoral.

Tenemos entonces que la mayoría de los funcionarios públicos llegan a la administración con un criterio retribucionista, si cabe, y no tendrían inconveniente alguno en desviar la utilización de los bienes públicos en provecho de él mismo o primordialmente de terceros.

El funcionario público, pues, se encuentra ante una disyuntiva cruel; acepta la "sugerencia" de la persona que le dió el cargo o queda fuera de él. Pero, los dos puntos de la disyuntiva son perjudiciales; si acepta la sugerencia contraviniendo normas legales estaría sometido a una posible sanción penal o disciplinaria y si no acepta y se muestra reacio a complacer a su jefe, ingresaría al campo de los desocupados, para soportar en consecuencia una situación económica difícil.

Sin embargo, es más común que se incurra en una conducta punible ya que ante esta posibilidad y debido a otros factores que luego trataremos, existe la probabilidad de quedar impune.

Ante este panorama sombrío queda manifiesta la poca importancia que tiene una determinada persona, desde el punto de vista de su dignidad y calidades humanas, ya que solo representa el concepto abstracto de una cuota electoral, o una muestra del poder del líder político que ha influido en su nombramiento. Dentro de las reglas de juego en que se desenvuel-

ve el ejercicio del poder del Estado, las personas, consideradas en sí, son unas marionetas manejadas por los hilos invisibles de los actores principales de la comedia política. La comisión del delito de peculado, que es el principal y más frecuente contra la administración pública, está permanentemente influenciada y acrecentada por las anteriores observaciones pesimistas que configuran en nuestra nación las consabidas circunstancias políticas. Y lo que es más grave, porque no, estas circunstancias políticas no serían una justificación social, si son producto de un subdesarrollo político. Que las condiciones económicas de una nación sean justificadoras sociales de hechos punibles no extraña a ningún estudioso de la sociedad, pues, al fin y al cabo la consecución y satisfacción de las necesidades por medio de los bienes es algo inherente al hombre, pero que circunstancias políticas justifiquen tipos penales solo se da en una sociedad desordenada en el manejo de su propio gobierno.

4.3.3.- Desconocimiento de la legislación fiscal.

La prestación de servicios públicos, el funcionamiento y la inversión, a cargo del Estado, tiene su base económica en el presupuesto. Para su elaboración y ejecución se hace acopio de preceptos económicos y financieros que garanticen una marcha adecuada de la administración, lo mismo que se tienen en cuenta legislaciones específicas sobre el control, desarrollo y ejecución para salvaguardar el equilibrio presupuestal, que es fundamento de todo sistema financiero. En nuestro medio, desde la iniciación de la República, se han venido dictando normas sobre la actividad de la nación en el manejo de sus bienes, llegándose al punto de haber un

desorden normativo que produce grandes confuciones en la interpretación y aplicación de medidas para manejar los presupuestos. Habida cuenta que desde la descentralización territorial de la nación no está doctrinaria ni jurisprudencialmente definida la autonomía de cada entidad territorial, legalmente goza de autonomía en la dirección de sus recursos para beneficio de la misma, pero en últimas se ha demostrado, con el transcurso de los años, que tal autonomía no existe en la práctica, toda vez que la dependencia legislativa con el poder central recaído en la Presidencia o en la Contraloría General de la República asfixia las normas que se dictan en razón de la conveniencia y el mejor aprovechamiento de los recursos en los Departamentos.

Los departamentos y los municipios tienen consagrada una autonomía a su favor que se manifiesta debido a la capacidad administradora de las Asambleas y los Concejos y en esta razón pueden dictar Códigos Fiscales Departamentales y Municipales, pero el Congreso de la República y la Contraloría General de la Nación pueden legislar sobre estas materias interfiriendo la autonomía de los Departamentos y Municipios sin que doctrinaria o jurisprudencialmente se haya podido contener la intromisión del poder central en los poderes regionales, debido a que en nuestro sistema jurídico existe un riguroso orden jerárquico en la aplicación de las normas que deben cumplirse por gobernantes y gobernados, así se dé al traste con la conveniencia económica de determinada región en particular.

