

T
250.44
V-7230
F.J.Y.C.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

***CORRUPCION DE FUNCIONARIOS
Y EMPLEADOS PUBLICOS***

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

José Daniel Vega Guerra

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1976



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR EN FUNCIONES:

DR. CARLOS ALFARO CASTILLO

SECRETARIO GENERAL :

DR. MANUEL ATILIO HASBUN

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

DR. LUIS DOMINGUEZ PARADA

SECRETARIO:

DR. MAURO ALFREDO BERNAL SILVA

TRIBUNALES QUE PRACTICARON LOS EXAMENES GENERALES

PRIVADOS

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: DR. PABLO MAURICIO ALVERGUE

PRIMER VOCAL: DR. CARLOS RODRIGUEZ

SEGUNDO VOCAL: DR. LUIS ERNESTO AREVALO

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: DRA. NOEMI ARIAS AVILES DE FLORES

PRIMER VOCAL: DR. HECTOR MAURICIO ARCE GUTIERREZ

SEGUNDO VOCAL: DR. MIGUEL ANGEL GOMEZ

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

PRESIDENTE: DR. ANGEL RAMOS COELLO

PRIMER VOCAL: DR. HUGO RENE BAÑOS

SEGUNDO VOCAL: DR. JOAQUIN FIGUEROA VILLALTA

ASESOR DE TESIS

DR. JUAN PORTILLO HIDALGO

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

PRESIDENTE: DR. ARTURO ARGUMEDO h.

PRIMER VOCAL: DR. ATILIO RAMIREZ AMAYA

SEGUNDO VOCAL: DR. ERNESTO ALFONSO BUITRAGO

DEDICATORIA

A DIOS:

Por haberme permitido la realización de mis
anhelos.

A MIS QUERIDOS PADRES:

Miguel de Jesús Vega Salala y Carmen Guerra de
Vega, con especial afecto y eterna gratitud.

A MI ADORADA ESPOSA:

DORA OFELIA SALAZAR QUEZADA, por su amor y
comprensión.

A MIS HIJITOS:

OSCAR MANUEL, EDGAR DANIEL y NELSON SALVADOR,
reyes de mi hogar, prolongación y motivo de
mi vida.

A MIS HERMANOS:

Miguel, Alfredo, Juan, Silvio, José, Ricardo, **Saúl**,
Ramiro, Juana Lidia y Yolanda, con fraternal
cariño.

A MIS TIOS:

Miguel Angel, Tomás, Juan, Manuel, Cripriano
Guerra; Salvador, Alfredo, José, Jesús, Enri-
queta, Mercedes y Ester Vega, con especial ca
riño.

A MIS SUEGROS:

Manuel Salazar y Mercedes Quezada de Salazar,
con especial cariño

A TODOS MIS AMIGOS, ESPECIALMENTE DE ILOBASCO,
compañeros de la infancia.

A LOS COMPAÑEROS LEONES DE ILOBASCO

con quienes me unen las mismas inquietudes

INDICE

CAPITULO I	GENERALIDADES. 1) EL BIEN JURIDICO TUTELADO. - 2) CONCEPTO DE ADMINISTRACION PU BLICA. 3) CONCEPTO DE FUNCIONA- RIO Y EMPLEADO PUBLICO. CONCEPTO LEGAL. 4) EVOLUCION HISTORICA DE LA INSTITUCION. 5) EVOLUCION EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA. 6) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.
CAPITULO II	PECULADO 1) CLASIFICACION 2) CONCEPTOS. - 3) HISTORIA. 4) ELEMENTOS. 5) SU JETO ACTIVO. 6) SUJLTO PASIVO. - 7) DIFERENCIAS ENTRE SUS VARIEDA DES. 8) PENALIDAD. 9) CASOS ESPE CIALES DE EXTINCION O DISMINUCION DE LA SANCION.
CAPITULO III	CONCUSION 1) CONCEPTO. 2) HISTORIA. 3) ELE MENTOS. 4) SUJETO ACTIVO. 5) SU- JETO PASIVO. 6) PENALIDAD.
CAPITULO IV	NEGOCIACIONES ILICITAS 1) HISTORIA. 2) ELEMENTOS. 3) SU JETO ACTIVO. 4) SUJLTO PASIVO. - 5) PENALIDAD.
CAPITULO V	EXACCION

