

EL DELITO DE PECULADO

Dr. Rodrigo Villegas D.

Antecedentes históricos.—Esta infracción tan común entre funcionarios poco escrupulosos y nada correctos, tuvo su origen en la Roma antigua donde se la denominó **peculatus** (pecu igual ganado) y decía relación con el hurto de cosas muebles de propiedad del Estado. Pero este aire liviano de animal doméstico que tuvo en sus comienzos, va transformándose, y el simple **peculatus** primitivo fue generalizándose y tomando nuevas formas, al aparecer la ilícita apropiación de monedas metálicas acuñadas por el Estado, así como la falsificación de las mismas, actos a los cuales se les fue también dando el nombre de **peculatus**, y más tarde se conoce con este distintivo a casi todos los delitos de aprovechamiento de cosas estatales como la retención de los botines de guerra por parte de los soldados y todo negocio que perjudicaba a la caja imperial.

Destruído el Imperio Romano, todos los países conquistados heredaron, entre otras cosas, sus instituciones jurídicas y fue así como España retuvo para sí el peculado como institución punitiva en "LAS PARTIDAS", el que consistía en la malversación de los caudales del rey o de los municipios, infracción que era castigada con tanto rigor, que hubo ocasiones en las que se aplicó la pena capital, cuando el hurto alcanzó grandes proporciones. Parecidas disposiciones encontramos también en la Novísima Recopilación y en toda la legislación foral.

En el siglo pasado se reglamentó la penología del peculado, con un sentido más humano y por grande que fuere la cuantía de la sustracción, se penaba únicamente con la privación de la libertad y el resarcimiento económico al Estado, desapareciendo por completo la pena de muerte para esta clase de infracciones.

Al llegar España a la América, vienen también su lenguaje, su religión y su derecho, y es entonces cuando se conocen en este Continente las normas del Derecho Romano, del Derecho Germano, en las que venía involucrado el **peculatus** o sea la inversión de caudales o efectos reales, en usos diversos de aquel a que estuvieron destinados.

Organizadas las nuevas repúblicas, siguen vigentes en su totalidad tanto las normas de derecho civil, como las regulaciones en el orden penal, hasta cuando așoma la ciencia penal en Europa, y junto con ella los grandes maestros y penalistas que sustituyen el antiguo régimen basado en el tali3n, para convertir a la penología en ciencia autónoma e independiente.

Con el avance de las concepciones filosóficas, sociológicas, antropológicas, económicas y políticas, surge también una nueva concepción del Derecho Penal gracias al aporte de investigadores y sistematizadores como el Marqués de Beccaria, Kant, Bentham. Romagnosi, Furbach y Roeder, pero sobre todo, con los llamados clásicos: Rossi, Carmignani y Francisco Carrara, para luego ser ordenada científicamente por los positivistas Lombroso, Garófalo y Ferri.

Al calor de las doctrinas expuestas por esta pléyade de hombres de ciencia, va elaborándose una moderna ordenación penal, basada en la realidad económica, social y política de los pueblos, de manera de tener en el delincuente, no al criminal nato del que románticamente nos hablara Lombroso, sino al desviado social o inadaptado que necesita de un tratamiento especial para reintegrarse al grupo.

DOCTRINA CARRARA.—Al definir este tratadista el delito de peculado decía: “Los criterios esenciales de esta especie criminosa se deben buscar: 1º) en la persona; 2º) en la cosa; y 3º) en las condiciones de la entrega. Los sajones exigían un cuarto requisito que era: el de que el incurso en peculado hubiese prestado juramento de fidelidad en la gestión antes de asumir el oficio”.

PERSONA.—Es el sujeto activo del peculado y (éste) puede ser el funcionario público, reconocido como tal por la administración pública, y cuyo oficio constituye la razón de que se encuentre en sus manos la cosa pública de que se apropia indebidamente. No mo-

difica la esencia del libelo el rango más o menos elevado del oficial, ni la intervención o ausencia de un estipendio. Sin embargo, es necesario que el usurpador de los caudales públicos sea reconocido por la autoridad, y la razón de esto reside en que la gravedad de este título nace de la violación de la fe pública, fe que no se puede constituir más que por el nombramiento o reconocimiento de su autoridad. El ayudante que se ha puesto al cajero, incluso con la autorización del superior, pero por la elección o nombramiento del cajero mismo, no es más que un particular frente a la administración pública. Este empleado secundario, no quebranta la fe pública, sino la del cajero, y por lo mismo, no es un malversador, sino un defraudador.