Esta intromisión desencadena un descalabro en cuanto que para resolver determinada situación fiscal tenemos legislaciones del Congreso, de la Contraloría General de la República, a su vez de la Asamblea Departamental, de la Contraloría General del Departamento, de los Concejos Mu -

nicipales y en los que existe, de la Contraloría Municipal. Esta maraña, en vez de resolver la situación la agrava hasta el punto de caer determinado funcionario en la ley penal, al tratar de interpretar y aplicar una u otra disposición. Ante esta ingente cantidad de normas, no pueden dirimir definitivamente los conflictos ni siquiera las personas conocedoras del mundo normativo, menos podría pedírseles a funcionarios públicos sin la menor posibilidad de distinguir los mandamientos sobre jerarquía, interpretación y aplicación de normas legales. Pero la falta de conocimientos especiales de los funcionarios públicos no puede deberse a ellos mismos solamente, sino a la misma administración que no difunde, ni promueve cursos a sus propios empleados para que éstos se desempeñen cabalmente, pues, todos los funcionarios públicos no tienen por qué ser expertos en el manejo de normas, y a los que de veras no tienen oportunidad de conocerlas, que son variados, la administración debe prodigarles la oportunidad del conocimiento de sus propios mecanismos, parte de las Auditorías

fiscales que cada entidad, donde se manejen bienes públicos, posee.

Las Contralorías se han establecido para ejercer el control fiscal sobre la administración pública, tienen su origen en la soberanía popular que se manifiesta en la conformación popular de las corporaciones públicas, que determinan a su vez las entidades controladoras y sus principios rectores. Pertenecen a una rama paralela a la legislativa, no tanto por su función sino por su origen, es un acápite fundamental de la rama legislativa y por tanto del Estado.

En nuestro Departamento, el Código Fiscal, especifica el control fiscal que ejerce la Contraloría sobre la administración departamental, y para tal efecto señala etapas y modalidades de la fiscalización; dice que para garantizar "al Departamento la conservación y adecuado rendi-

miento de los fondos, valores y bienes departamentales", ejerce tres controles llamados: previo, perceptivo y posterior. (Artículos 392 y siguientes C. F.).

Hablemos un poco de ellos para mirar cómo la administración pública se controla.

El artículo 393 del Código Fiscal dice que "El control previo que corresponde ejercer a la Contraloría General del Departamento en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones y operaciones, los actos o documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos".

Este control se ejerce específicamente por parte de las Auditorías Fiscales que cada entidad, donde se manejen bienes públicos, posee.

Las bondades de este artículo en el examen fiscal lamentablemente se han quedado en la teoría, porque es un hecho que las Auditorías no hacen uso del poder fiscal sino en reducida proporción. Se limitan los auditores a rubricar cuentas de cobro, nóminas, sin observar la esencia de las negociaciones y de los pagos, contrariando su verdadera función, que no es formalista simplemente sino material, directa y cuidadosa.

Existen normas, reglamentos, que deben cumplirse para que la administración trance, opere, contrate, es decir funciones; los auditores, según el artículo 393 del Código Fiscal deben comprobar, a través del cotejo y examen de los distintos documentos y actos que van componiendo la o

peración, el fiel cumplimiento de los preceptos fiscales, jurídicos y económicos, que informan el funcionamiento administrativo, para salvaguardar su legalidad.

El control perceptivo está determinado en el artículo 394 del Código

Fiscal, que a su letra dice: "El control perceptivo que corresponde ejercer a la Contraloría Departamental, en las entidades bajo su control, consiste en la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes departamentales y en su confrontación con los comprobantes, documentos, libros y demás registros".

Es expreso el mandamiento de este precepto cuando habla de la "comprobación de las existencias físicas..." de los distintos bienes que conforman el patrimonio departamental, de parte de funcionarios específicamente determinados para ello. Hasta aquí tendríamos que la manera expedita de ejercer este control no es más que las personas directamente y a través de su percepción corroboren los informes y datos que contienen los libros y los registros de inventarios. Esta actividad obviamente implica un trabajo dispendioso que casi nunca se cumple y con ello se pone de manifiesto que siempre existirá una gran diferencia entre los datos recogidos en los documentos y la verdadera realidad patrimonial del tesoro.

El artículo 395 ibidem, instituye el control posterior de esta manera: "El control posterior que corresponde ejercer a la Contraloría General del Departamento, consiste en la comprobación de las transacciones y operaciones ejecutadas por las entidades bajo su control y de sus respectivas cuentas y registros y en determinar si se ajustan a las normas, le-

cuenta efecto sería el determinado por la impunidad en que quedarían ciertos hechos punibles ejecutados con anterioridad al control, pero que, por negligencia o voluntad del funcionario controlador, se pasan por alto.