1) CLASIFICACION. 2) CONCEPTO.
 3) HISTORIA. 4) ELEMENTOS. 5)
 SUJETO ACTIVO. 6) SUJETO PASI-
 VO. 7) PENALIDAD

CAPITULO VI

COHECHO

1) CLASIFICACION. 2) CONCEPTO
 3) HISTORIA. 4) ELEMENTOS. 5)
 SUJETO ACTIVO. 6) SUJETO PASI-
 VO. 7) PENALIDAD. 8) DIFEREN-
 CIAS ENTRE SUS VARIEDADES.

CAPITULO VII

MALVERSACION

1) CONCEPTO. 2) HISTORIA. 3)
 ELEMENTOS. 4) SUJETO ACTIVO -
 5) SUJETO PASIVO. 6) PENALIDAD

CAPITULO VIII

ENRIQUECIMIENTO ILICITO

1) NOCIONES. 2) HISTORIA. 3)
 ELEMENTOS. 4) SUJETO ACTIVO. -
 5) SUJETO PASIVO. 6) PENALIDAD

CAPITULO IX

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE
 REGISTROS O DOCUMENTOS PUBLICOS

1) NOCIONES. 2) HISTORIA. 3) ELE-
 MENTOS. 4) SUJETO ACTIVO. 5) SU-
 JETO PASIVO. 6) PENALIDAD.

CAPITULO X

ABUSOS CONTRA LA HOMESTIDAD

1) NOCIONES. 2) HISTORIA. 3) ELE-
 MENTOS. 4) SUJETO ACTIVO. 5) SU-
 JETO PASIVO. 6) PENALIDAD

CAPITULO XI	JURISPRUDENCIA
CAPITULO XII	LEGISLACION COMPARADA
CAPITULO XIII	CONCLUSIONES

INTRODUCCION

Con la presente tesis cumulo con un requisito previo a la opción del título de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Para este trabajo escogí como tema, de entre los tres propuestos, - el denominado "Corrupción de Funcionarios y Empleados Públicos" cuyo título corresponde a la Sección Segunda del Capítulo I, Título III, Libro Segundo de nuestro Código Penal.

No es el objeto de esta tesis hacer un estudio del grado de corrupción a que ha llegado la administración pública, ni una estadística de la misma. El objeto único es hacer un estudio estrictamente jurídico de todos y cada uno de los delitos que constituyen la Sección Segunda antes citada.

Presento, pues, este trabajo, sin la pretensión de ser perfecto. Lo que sí puedo asegurar es que - puse en él todo mi entusiasmo y buena voluntad.

CAPITULO I
GENERALIDADES

1) EL BIEN JURIDICO TUTELADO. 2) CONCEPTO DE ADMINISTRACION PUBLICA. 3) CONCEPTOS DE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PUBLICO. CONCEPTO LEGAL. 4) EVOLUCION HISTORICA DE LA INSTITUCION. 5) EVOLUCION DE LA LEGISLACION SALVADOREÑA. 6) - FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.-

GENERALIDADES SOBRE EL TITULO III DEL LIBRO SE-
GUNDO DEL CODIGO PENAL

El Título III del Libro Segundo del Código Penal regula los "DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA". Distingue en este tipo de delitos dos formas de infracciones: los delitos cometidos por los funcionarios y empleados públicos contra la administración pública, y los delitos cometidos por los particulares contra la misma administración pública. Lo anterior significa que la administración pública puede ser lesionada por la conducta delictuosa de sus propios representantes, es decir desde dentro. O también puede ser perjudicada desde fuera o sea por los particulares.

El Título III del Libro Segundo del Código Penal, consta únicamente de un solo capítulo dividido a su vez en tres secciones que regulan los "Abusos de Autoridad", la "Corrupción de Funcionarios y Empleados Públicos" y los "Delitos Cometidos por Particulares contra la Administración Pública", respectivamente.