LA COSA.—Según Carrara en la cosa hay que considerar: su cualidad y su pertenencia. Tocante a lo primero, todos los tratadistas concuerdan en que ésta puede ser: dinero u otra clase de bienes muebles, siempre que tengan valor comercial, sean fungibles o no, hayan sido entregados directamente por funcionarios administrativos o por particulares, pues basta que hayan llegado a manos del oficial público en razón de su cargo y que tal funcionario se haya apropiado indebidamente y con finalidad de lucro.

CONDICIONES DE ENTREGA.—La Doctrina Carrara, tiene sus puntos de contacto con el Derecho Romano cuando considera que los dineros son la cosa materia del peculado, pero al tratar de este nuevo elemento, se distancia notablemente y así cree nuestro autor que la nación necesita de funcionarios que administren su patrimonio, para cuyo oficio se elige a los mejores, a quienes les proporciona emolumentos por este trabajo y les coloca por encima del común de las gentes, al depositar esta confianza o fe pública, para que el Estado y los particulares les respeten, de modo que cualquiera que deba hacer una entrega o consignación de dinero o de otra clase de objetos que se deban al Estado, no puede hacerlo sino en manos de este funcionario público, pero el momento en que este empleado, olvidándose de su rango de depositario de la confianza pública rompe con este vínculo y se apropia de los bienes entregados a su custodia, ha cometido grave delito: peculado o malversación de fondos públicos.

DOCTRINA CUELLO CALÓN.—En la ilustrada opinión de este comentador español la malversación de fondos públicos puede adoptar siete modalidades, a saber: 1º) funcionario público que sustrajere

c) consintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones; 2º) funcionario que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectue por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos; 3º) funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo; 4º) funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare, una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieron destinados; 5º) funcionario público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciera; 6º) funcionario público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración; y 7º) funcionario encargado por cualquier concepto, de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

La casuística anotada trae perfectamente determinados los elementos de esta infracción y ellos son: a) sustracción de fondos o especies públicos; b) esta sustracción debe ser hecha por un empleado público o encargado de una función pública por cualquier razón, o tener la calidad de empleado público el que consintió que esta sustracción la hagan terceras personas; y c) ánimo criminal de no restituir jamás lo sustraído.

Si falta uno solo de estos elementos, ya no se trata del delito de malversación, sino de cualquier otro, de manera que es indispensable la concurrencia de todos ellos para que se tipifique técnicamente la infracción que estudiamos.

EL PECULADO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA.—En la edición del Código Penal de 1906 se coloca por primera vez esta infracción con sus caracteres propios ya conocidos por los tratadistas clásicos, y desde entonces se comenzó a hablar de los desfalcos como un delito especial dentro del grupo de los que dicen relación con el ataque a la propiedad.

La sustracción de fondos del Estado o de las municipalidades, trae consigo la paralización de los servicios públicos y por lo mismo causa daños irreparables a toda la sociedad, por eso el legislador ha impuesto penas graves a los incursos de peculado.

Con este mismo criterio se vuelve a insertar el delito de desfalco en la codificación de 1938 en el Capítulo que trata "De la viola-

ción de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad".

En efecto, el art. 236 C. P. dice: serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público, que hubiera abusado de dineros públicos, de efectos que lo representen, de piezas, de títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo.

Si el abuso no excede de la fianza, se castigará con la mitad de la pena precedente.

La citada disposición determina claramente que la distracción de fondos públicos constituye infracción penal contra la administración pública, y para que quede conformada esta figura delictiva es necesario que el agente sea empleado público o encargado de un servicio público y que en calidad de tal, haya abusado de los bienes encargados a su cuidado.

El 23 de octubre de 1941, se promulga un Decreto que reforma el art. 236 C. P. y aunque se mantiene en su esencia la disposición sustantiva anterior, se reforma la imposición de la pena, así como el procedimiento a seguirse para descubrir a los autores, cómplices y encubridores del peculado.

El mencionado Decreto Legislativo dice:

Art. 1º—El art. 236 del Código Penal dirá: serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo: ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

También están comprendidos en esta disposición los que como empleados, manejen fondos de los Bancos Central, Hipotecario y Comerciales y de las Cajas de Previsión Social.

El inciso tercero de esta misma disposición declara que la acción civil para el pago de las indemnizaciones es imprescriptible; que la pena prescribirá en el doble del tiempo fijado en el art. 105 del C. P.; que no es aplicable la Ley de Gracia, ni tendrá cabida el abandono de la acción penal.