Definitivamente la incidencia de la comisión de delitos contra la administración pública, particularmente del peculado, puede disminuirse en lo que se refiere a esta causa, estableciendo reglamentos rígidos para controlar a la administración y sobre todo creando la conciencia en los funcionarios de que su labor fiscalizadora es altamente beneficiosa si se la realiza con eficacia para cuidar el erario público y evitar la vinculación penal de los funcionarios públicos.

4.3.4.- Deficiencia en el control del Gobierno Departamental sobre la elaboración de Presupuestos Municipales.

Los Municipios son las principales entidades territoriales en las cuales se divide la nación; sobre ellos descansa en gran parte las posibilidades de desarrollo regional. De tal manera que los presupuestos municipales deben ser el sustrato económico de las comarcas. Pues, ha de saberse que en él debe incluirse el plan de inversión, el cómputo de los ingresos y los gastos para armonizar en un todo la forma y la medida en que se han de caminar estas entidades hacia el desarrollo.

Desde la expedición de la Ley 4a. de 1.913 se codificó y normativaron las regulaciones que deben observarse para la elaboración y expedición de los presupuestos. En pero, tales regulaciones son eminentemente jurídicas en las cuales se vierten de una manera práctica las teorías sobre la división de los poderes del Estado y su actividad para desarro

llar los fines de éste, no son informaciones y patrones de tipo económico y financiero, y tal fenómeno es un vacío que ocasiona grandes tropiezos en ese camino al desarrollo.

La Ley 4a. de 1.913 ha sido modificada frecuentemente en relación con la expedición de los presupuestos municipales y departamentales, hasta llegar al Decreto 2407 de 1.981, que versa específicamente sobre presupuestos departamentales y que es aplicable por analogía expresa a la elaboración de presupuestos municipales.

La Gobernación de Nariño, en asocio con la Contraloría Departamental, ejercen un control sobre la forma y el fondo del acuerdo que determina el presupuesto de los municipios. Este control se realiza prácticamente en tres dependencias: Planeación Departamental, Sección de Cuentas Municipales de la Contraloría General y Sección Administrativa de Secretaría de Gobierno, para en última instancia obtener la sanción del Gobernador que pone en vigencia el presupuesto.

Fundamentalmente estas tres oficinas realizan un cotejo entre las normas aplicables y el trámite que debió seguir el acuerdo, con el fin de devolverlo en caso de que no se haya cumplido con ellos, dándoles vía libre cuando existe la debida coordinación.

El susodicho control no siempre produce los efectos deseados por cuanto es un control posterior al trámite que autónomamente le dieron la Alcaldía y el Concejo Municipales y no compajina con la gilidad que deben poseer estos trámites presupuestarios. Más de una vez, lo que hacen es demorar la vigencia del presupuesto, con perjuicio de la actividad admi-

nistradora.

La Ley 5a. de 1.918 prescribe que el acuerdo de presupuesto deberá aprobarse antes del 20 de Diciembre del respectivo año. Por más que se logre aprobar el acuerdo antes de esa fecha, remitido a la Gobernación del Departamento se dilatará el trámite por lo menos hasta Febrero de la vigencia correspondiente. La correría que debe hacer el expediente en las oficinas gubernamentales está supeditada además a que no lo encuentre exequible el acuerdo y lo envíe al Tribunal Administrativo para que éste decida en últimas sobre la exequibilidad. Mientras esto ocurre, las autoridades municipales en esos dos meses o más, cuando ya debería estar en vigencia el acuerdo presupuestal, hacen frente a un caos fiscal en detrimento de su propio patrimonio, puesto que han de cumplir necesariamente en esas fechas obligaciones que genera el gasto de funcionamiento y los contratos que hayan pactado. De tal forma, se ven en una disyuntiva entre aplicar el presupuesto de la vigencia anterior o el de la actual. Siendo este semillero de delitos de peculado por destinación oficial diferente.

En caso tal de que el Tribunal Administrativo declarase la inexecuibilidad del acuerdo, la Ley prevé la circunstancia de continuar rigiendo el presupuesto de la vigencia anterior, medida que causa perjuicios económicos y entorpece el cabal abance de las regiones, pudiéndose implantar un sistema más práctico.