Las secciones primera y segunda regulan aquellos delitos cometidos por los funcionarios o empleados pú-

blicos, es decir, por los mismos representantes de la administración pública. La sección tercera regula aquellos delitos cometidos por particulares contra la administración pública. Estos delitos son los llamados delitos comunes, que son aquellos que pueden ser cometidos por los particulares, en contraposición a los llamados delitos propios o especiales en los cuales se exige como elemento constitutivo la calidad de funcionario o empleado público del sujeto activo regulados en las secciones primera y segunda del Título III.

1) EL BIEN JURIDICO TUTELADO

La mayoría de los Códigos Penales, hacen la clasificación de los delitos en la parte especial tomando como fundamento el bien u objeto jurídico o interés jurídico tutelado. Nuestro Código Penal, sigue esa corriente y clasifica los delitos en base al interés jurídico que tutela. Así, el Título III del Libro Segundo, regula lo que él mismo llama "Delitos Contra la Administración Pública" que comprende un sólo Capítulo dividido en tres secciones en los que quedan comprendidos como contrarios a la Administración Pública, un grupo grande e importante de conductas delictivas que en sí muestran naturaleza bastante diversa.

La sección segunda del Capítulo I del Título III Libro Segundo regula la "CORRUPCION DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS" y comprende los delitos de Peculado, Concusión, Negociaciones Ilícitas, Exacción, Cohecho Pasivo, Malversación, Enriquecimiento Ilícito, Infidelidad en la Custodia de Registros o Documentos Públicos y Abusos contra la Honestidad.

"Con la represión penal regulada en esta sección, el Estado ampara el decoro y prestigio de la Administración; su moralidad; factores todos necesarios para que los asociados tengan respeto y confianza en los funcionarios y empleados públicos y en sus actos".(1)

Podríamos afirmar "que el bien jurídico que ampara el Título III es la Administración Pública, es decir, el ordenado e imparcial desenvolvimiento de los servicios adscritos al Estado en favor de la sociedad y de los individuos".(2)

Hay que hacer notar que al referirse a la Administración Pública, la ley no está protegiendo a la Nación o al Estado mismo, sino el normal funcionamiento de los órganos de gobierno. Es la regularidad funcional de los órganos del Estado lo que constituye la objetividad jurídica que nos ocupa.

2) CONCEPTO DE ADMINISTRACION PUBLICA

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española "administrar" proviene del vocablo latino "administrare", de ad, a, y ministrare, servir. De modo que etimológicamente su significado es el de "servir a". Ello traduce la idea de acción, actividad tendiente al logro de un fin. Ese fin lo constituye la satisfacción de los intereses colectivos por medio de la función administrativa del Estado. Y es con ese objeto que el Estado se organiza en una forma

-
- 1) Gustavo Rendón G. Derecho Penal Colombiano. Vol.1 Pág. 51. Edit. Temis. Bogotá, 1973
 - 2) Luis Carlos Pérez. Manual de Derecho Penal. Pág. 247 Edit. Temis. Bogotá, 1969.

especial, adecuada, que constituye la administración pública, que debe entenderse desde el punto de vista formal como "el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales", (3) y que desde el punto de vista material es "la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con estos organismos semejantes como son los particulares para asegurar la ejecución de su misión". (4)

"Desde el punto de vista formal la administración pública se identifica dentro del sistema constitucional como uno de los Poderes en que se halla depositada la soberanía del Estado; es decir, con el Poder Ejecutivo". (5)

Es necesario aclarar "que la expresión Administración Pública que emplea el Título III del Código Penal no está empleado en el sentido técnico corriente propio del Derecho Administrativo, sino con mucha mayor amplitud. (6)

La expresión Administración Pública, utilizada por el legislador debe entenderse como el conjunto de funciones ejercidas por varios órganos del Estado en beneficio del bienestar y desenvolvimiento de la sociedad.

