

## "MISCELANEAS PENALES"

(Continuación)

Delitos contra la administración pública llama el título tercero del libro segundo de nuestro estatuto penal al peculado, la concusión, el cohecho, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, el prevaricato, los abusos de autoridad, la usurpación de funciones públicas y los delitos contra los funcionarios públicos, porque los hechos especificados en los artículos que componen cada uno de esos capítulos perjudican, en último término, la correcta ordenación de asuntos que miran esencialmente a la administración. No es que dicho título tercero comprenda los actos todos que por descuido, ignorancia, negligencia y aún voluntariedad perfecta, dañan la administración. No. Para los malos administradores que no realizan los hechos especialmente dañosos previstos por el Código de las sanciones, existen otros medios de defensa: destitución, no reelección, privación de prestaciones sociales, etc.. Sólo para los funcionarios que realizan actos más allá de inmorales y sobre los cuales el unánime consentimiento de los países rectamente organizados ha llegado a la aceptación de su carácter delictivo, puede recaer el articulado que va del número 150 al 181, pues los artículos 182 a 186 se refieren precisamente a hechos realizados exclusivamente por particulares.

### PECULADO

*Peculatus* viene de *pecus* ganado. Porque los animales fueron, en un tiempo, los bienes públicos más importantes cuyo hurto o robo constituía el delito. El nombre pasó por sucesivas ampliaciones hasta que llegó a ser la serie de defraudaciones a los fondos públicos cometidas por funcionarios que los administran, recaudan o guardan, así:

1°.—Artículo 150. “El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público, de uno a seis meses.

“Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá además una multa de diez a quinientos pesos”.

Son sujetos activos del delito de peculado, en este caso, como en todos, los funcionarios públicos y “los que por cualquier concepto se hallen encargados de fondos rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia” (art. 155 del Código Penal) aunque no sean funcionarios públicos.

En este evento se necesita:

a) Funcionario Público, lo que quiere decir que los que no sean funcionarios, salvo lo previsto en el citado artículo 155, no pueden cometer ese delito.

b) Que administre efectos o caudales públicos, puesto que si no “administra”, el hecho de darles una destinación diferente a aquella a que están destinados por ley o reglamento, no puede siquiera ser jurídicamente realizado por el sujeto. El artículo, en efecto, mira en último término, a la correcta invasión de los fondos o efectos públicos, o sea a una leal ejecución de las normas presupuestales, puesto que los bienes públicos destinados a un fin, no pueden invertirse en otro sino en países donde el abuso llega a sus ápices y donde el compromiso del estado con los contribuyentes, incluido en el presupuesto como suprema garantía ciudadana, no existe.

Entiéndase bien que esta tesis no implica que no puedan hacerse traslados, recortes o adiciones presupuestales dentro de las propias normas legales.

c). Que dé a esos fondos o efectos una aplicación “oficial” diferente de aquella a que están destinados.

Como se ve, no se castiga la sustracción o el consentimiento para que otros los sustraigan, sino la aplicación “oficial” diferente de “todo género de bienes de cualquiera clase que representen algún valor” (Caudales), es decir, “no sólo el dinero sino letras de cambio, cheques, valores mobiliarios, títulos y todo género de acciones y obligaciones, joyas, objetos de arte, etc”. (Cuello y Calón — Derecho Penal).

En este caso del artículo 150 no se necesita que el lucro sea el fin del delito. Un funcionario que gasta en un parque el dinero público que él administra con destino a un puesto de socorro, a lo sumo ob-

tendrá que se le crea loco, pero no se lucra, y comete el delito de que se trata.

2°.—Artículo 151. “El funcionario público que en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar, incurrirá en arresto de un mes a cuatro años y en interdicción de derechos y funciones públicas de un mes a dos años, siempre que tales sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente”.

Art. 152. “Si después de iniciada la investigación criminal y antes de que se dicte la sentencia de primera instancia, o el veredicto del Jurado, si fuere el caso, reintegrare el responsable en todo o en parte lo sustraído o apropiado, o su valor, se impondrá la sanción de que trata el artículo siguiente, reducida hasta en la mitad, debiendo tenerse en cuenta, si hubiere lugar a ello, lo dispuesto en el artículo 6°.” (tres días de arresto equivalen a dos de prisión, y tres de ésta a dos de presidio).