Ahora bien, el control del Gobierno Departamental y de la Contraloría, sobre la elaboración de presupuestos, es formalista sin ir más allá de los papeles que certifican los hechos y los actos legales que deben sucederse, sin mirar la conveniencia económico social del cómputo del di

nero público que ha de movilizarse durante la vigencia. El ejecutivo departamental de acuerdo con los programas de desarrollo sistemático, que haya elaborado para beneficiar al Departamento, debería encuadrar a los presupuestos municipales dentro de ellos y así armonizar toda la actividad del servicio público. Pero esto es una utopía si miramos que ni siquiera el control legal lo hace eficazmente.

El expediente de acuerdo concurre a tres oficinas, como ya dijimos, Planeación, Sección de Cuentas Municipales y Sección Administrativa, y todas van ejerciendo su control de una manera desordenada y contradictoria, confundiendo el verdadero papel que a cada una le toca desempeñar frente a los presupuestos. Gran parte de este problema se debe a que no existe reglamentación alguna interna que señale rigurosamente a los funcionarios la etapa y las condiciones del presupuesto que le corresponde realizar.

Los dineros públicos constituyen uno de los objetos materiales de los delitos de peculado, y tienen un órgano que los guía y los orienta para cumplir su finalidad denominado presupuesto. Si la base sustancial donde se concreta la acción punitiva no está debidamente conformada se viene a que el delito prolifere. Qué mejor para cometer delitos intencionales o culposos que la base legal dé margen para su ejecución expedita.

4.4.- Sugerencias tendientes a corregir las causas determinantes de la comisión del delito.

Dentro de este numeral interesa primordialmente consignar uno u otro consejo, recomendación o sugerencia para lograr que se reduzcan las

posibilidades de la comisión de peculados, en la fuente que los genera. Problemas económicos sería una medida que no conviene cometerla. Piense

Como anotamos ya, las causas son complejas y siempre van interrelacionadas, incluso confundidas entre sí. De tal forma que la solución de esos problemas no es fácil ni simple. La búsqueda de soluciones es una empresa harto dispendiosa, incluso, en primer lugar, es el sistema social colombiano el generador de problemas y por tanto el comienzo y fin de las soluciones.

Cuando se piensa que el aspecto económico genera conductas delictivas se cae en cuenta que la magnitud de la problemática económica no tiene solución simplista, que provenga solamente del gobierno, puesto que éste viene a ser un reflejo de la situación anómala que se está presentando. En las democracias impuras, como la nuestra, el Estado representa un muro de contención que amortigua los golpes entre la clase dominante y la dominada, aún que, más de una vez sirve a la clase que otorga los mecanismos para conseguir el poder. En el juego de los poderes las finanzas que marcan la ganancia las manejan el sector financiero y los políticos profesionales, quedando el pueblo como base para legitimar gobiernos en los que él no participa. De ahí que en las últimas cuatro elecciones para elegir Presidente y conformar Corporaciones Públicas ha ganado la abstención.

La solución a los problemas nacionales debe provenir entonces de una acción conjunta de todas las fuerzas de la nación, en orden a lograr el poder para desde allí ejecutar una revolución sistemática de las instituciones e implementar programas de desarrollo que estén en conexidad teórica-política con la filosofía que llevó al pueblo al poder.

Por ello, atreverse en este trabajo a dar soluciones mágicas a los problemas económicos sería una osadía que no conviene cometerla. Pienso que la solución al problema económico debe ser radical.

En estos momentos se avecina un evento electoral en donde se discuten novedosas teorías políticas para el manejo del Estado; por un lado el liberalismo oficial plantea la afiliación de ese partido a la internacional socialista y el conservatismo propone un movimiento nacional para que concurren todas las fuerzas del país y se establezca una reforma agraria que reivindique al campesino en su labor, despojando a su administración de sectarismos para poder plantear soluciones nacionales a los problemas nacionales.