"En sentido amplio, Administración Pública es toda actividad del Estado. En sentido más estricto y técnico, la Administración Pública es sólo una parte

-
- 3) A. MOLITOR. Administración Pública. Unesco. Pág. 18, citado por Gabino Fraga. D.Ad. Pág. 117.
 - 4) ibidem
 - 5) Gabino Fraga. Ob. cit. Pág. 117.
 - 6) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. Tomo V. Pág. 99.

de la actividad ejecutiva; pero la expresión Administración Pública no está empleada en el aspecto penal en el sentido propio del Derecho Administrativo, sino con mucha mayor amplitud. . . no sólo se consideran los delitos contra la actividad administrativa, en sentido propio, sino también los que van contra la actividad legislativa y judicial".(7)

3) CONCEPTOS DE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PUBLICO.

La sección segunda del Capítulo I del Título III, Libro Segundo del Código Penal, se denomina "CORRUPCION DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS" y regula los delitos cometidos por éstos en el ejercicio de sus cargos; es decir, aquellos delitos en que el sujeto activo son los funcionarios o los empleados públicos.

A fin de determinar qué entiende la ley penal por funcionario o empleado público, es necesario señalar los caracteres que los separan.

Gabino Fraga, en su obra "Derecho Administrativo" página 128 señala algunas opiniones expresadas para hacer la distinción entre unos y otros:

"1) Se ha considerado que el criterio que distingue a los funcionarios de los empleados es relativo a la duración del empleo, y que mientras que los funcionarios son designados por un tiempo determinado, los empleados tienen un carácter permanente.

2) Se recurre al criterio de la retribución para fijar la distinción, considerando que los funcionarios pueden ser honoríficos en tanto que los -

7) Exposición de motivos del Proyecto de Código Penal de 1974.

empleados son siempre remunerados.

3) También se señala como criterio para distinguir a los funcionarios de los empleados, la natura=leza de la relación jurídica que los vincula con el - Estado. Si la relación es de derecho público entonces se tiene al funcionario; si la relación es de derecho privado se tiene al empleado.

4) Se ha dicho que los funcionarios públicos son los que tienen poder de decidir y ordenar, en - tanto que los empleados son meros ejecutores.

5) Se ha recurrido al criterio de considerar funcionario a aquél que tiene señaladas sus facultades en la Constitución o en la ley, y empleado al - que las tiene en los reglamentos.

6) Por último, se ha señalado como una distinción entre el concepto de funcionario y el de empleado la de que el primero supone un encargo especial transmitido en principio por la ley, que crea una - relación externa que da al titular un carácter representativo, mientras que el segundo sólo supone una - vinculación interna que hace que su titular sólo concurra a la formación de la función pública".(8)

Por su parte, Horacio Sanguinetti, esboza las diferencias entre funcionario y empleado público así:

"a) el funcionario tiene mayor jerarquía y autoridad; el empleado subalterno, cumple generalmente una tarea material, mecánica y sencilla;

b) el funcionario tiene imperium, ordena, decide; además crea, modifica y extingue actos administrativos, encargándose de cumplir la ley; el empleado - se limita a obedecer órdenes de los funcionarios;

c) la relación de Estado a funcionario público, es de derecho público; la del empleado, se aproxima

a la de los empleados de derecho privado;

d) el empleado es estable y retribuido, siguiendo un escalafón de carrera administrativa; el funcionario es esencialmente político, carece de estabilidad o se desempeña por un período limitado, pudiendo actuar ad honorem;

e) el funcionario debe reunir calidades especiales, como títulos habilitantes, conocimientos especializados; al empleado se le exige una idoneidad general". (9)

CONCEPTO LEGAL DE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO.

El concepto legal de funcionario y empleado público lo da el Art. 459 Pn., así:

Art. 459 Pn. Para los efectos penales, se consideraran:

1o.) Funcionarios Públicos, todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civil o militar en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma o semi-autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos;

2o.) Empleados Públicos, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico;

3o.) Agentes de Autoridad, los agentes de la Guardia Nacional, Policía Nacional, Policía de Hacienda, Policía de Aduana, Policía Municipal y Po-

9) Citado por Oscar Molina. Tesis Doctoral. Malversación de Caudales Públicos. Pág. 9.

licías Bancarios; y

4o.) Autoridad Pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal ejercen jurisdicción propia.