Art. 153. “Si no se llevare a cabo el reintegro, se impondrá prisión de uno a seis años cuando el valor de lo sustraído o apropiado no pase de tres mil pesos, y presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor”.

Salta a los ojos que en este peculado, al igual que en el anterior, el particular no puede actuar como sujeto activo, porque no abusa de la confianza del estado. Ni siquiera los partícipes de los funcionarios que peculan, pueden cometer el delito aunque tengan conocimiento del carácter de públicos de los caudales o efectos que ayuden a destinar a otros fines o que sustraigan o se apropien, porque —repetimos— es esencial al peculado que quien lo comete haya recibido confianza pública. Tanto que autores como Carrara sostienen que un auxiliar de un cajero del estado por elección y nombramiento del mismo cajero y aún con sueldo, pero pagado por el Cajero, no es más que un particular. Si sustrae o se apropia dineros oficiales sometidos a su confianza pero no por el Estado sino por el Cajero, hurta, pero no comete peculado.

Sostienen algunos que la redacción del artículo normativo, que es el 151, está mal concebida en cuanto habla de “caudales”, de “objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar”, cuando debió hablar de “Caudales o efectos que por razón de sus funciones tenga a su cargo”. Alegan que los Jueces, por ejem-

plo, no son “recaudadores” o “administradores” de caudales o efectos embargados, secuestrados o depositados por su autoridad o por una inferior que los remita a ellos por razón de competencia.

Nótese que el artículo no habla, y mal podría hacerlo, de fondos públicos. Es decir, que el término recaudador no debe entenderse solamente como recibo de caudales o efectos que, como los de impuestos, contribuciones, cánones de arrendamiento de bienes del estado, productos de éstos, servicios públicos, etc., etc., pasan a ser públicos. Basta con que el funcionario por razón de su cargo reciba, para custodiar directa o indirectamente, caudales o efectos, para que el Estado deposite en él una especial confianza de que esos bienes privados, cuya custodia correctísima garantiza el Estado mismo a los particulares, permanecerán intocados. Es cierto que el Juez no es recaudador de caudales o efectos procedentes de embargos, secuestros o depósitos, en el sentido fiscal, precisamente porque esos caudales o efectos no “se recaudan” fiscalmente hablando, pero es evidente que por recaudar debe entenderse recibirlos y tenerlos a su cargo. Otra cosa sería que un Juez, por ejemplo, se apropiara cosas o dinero que no son objeto de su función judicial como el importe de una negociación civil o comercial que dos particulares dejan en su poder: aquí la confianza es de los particulares y no puede ser del estado, pero ni siquiera garantizada por él.

El delito consiste “en hacer en cualquier forma, uso indebido de los caudales” ya dichos. Este uso puede ser: sustracción, apropiación, por sí o por otro.

La dificultad, sin embargo, está en la prueba: al hacer un arqueo el funcionario a quien falta dinero oficial o protegido por el Estado, dice: Lo tengo en casa, por tal razón. Sobre ese empleado, si realmente tiene el dinero en casa, recaerán inexorablemente las fuertes sanciones penales-administrativas que deben existir en cada Estado para esos casos, pero no pueden volcarse las disposiciones que comentamos, pues la cualificación explica la falta del dinero en Caja. Además, el dinero realmente no falta. Otra cosa es en caso de no hallarse el dinero: la sola falta absoluta demuestra la intención criminosa, esto es, el uso indebido.

Algunos que participan, con razón, de la tesis teórica y desde luego legal, de que la reintegración no hace desaparecer el delito de peculado, sostienen, con aparente lógica, que la reintegración en el instante mismo de descubrirse el déficit nada significa en favor del

funcionario. Aparte de las rebajas a que tiene derecho por esa reintegración, debido al texto de la ley, hay casos en que la reintegración instantánea, bien explicada la falta, si no destruye el delito sí destruye su prueba. “No, señor visitador, dice el funcionario en el momento en que el fiscalizador le acusa de falta de trescientos pesos (\$ 300.00): no falta nada. Aquí tiene un cheque por ese dinero que yo, erróneamente, había mezclado con fondos particulares de tal suerte que sólo por un error de contabilidad faltan, pero yo no he hecho uso indebido porque no los he gastado ni dejado gastar, etc., sino que los he confundido”.