No parece acertada la posibilidad de una afiliación a la internacional socialista del partido liberal colombiano por cuanto este no pertenece a la casta ideológica del liberalismo humanista de Europa, sino que posee tradicionales ideas del ya caduco liberalismo burgués de la Revolución Francesa y aún intenta salvaguardar el principio "dejar hacer dejar pasar". Y a contrario sensu, el socialismo moderno intenta afianzar un Estado democrático para que éste pueda intervenir severamente en la economía del país con el fin denacionalizar la explotación de los medios de producción. De lograr esto último el liberalismo colombiano, o de empeñar a hacerlo, estaríamos dando un gran paso para desbaratar el ansioso acaparamiento de la riqueza en pocas manos.

El conservatismo, por su lado, para poder participar en los comicios ha tenido que dejar a un lado sus rígidas concepciones de las instituciones sociales del país, dentro de su teoría, para buscar no la simple in-

plementación del desarrollo partiendo de las bases ya vigentes sino salirse en busca de una acción nacional y solidaria para efectuar cambios sustanciales en las instituciones económicas, jurídicas y sociales que existen actualmente y las que se encuentren destruidas construir las con nuevos materiales. Para lograr hacer un gobierno nacional, es decir donde concurren todas o varias ideologías, se necesita un país políticamente maduro donde los sentimientos y resentimientos que trae consigo el poder no obstaculicen esa acción conjunta y solidaria. Es lo cierto, sin embargo, que nuestro país, ni siquiera en las esferas intelectuales, ha podido despojarse de ciertas vanidades por creer tener la verdad y se augura un proceso doloroso para que nazca esa acción nacional. Empero de lograrse se estaría también en buenas posibilidades de obtener el paso decisivo hacia el progreso, aunque esta participación nacional de ideas políticas tendrá más de una vez que abolir instituciones que le estorben. Es decir, el conservatismo en su acción nacional tendrá que despojarse de su ideología tradicional para convertirse en el abanderado de una simple teoría política, quizás efectiva en nuestro país; la concurrencia de variados sectores de la nación en pos del progreso.

Lo propio hace el liberalismo colombiano, se despoja de sus vestiduras y concurre a formar una llave ideológica con el socialismo.

En últimas los dos tradicionales partidos de Colombia han comprendido que dentro de su, a menudo, confusión en cuanto a planteamientos ideológicos, no han podido ejercer a satisfacción del pueblo y por tanto han tenido que dejar atrás sus doctrinas e ir en busca de novedosas teorías para poder diferenciarse y formular alternativas de poder.

Las otras corrientes que participarán en el debate son interesantes como nuevos partidos, pero lamentablemente desde antes de conocerse los resultados electorales se les vaticina votaciones sin posibilidades para alcanzar el poder y por tanto no es del caso darles tratamiento en este momento, aunque pueden resultar una sorpresa.

De la misma manera que se necesita un cambio radical en la economía del Estado para mejorar el nivel de vida de los colombianos, se requiere un nuevo ordenamiento frente a la concepción de la política y la militancia en los partidos.

Es especialmente favorable para el país que los particulares participen y se vinculen a los partidos políticos que luchan por el ejercicio del poder, que cada colombiano tome una posición frente a lo que han de ser sus destinos. Abogo por la existencia de los partidos políticos y su legítimo ejercicio en la democracia pero también lo hago porque se borre de la conciencia de las gentes, que necesariamente en el ejercicio del poder de determinado partido se espere una retribución lucrativa.

Cuando la burocracia logre profesionalizarse y que cada funcionario tenga la seguridad laboral de permanecer en el cargo hasta que legalmente deban retirarse de él, no podremos contar con un servicio eficiente. La inestabilidad en el sector oficial generada por los vicios que anotamos anteriormente pone de manifiesto una serie de irregularidades en las más mínimas y rutinarias actividades públicas. Se ha pensado regular técnicamente la prestación de servicios al Estado, y en algunas instituciones se ha logrado hacerlo con base en las luchas sindicales de los empleados. Sin embargo en muchas ni siquiera se ha logrado prescindir de la in-

fluencia de un político para cambiar o remover un conserje.

Una forma de institucionalizar la carrera administrativa sería la de plasmarla en la Constitución como un ordenamiento base y genérico. Porque es precisamente de la Constitución Nacional de donde se han valido algunos intérpretes exégetas de nuestra Carta, para volverla acomodaticia a los intereses politiqueros. Basta con citar el artículo 120 de la Constitución Nacional, que ha servido para repartir los cargos públicos de una forma milimétrica y cada vez que las circunstancias políticas lo exijan.