4) EVOLUCION HISTORICA DE LA INSTITUCION

Entre los delitos cometidos contra la administración pública de que trata el Título III Libro Segundo del Código Penal hay que distinguir dos formas de infracciones; los delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos contra la administración pública, y los delitos cometidos por los particulares contra la misma administración pública. Esta "puede ser lesionada por la conducta delictuosa de sus propios representantes, es decir desde dentro, y entonces su autor será un intraneus; o también puede ser perjudicada desde fuera, en sus relaciones con los terceros o particulares y entonces el autor de la infracción será un extraneus". (10)

La sección segunda del Capítulo I Título III Libro Segundo del Código Penal trata de la primera forma de delincuencia y cuya finalidad es "amparar el decoro y prestigio de la administración, su moralidad, factores todos necesarios para que los asociados tengan respeto y confianza en los funcionarios y sus actos públicos". (11)

10) Jesús Bernal Pinzón. Delitos contra la Administración Pública. Pág. 4.

11) Gustavo Rendón Gavidia. Ob. Cit. Pág. 51.

Siendo ésta su finalidad podemos decir entonces que ya en el Derecho Romano se comenzó a castigar a los funcionarios públicos que traicionaban el decoro y prestigio de la administración pública. En Roma se castigó el Peculatus que "originalmente fue el delito de quien se apoderaba del ganado público, porque antiguamente era el ganado el que servía al Estado y a los particulares como medio de cambio y común medida de los valores. Fue la Ley Julia, la que castigó el peculado, los sacrílegos y los residuos. Los sacrílegos era, a su vez, el hurto de la res sacra, es decir consagrada a los dioses. Como residuos se consideraban la suma o los bienes que quedaban en poder de alguien después del ejercicio de una misión pública y que debía restituir con la rendición de cuentas" (12)

Se castigó también en Roma el delito de concusión "bajo el nombre de crimen repentundarum ya que de su comisión nacía una acción penal por medio de cuyo ejercicio la provincia o el particular agrava-do buscaba la repetición, la restitución de las sumas tomadas indebidamente por el autor material del hecho punible. La pena, pues, era simplemente la restitución, de acuerdo con la Ley Calpurnia Repetundarum. Posteriormente, bajo el poder de Julio César, se publica la Lex Julia Repetundarum, en la cual se agrega a la restitución la pena de exilio. (13)

12) Daniel P. Carrera. Peculado. Ediciones Depalma= Buenos Aires. Pág. 2

13) Arnoldo García Iturbe. Delitos Contra la Cosa Pública y Contra la Administración de Justicia. Publicación de Fac. de Derecho. U. Central de Venezuela. Pág. 55

Si bien actualmente estas figuras delictivas - sólo pueden ser cometidas por funcionarios y empleados públicos y el interés jurídico que protegen es la administración pública, en sus orígenes eran cometidos por funcionarios y particulares y con respecto al bien jurídico protegido más parece que era el patrimonio del Estado.

5) EVOLUCION EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA

Nuestro actual Código Penal, siguiendo la corriente de la mayoría de los Códigos Penales, clasifica los delitos en base al interés jurídico que tutela. Es así como el Título III regula lo que él mismo llama "Delitos contra la administración pública" que comprende un solo Capítulo subdividido en tres secciones, correspondiendo a la sección segunda lo que llama "Corrupción de funcionarios y empleados públicos" la cual comprende los delitos de peculado, peculado por culpa concusión, negociaciones ilícitas, exacción, cohecho pasivo, cohecho pasivo impropio, malversación, enriquecimiento ilícito, infidelidad en la custodia de registros o documentos públicos y abusos contra la honestidad. Los Códigos Penales anteriores al actual, en su Título VI llamado "Delitos y Culpas de los Funcionarios Públicos en el ejercicio de sus cargos" el Código Penal de 1826, en su Título VII llamado "De los delitos de los Empleados Públicos en el ejercicio de sus cargos" el Código Penal de 1859 y en su Título VII llamado "De los Delitos de los Empleados Públicos en el Ejercicio de sus Cargos" en los Códigos Penales de 1881 y 1904 comprendían en un solo capítulo los delitos que en el Código Penal actual protegen bienes jurídicos distintos tales como los delitos contra la