En veces los indicios morales condenan a ese sujeto y se tiene la certidumbre moral de que ese cheque, incluso, ha sido enviado a marchas forzadas por un pariente del funcionario visitado. Creemos que éste puede lograr, y la experiencia trae muchos casos, no sólo sincerarse “legalmente”, impidiendo, en realidad, la prueba del mal uso de los fondos, o sea de su intención fraudulenta en aquella falta que el hábil malversador hace aparecer como provisional, sino que, denunciado, obtiene de quien no conoce, como Juez, sino ciertos elementos externos, providencias absolutas que motejan de ignorante y atrevido al acertado funcionario que, a pesar de la reintegración, creyó —por convicciones morales— que debía —como había— un delito, y trataba de que los investigadores, menos complacientes, fueran a la entraña misma del asunto.

Queremos decir que ésto de la reintegración es, en nuestro país, una verdadera corruptela. Hay funcionarios del orden fiscal que prefieren, por sobre todo, lo que ellos llaman la defensa del fisco. A trueque dizque de no perjudicar al erario, cuando sorprenden un alcance, dan plazo a los malversadores para que reintegren el dinero a cambio de un discreto silencio, verdadero delito de encubrimiento, pues aquél ya está consumado, y error sin igual porque unos pocos pesos perdidos por el erario pero unos cuantos funcionarios desleales en la prisión, posiblemente resultarían más eficaces, como ejemplo, que ese proceder. No faltan, en efecto, allegados o amigos que ante el peligro de la cárcel, la deshonra o el suicidio, ocultan en connivencia con fiscalizadores equivocados, un delito cuya represión inmisericorde debería ser canon fundamental de las sociedades.

Por esta razón, y porque creemos que las rebajas por reintegro no están inspiradas sino en un criterio fiscal y en un arrepentimiento interesado en el propio beneficio —cuando más— no nos satisfacen

los artículos que minoran las sanciones, pues la peligrosidad del sujeto ya está demostrada con hechos y el daño al estado no debe medirse por la cantidad reintegrada sino por el abuso de la confianza pública que el estado puso en el malversador.

### CONCUSION

Sujetos del delito de concusión son, en todos los casos ((artículos 156 a 159) “el funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público”.

Condición para la existencia del delito en los casos de los artículos 156 y 157 es el abuso del cargo o de las funciones, y en el evento del artículo 159, el aprovecharse de un error ajeno.

QUIEN, como tal funcionario o empleado o encargado de servicio público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero dinero o cualquier otra utilidad, comete un acto de exacción ilegal que lo hace merecedor de prisión por uno a seis años.

Nótese que basta con que se exija dinero u otra utilidad. No es necesario que sea con finalidad determinada, real o aparente.

La inducción o el constreñimiento puede realizarse directa o indirectamente por el funcionario.

Y con el solo hecho de que se induzca o constriña a la promesa, ya queda consumado el delito, pues para el legislador es indiferente que la promesa se efective o no: basta con que el provecho se busque, aunque realmente no se obtenga.

El artículo 157 contempla el caso de que la inducción o constreñimiento —para obtener provecho ilícito para sí o para un tercero— se realice por el funcionario o empleado público encargado de un servicio sobre el pago de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento que legalmente no se deba. La pena es de seis meses a cuatro años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período, la cual se aumenta hasta en la mitad si se emplea intimidación o se invoca orden superior o mandamiento judicial.

En el caso del artículo 156 basta con exigir dinero u otro provecho. En el evento del 157 debe proceder ese provecho de algo que para el sujeto pasivo tenga o pueda tener una apariencia legal. El primer canon contempla una exacción pura y simple: el segundo una exacción disfrazada, quizá engañosa.

Ahora bien: ocurre que al cometer el hecho de que trata el artículo 157, el sujeto activo no busque para sí ni para otro un provecho ilícito, siempre que no se tenga como “otro” la entidad estatal que recibe el impuesto o contribución, renta, recargo, etc. En ese evento, el artículo 158 se limita a imponer una multa de ciento a mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por dos años, dada la menor cantidad de dolo, según unos, o la revelación de menor peligrosidad según otros.