La participación de los partidos políticos en el gobierno debería establecerse de acuerdo con las convenciones políticas, tomando el vocablo políticas en su verdadera acepción que se realicen previamente a las elecciones, como está sucediendo en Francia.

La carrera administrativa que se pretende, como sugerencia, obviamente dejaría a un lado los cargos de envergadura por cuanto sería antide-mocrático permitir que una persona continúe en altos cargos por tiempo indefinido; iría dirigida a estabilizar, eso sí, el personal de mandos medios y demás subalternos, pues, estos adquieren conocimientos y práctica en el ejercicio de sus labores y muchas veces la administración necesita tenerlos en su seno independientemente del criterio sectario del jefe de turno. Sin embargo, muchas personas que van a ocupar cargos altos poseen suficiente capacidad para un buen desempeño, incluso llegan con ideas de progreso, pero lamentablemente no pueden ver los frutos de su trabajo por cuanto, de pronto, se ven obligados a salir del cargo o a cambiar de ideas debido al influjo de fuerzas exteriores a la administra-

ción. Sería recomendable que para el desempeño de este tipo de cargos se estableciera un período legal en donde el funcionario pueda planear y desarrollar sus propósitos.

En el campo específico de la administración sí que es viable producir unas reformas sobre su propio funcionamiento y el mejor aprovechamiento de sus recursos. Es viable porque tiene las armas idóneas que son la facultad de legislar y reglamentar sin depender de otras ramas del poder, salvo las acciones legalmente consagradas, y también cuenta con factor humano especializado para proyectar e influir en la conciencia de los funcionarios con agilidad y respeto para la actividad pública. Creemos que en primer lugar correspondería hacer una compilación racional de las normas que el Estado ha creído conveniente dictar a través de largos años de vida republicana, para organizar los presupuestos. Claro está que no se trata de una compilación formal, editada en un solo volumen, sino de escoger las normas vigentes para que se apliquen y desechar las desuetas e inaplicables. Aunque el gobierno en los últimos años ha intensificado su preocupación por la regulación de estas materias, se nota que en los Departamentos y Municipios todavía subsiste un acervo normativo que paradójicamente causa vacíos de interpretación y aplicación.

Ahora bien, no solamente es necesario que exista práctica normativa con relación a la gestión administrativa y fiscal, sino que el funcionario esté en condiciones propicias para entenderla y tomarla como un instrumento útil a su trabajo y no como una medida coercitiva que intefiera en su prudente juicio. Para ello es necesario que las personas encargadas del manejo del personal, tomen cartas en el asunto implementando frecuentemente cursos, seminarios, la expedición de cartillas o folletos in-

formativos, en fin, toda la gama académica necesaria para hacer conocer los propios mecanismos de la administración.

Una forma concreta de evitar la comisión del delito de peculado, sería tratando de obtener los mejores resultados una vez las entidades determinadas ejerzan el control sobre los actos en los que van implícitos los dineros y los bienes del Departamento. Los tres controles que están establecidos, deben alcanzar los objetivos para lo cual se los instituyó, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos básicos: la conciencia del funcionario controlador debe estar dirigida a encontrar la materialidad de los negocios y operaciones fiscales corroborando siempre la consonancia entre los formalismos y la real existencia física de los bienes comprometidos. En segundo término, no limitarse al simple cotejo normativo sino asumir una posición crítica que permita cuestionar la conveniencia o inconveniencia del negocio. Y pensar, también, que debe cumplir su cometido como si los bienes que cuida fueran los suyos y no con la despectiva frase "son del gobierno".

El espíritu de la ley que establece los controles es bueno, y sería mejor si el funcionario que hace uso de ellos continuamente tiene su patrón en ese bondadoso espíritu. Se hace necesario, eso sí, reglamentar diligentemente estos controles para que se cumplan rigurosamente.

De igual manera el control sobre los presupuestos municipales debe reglamentarse de tal forma que se elimine la morosidad como principal enemiga que ocasiona el trauma presupuestal, en los largos procedimientos requeridos para su elaboración y ejecución. Sería una buena manera de evitar esto si la ley permitiese que a más tardar en el mes de Octubre, por

ejemplo, se expidiese el nuevo presupuesto, para que en los próximos dos meses se lo revise y alcance a entrar en ejecución desde el primero de Enero. Pues, no se justifica que se pierdan tres o cuatro meses de vigencia entre las desorganizadas oficinas del gobierno central.