administración pública y delitos contra la administración de justicia. Los anteriores códigos penales no comprendían las figuras delictivas que actualmente conoce el vigente Código Penal como "Concusión", "Negociaciones Ilícitas" y "Enriquecimiento Ilícito". El resto de delitos que comprende la sección segunda denominada "Corrupción de Funcionarios y Empleados Públicos" sí eran regulados aunque algunos con distintos nombres así el "Peculado" lo comprendían en una sola figura delictiva que denominaban "Malversación de Caudales Públicos" en cambio actualmente los delitos de peculado, peculado por culpa y malversación son figuras con denominación propia. El cohecho era regulado pero sin hacer distinción entre cohecho pasivo, cohecho pasivo impropio y cohecho activo tal como se hace ahora.

6) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El fundamento constitucional de la sección segunda del Capítulo I del Título III del Código Penal se encuentra en el Título XII de la Constitución Política denominado "Responsabilidad de los Funcionarios Públicos" en cuyo Art. 216 establece que "Los Funcionarios y empleados públicos que se enriquecieron sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que hubieren incurrido conforme a las leyes.

Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere

notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos, se considerarán en conjunto.

Los funcionarios y empleados que la ley determine están obligados a declarar el estado de su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los incisos anteriores, dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que tomen posesión de sus cargos. La Corte tiene facultad de tomar las providencias que estime necesarias para comprobar la veracidad de la declaración, la que mantendrá en reserva y únicamente servirá para los efectos previstos en este artículo. Al cesar en sus cargos los funcionarios y empleados públicos, deberán hacer nueva declaración del estado de sus patrimonios.

Los juicios por enriquecimiento sin causa justa, sólo podrán incoarse dentro de dos años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento".

CAPITULO IIPECULADO

- 1) CLASIFICACION. 2) CONCEPTOS. 3) HISTORIA.
- 4) ELEMENTOS. 5) SUJETO ACTIVO. 6) SUJETO PA
SIVO. 7) DIFERENCIAS ENTRE SUS VARIEDADES. -
- 8) PENALIDAD. 9) CASOS ESPECIALES DE EXTINCION
O DISMINUCION DE LA SANCION.

1) CLASIFICACION

El Código Penal distingue tres tipos de Peculado, a saber:

- 1) Peculado por apropiación para beneficio propio o ajeno (Art. 438 inc. 1o. Pn.)
- 2) Peculado por aprovechamiento del error ajeno (Art. 438 inc. últ. Pn.)
- 3) Peculado por culpa (Art. 439 Pn.)

El peculado por apropiación para beneficio propio o ajeno lo define el Art. 438 inc. 1o. Pn. así:

"El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare, en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta esté encargado en virtud de su función o empleo, será sancionado con prisión de uno a diez años".

El peculado por aprovechamiento del error ajeno lo define el mismo Art. 438 Pn. en su último inciso así:

"Si el peculado se realizare aprovechándose del error de un tercero, la sanción aplicable será de uno a tres años".

El funcionario o empleado público que, por su

culpa, diere ocasión a que se cometiere por otra persona el peculado de que trata el artículo anterior, será sancionado con diez a cien días multa".

Algunas legislaciones como la colombiana sancionan como delito el llamado Peculado de uso. En esta forma de peculado, el sujeto activo 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 lo distingue del peculado por apropiación. En el peculado de uso existe en el agente el propósito de restituir la cosa que arbitrariamente está usando.

Nuestro Código Penal, debiera regular este tipo de peculado ya que en nuestro medio muchos funcionarios y empleados públicos abusan en el uso de los vehículos que se les asignan o tienen bajo su responsabilidad con la consiguiente apropiación que hacen del combustible necesario para su funcionamiento; - amén del gran deterioro que sufren.

2) CONCEPTOS:

"La denominación en esta materia no es uniforme, según los códigos tengan su fuente en la legislación italiana o en la legislación española, el delito es llamado peculado o malversación respectivamente" (14)

14) Arnoldo García Iturbe. Delitos contra la Cosa Pública y Contra la Administración de Justicia. Pág. 21.

Nuestro anterior Código Penal, cuya fuente era la legislación española, denominaba al delito en comento "MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS", que lo tipificaba en los Arts. 338, 339 y 340 Pn.