Los tres artículos anteriores se refieren, pues, a hechos voluntarios. Mas cuando un funcionario, empleado público o encargado de un servicio público, en ejercicio de sus funciones, se aprovecha del error ajeno y recibe o retiene indebidamente para sí o para otro, dinero o efectos o cuando obtiene alguna utilidad, comete concusión y merece pena de prisión y de multa, aquélla de seis meses a dos años y ésta de diez a mil pesos.

### COHECHO

Existen dos formas de este delito: cohecho activo y cohecho pasivo. A la segunda clase se refieren, en nuestra legislación, los artículos 160 a 163 y el artículo 165. El 164 trata de la corrupción activa o cohecho activo. La diferencia entre las formas activa y pasiva estriba en que en el primer caso, son los particulares quienes corrompen a los funcionarios y en el segundo, los funcionarios quienes se dejan corromper.

Sujetos del cohecho son, pues, los particulares sin dejar de serlo los funcionarios etc. que reciben o aceptan dinero o dádivas o promesas remuneratorias, y en el segundo, los sujetos son los funcionarios, etc. que reciben o aceptan, sin dejar, tampoco, de serlo los particulares que dan u ofrecen.

Se habla en las disposiciones sobre cohecho de “funcionario o empleado o persona que transitoriamente desempeñe funciones públicas”, para incluir allí a los jurados, árbitros, peritos, etc. o particulares a quienes, por algún motivo, se encomienda el desempeño de un servicio de los que ordinariamente no se confían sino a funcionarios o empleados públicos.

Para conformar el delito de que trata el artículo 160 se requiere:

a). Que el funcionario o empleado o el encargado transitoriamente de desempeñar funciones públicas, reciba dinero o dádivas o acepte promesas remuneratorias, directas o indirectas.

b). Que el recibo o la aceptación sean indebidos.

c). Que reciba o acepte para sí o para un tercero.

d). Que reciba o acepte “por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones”.

En cuanto al primer elemento, cabe observar que el recibo del dinero o dádivas o la aceptación de promesas remuneratorias, no es menester que sea hecho por el propio funcionario: un agente suyo puede desempeñarle esta molesta tarea, y es lo común. Pero no desde el punto de vista sustantivo aunque sí desde el probatorio, es preciso que se demuestre la conexión que existe entre el funcionario y el tercero, o sea, que se demuestre que el funcionario ha conocido el trato, o en otros términos, que el tercero ha intervenido como representante del funcionario y éste como parte.

La iniciativa corruptora puede haber partido del funcionario o empleado o del encargado transitoriamente del desempeño de funciones públicas o del corruptor particular. Sólo que si la iniciativa partió del corrompido, deben tenerse en cuenta los otros elementos, porque se corre el riesgo de confundir el cohecho de que trata este artículo (160) con la concusión de que habla el 156.

El recibo de dinero o dádivas y la aceptación de la promesa remuneratoria directa o indirecta, deben ser indebidos, porque quien acepta lo que tenía derecho a percibir usa de un legítimo derecho.

El funcionario o empleado público o el encargado transitoriamente de funciones públicas, pueden recibir indebidamente para sí o para terceros, el provecho o la oferta de remuneración directa o indirecta. No es necesario que sea él quien se beneficie: puede ser un familiar suyo, un empleado o un amigo o simple conocido.

Nótese que la simple aceptación deja consumado el delito. La ley y la Jurisprudencia y los doctrinantes están de acuerdo en este punto. Y aún en el caso de que el funcionario mañana no acepte el importe de lo prometido, haya o no realizado el acto que debía ejecutar, el delito es perfecto.

El artículo estudiado se refiere a la ejecución de un acto propio de las funciones como el de un Juez que recibiera dinero por dictar fallo en asuntos que tiene a su despacho; mas el artículo siguiente, donde se contempla el mismo delito, se refiere a los cohechos para omitir o retardar un acto propio del cargo o ejecutarlo en forma contraria a los deberes oficiales, como si el Juez recibiera dinero para no fallar o para demorar el fallo o para fallar contra la verdad y la Ley.

(Continuará)