Ahora bien, Planeación Departamental, la Contraloría y la Sección Administrativa de Secretaría de Gobierno deben revisar los presupuestos limitándose exclusivamente a lo que es de su competencia, de una manera sincronizada, pues, casos se dan en que la Sección Administrativa, por ejemplo, tenga que abstenerse de revisarlos por encontrar fallas que ya debieron corregirlas en las dos oficinas anteriores, causando pérdida innecesaria de tiempo. El gobierno departamental en procura de lo anterior expediría normas que reglamenten el trabajo de cada una de estas oficinas frente al control de los presupuestos. De tal manera que el presupuesto vuelva pronto para su ejecución y no se extravíe entre los estantes de las oficinas públicas.

Gran número de delitos contra la administración pública y principalmente el peculado no se tipificarían con tanta frecuencia de corregir los errores en la raíz. Cuando aparezca en la mitad del año fiscal un delito de peculado por destinación oficial diferente se estará corroborando la inutilidad de tanto trámite en la revisión del presupuesto, lo que en efecto sucede, de ahí la importancia de nuestras anotaciones.

Los altos índices de criminalidad contra la administración, no solamente revelan la corrupción de los funcionarios y su desmedido afán de obtener aprovechamientos ilícitos del tesoro público, sino también la desorganización administrativa; pues creemos que la baja calidad moral

frente a los bienes del Estado y la ineptitud de éste para cuidar de ellos conforman la llave maestra para abrir la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

...

Hago referencia, en primer término, al aspecto jurídico de este delito, en el cual solo puede consistir que con la vigencia del nuevo Código Penal, surta la extinción de la culpabilidad en el hecho de cometer un delito penal, el cual no sobreviene, conculcado por la voluntad simple y consciente de los sujetos que son objeto de las sanciones y el castigo del Derecho sin comprensión alguna del espíritu de la ley y la voluntad del legislador. Ahora bien, la posibilidad de este delito surge únicamente en aquellos casos y circunstancias en que se genera una sanción, aun que se expidan nuevas órdenes de arresto o de detención, aun que no haya anteriormente participado de la sanción o el castigo ejercido en el hecho de las personas que, además de ser el sujeto de la sanción, se encuentran en el momento de cometer el delito, por las implicaciones sociales y políticas que conlleva la comisión de este delito, de acuerdo con lo que se ocurre en los casos de rigor a los infractores de este tipo penal.

Frente al problema de la etiología de este delito, podemos darnos cuenta como su fuente se encuentra principalmente en las contradicciones sociales y una parte de ella en el mismo funcionamiento de la administración pública. Lo interesante es resaltar a manera de corolario que mientras que en Colombia subsisten desigualdades sociales, descomposición moral

y una pérdida ascendente **CONCLUSION** no existirá la posibilidad de erigir ésta ni los otros delitos. Por ello, cuando traté las circunstancias políticas y económicas como causas de la infracción analizada, de -
Una vez realizado el anterior trabajo, podríamos hacer numerosas conclusiones en relación a cada punto específico tratado; mas, todas ellas se concretan en últimas a una sola que voy a expresarla de corrido y evitando el casuismo.

Hago referencia, en primer término, al aspecto jurídico de mi trabajo, en el cual solo puedo concluir, que con la vigencia del nuevo Código Penal, sería la entronización de la culpabilidad en el mundo de nuestro Derecho Penal, el campo más sobresaliente, coadyuvado por la redacción simple y técnica de los tipos que nos otorga a los estudiosos y aficionados del Derecho una comprensión exacta del espíritu de la ley y la voluntad del legislador. Ahora bien, la punibilidad de este delito fué obviamente aumentada, y digo obviamente porque en general cada vez que se expiden nuevos Códigos se aumenta la gravedad de las sanciones, aunque no soy enteramente partidaria de la sanción o el castigo ejercido sobre el cuerpo de las personas, como ocurre en últimas, en la práctica, con el encarcelamiento, por las implicaciones sociales y políticas que acarrea la comisión de este delito, de acuerdo estoy con que se escarmenten con rigor a los infractores de este tipo penal.