El art. 2º trae otra novedad y es la de que: los culpados de estas infracciones quedarán perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo público.

El art. 4º reformado manda que los juzgados por esta clase de infracciones deben cumplir su pena en la Colonia Penal del Archipiélago de Colón.

El art. II dice que se concede acción popular para la denuncia de estas infracciones.

El art. 13 ordena que al momento de iniciarse el juicio, esto es, en el mismo auto cabeza del proceso, el juez ordenará la detención provisional de los encausados y de haber méritos suficientes, la prohibición de enajenar bienes de propiedad de los sindicados.

Por fin tenemos que el art. 15 determina que los jueces competentes para conocer de esta clase de infracciones son los del crimen.

El decreto en mención, al extremar sus medidas y declarar imprescriptible la acción civil, al modificar sustancialmente la prescripción de la acción penal, que no es susceptible de aplicarse la Ley de Gracia y que no tendrá lugar el abandono, rompe deliberadamente con viejos principios y normas doctrinarias establecidos ya por los tratadistas y penalistas en esta materia.

Doctrinariamente se separa de los principios enunciados porque no habla del delito de malversación o peculado en la forma y modo que hemos estudiado, sino que empieza por hablar de las formas de abuso como el desfalco, malversación de fondos y disposición arbitraria, que en rigor no son sino diversas maneras de presentarse la malversación. Con razón esta ley fue calificada de draconiana, aunque en la realidad se prestó más bien para burlar la justicia, debido a que el procedimiento verbal sumario que sigue la causa, no era el más aconsejado para llegar a una determinación clara y precisa de la responsabilidad penal de los acusados.

En 1953 es codificado de nuevo el Código Penal, en el que se incluye el Decreto de 23 de octubre de 1941 en el Capítulo V que trata **"De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad"**.

Del delito de desfalco, malversación etc., tratan los artículos 233 y siguientes, hasta el art. 235 C. P.

La última codificación de 1960 no hace sino copiar al pie de la letra todas las disposiciones constantes en el Código de 1953, las que no forman entre sí un cuerpo orgánico; antes bien aparecen como reglas y preceptos dispersos en las que se advierte la falta de vertebración técnica, y doctrinaria, para reprimir los peculados en sus diversas manifestaciones, con precisión y celeridad.

Estas reformas, lejos de enmendar los errores del Decreto Legislativo de 1941, han venido a proporcionar nuevos presupuestos

delictivos, porque asoman como responsables en el grado y medida de sus intervenciones, los fiscalizadores de la Contraloría y los inspectores de la superintendencia de Bancos, lo que vuelve más difícil y engorroso el enjuiciamiento, la prueba, y por tal, su resolución final.

Prudente sería en esta parte recomendar la elaboración del Código Penal Administrativo, el que tendría que recoger todas las experiencias desde 1906, hasta nuestros días, para tener un cuerpo de leyes maduro, sistematizado y técnico, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, única forma de detener esta **ola de atracos a los fondos públicos**, municipales y de bancos.

En este código deben recogerse todas las infracciones que dicen relación con la administración pública, determinando con precisión y claridad este ente jurídico que se llama malversación o peculado, sus distintas modalidades, el modo de producirse en cada caso y los grados de responsabilidad de los autores, cómplices y encubridores.

Conformado el Código Penal sustantivo, debe también elaborarse el Código de procedimiento en esta materia, a fin de que se mantenga firme el orden moral dentro del convivir social; orden que es de estricta incumbencia del Estado, hoy que las nuevas corrientes totalitarias amenazan derrumbarlo para sustituirlo por el derecho de la fuerza.

Del mantenimiento del orden moral, surgen también el orden social y el orden público, cuyas normas estrictamente obligatorias para todos, deben ser en mayor grado observadas por quienes son los guardianes del tesoro público llamado a cubrir las múltiples necesidades del servicio. Del cumplimiento de estas obligaciones aparece de bulto el bienestar, la paz y la tranquilidad de la comunidad, y sólo en este clima se puede hablar de justicia, de sociedad, de derecho, de Estado democrático.

Con razón un autor contemporáneo dice que: "el fin directo y esencial de la justicia humana no puede ser otro que el restablecimiento del orden social perturbado por el delito". Por esto, preven-gamos la comisión de los delitos y más aún la de los que dicen relación con la marcha del servicio público, dando a los miembros del Estado, leyes que amparen la libertad y el derecho de todos los asociados, sin menoscabar la soberanía y el poder del Estado.