Frente al problema de la etiología de este delito, pudimos darnos cuenta como su fuente se encuentra prácticamente en las contradicciones sociales y una parte de ella en el mismo funcionamiento de la administración pública. Lo interesante es recalcar a manera de corolario que mientras en Colombia subsistan desigualdades sociales, descomposición moral

y una pérdida ascendente de valores, no existirá la posibilidad de erradicar éste ni los otros delitos. Por ello, cuando traté las circunstancias políticas y económicas como causas de la infracción analizada, demostré la forma como se presentan las contradicciones y como al delincuente no podríamos tratarlo sino necesariamente encuadrándolo en su hábitat. Que otros hombres que comparten ese hábitat no delincan no es precisamente la mejor manera de justificar la existencia y la validez del Derecho punitivo.

También deseo anotar en esta parte que este delito ataca el patrimonio, solo que se lo distingue para darle una calidad especial denominándolo público o de todos, pero esencialmente interesa ese aspecto económico inherente a todas las personas, para el caso la persona es la Nación, y si el hombre dirige su acción criminosa contra ese aspecto, lo hace porque él no lo posee lo suficiente. Surge de allí la desigualdad económica entre los hombres como motor impulsor de este tipo de conductas delictivas.

En términos generales a mayor controversia social entre los hombres, por adquirir bienes en desigualdad de condiciones, mayor será el índice de comisión de delitos de peculado.

BIBLIOGRAFIA

- GAITAN Huesca, Bernardo, Curso de Derecho Penal General, Editorial Lerner, Bogotá, 1.963.
- ALVARADO Hurtado, Eduardo, Curso de Derecho Penal General, Conferencias, Universidad de Nariño, Facultad de Derecho, Pasto, 1.954.
- ARENAS, Antonio Vicente, Compendio de Derecho Penal, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1.967.
- ARENAS, Antonio Vicente, Comentario al nuevo Código Penal, Tomo I, parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1.981.
- BERNAL Pinzón, Jesús, Delitos contra la Administración Pública, Editorial Temis, Bogotá, 1.965.
- BUSTOS Ramirez, Juan, Culpa y finalidad, Editorial Jurídica de Chile, - 1.967.
- CANCINO M., Antonio, Peculado Estudio dogmático y Jurisprudencial, publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.973.
- CANCINO M., Antonio, Conferencias sobre el nuevo Código Penal Colombiano, Imprenta Nacional, Bogotá, 1.981.
- CUELLO Colón, Eugenio, Derecho Penal, 9a. Edición, Editorial Nacional S. A., México, 1.953.
- ESTRADA Vélez, Federico, Derecho Penal, Parte General, Editorial Libre - ría el Profesional, Bogotá, 1.981.

GAITAN Maccha, Bernardo, Curso de Derecho Penal General, Editorial Ler -
ner, Bogotá, 1.963.

GUERRERO Madroñero, Luis, Conferencias tomadas en clase, años 1.977 y -
1.979.

JIMENEZ De Azúa, Luis, La Ley y el Delito, Editorial Andrés Bello, Gara -
cas Venezuela, 1.945.

MESA Velásquez, Luis Eduardo, Lecciones de Derecho Penal, Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.974.

ORTEGA Torres, Jorge, Código Penal y de Procedimiento Penal, comentado,
Editorial Temis, Bogotá, 1.975.

PEREZ, Luis Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Temis
Bogotá, 1.968.

REYES E., Alfonso, La Culpabilidad, Universidad Externado de Colombia, -
Bogotá, 1.977.

ROSERO Revelo, Antonio, Conferencias sobre Derecho Penal Colombiano, Uni
versidad de Nariño, Facultad de Derecho, Pasto, 1.979.

RUIZ, Servio Tulio, Teoría del Hecho Punible, comentarios al nuevo Código
Penal, Ediciones Librería el Profesional, Bogotá, 1.980.

NUEVO CODIGO PENAL, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, Imprenta Na
cional, Bogotá, 1.980.

ACTAS DEL NUEVO CODIGO PENAL, Parte General y Especial, Volúmenes I y II

Revista Estadística del DANE, datos tomados de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

Revista CRIMINALIDAD, Editada por la Policía Nacional, años 1.975, 1.976, 1.978 y 1.979.

Datos tomados de los Juzgados de: Instrucción Criminal, Circuito y Superiores del Circuito Judicial de Pasto.