De entre ambas denominaciones que definen un mismo delito, creemos que la definición adecuada es la que trae el actual Código Penal. Al respecto estamos de acuerdo con Daniel P. Carrera quien sostiene "que es la denominación realmente adecuada y no la de malversación de caudales públicos con que la conoce la doctrina española". (15)

Malversar (de latín, male, mal y versare, volver) admite idiomáticamente tanto la acepción de inversión ilícita de caudales como la de aplicarlos a usos distintos de aquellos para los cuales están destinados. Es, pues, más genérica que peculado lo cual la vuelve imprecisa y "puede genéricamente cubrir las distintas modalidades de delito que su sentido abarca y de los que el peculado viene a ser una forma con sus características y singularidades propias".(16)

Sobre el mismo tema podríamos hacer nuestras las palabras de Arnoldo García Iturbe: "entre ambas denominaciones nos parece más correcta la nuestra, ya que si bien es cierto que el peculado puede ser una clase de o especie de mal usar, de malversar el dinero o los bienes muebles, debemos tener presente que la malversación no se agota en la figura jurídica del peculado y puede comprender otras formas, de manera que a la imprecisión del término malversación se opone la precisión de la voz peculado." (17)

15) y(16) Daniel P. Carrera. Peculado. Pág. 1

17) Arnoldo García Iturbe. Ob. cit. Pág. 21

Se ha definido el peculado como "el delito que consiste en el hurto de caudales del erario público hecho por aquél a quien está confiada su administración". (18)

Por su parte Joaquín Escriche, define el Peculado como la sustracción de caudales del erario público hecha por las mismas personas que los manejan. (19)

Por nuestra parte y en atención al Art. 438 Pn. podríamos definir el peculado como la apropiación en beneficio propio o ajeno de caudales públicos o municipales por parte del funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que los administre, recaude, custodie o venda en virtud de su función o empleo.

3) HISTORIA

El Peculado, es un delito que encuentra su origen legislativo en las civilizaciones más antiguas conocidas. Si nos remontamos hasta el Código Babilónico de Hammurabi, encontramos que de acuerdo a él se castigaba con la muerte a aquellas personas que robaban bienes pertenecientes a la divinidad, al templo o a la corte.

Es en Roma donde se emplea por primera vez la palabra peculado. Etimológicamente la palabra se deriva de pecus, que significa bestia o ganado, y al usar esta palabra para designar el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado se tomaba en cuenta el hecho de que, antes de generalizarse el uso -

18) Manuel Osorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.

19) Joaquín Escriche. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Pág. 1337.

del dinero, los bienes o muebles de mayor importancia eran los animales destinados al sacrificio.

El derecho romano nos define el delito de peculado como PECUNIAE PUBLICAE UT SACRAE FURTUM.

El peculado "se podía presentar bajo tres formas diferentes: crimen peculatus, crimen sacrilegi y crimen residuarum pecuniarum. El crimen peculatus y el sacrilegi eran hurtos de cosas públicas o sagradas cometidas o por particulares que conocían la cualidad de la cosa hurtada, o por los empleados públicos que la tienen en posesión o que debían restituirlas exactamente como le fueron entregadas por sus deudores de especie. La tercera forma de presentarse el delito, la llamada crimen residuarum pecuniarum, era el cometido por el empleado público deudor de cantidad que no restituía en el término de un año el dinero público que le había sido entregado, ni comprobaba haberlo gastado en el uso al cual estaba destinado".(20)

"En las Leyes de Partidas esta delincuencia fue mirada primordialmente como una ofensa a la autoridad real. En este cuerpo de legislación encontramos supuestos de peculado y residuos, siendo de destacar el distinto tratamiento en cuanto a la pena.

Conforme dichas leyes, debía morir no sólo el oficial del Rey que tuviese algún tesoro en guarda, o que recaudara pagos o derechos y los hurtara, o el juzgador que, mientras estuviera en la función, hurtara los "maravedis" del rey o de un consejo, sino también aquél o aquellos que les prestaran ayuda

20) Arnoldo García Iturbe. Ob. cit. Pág. 14.

o consejo o los encubrieran.

En cambio, aquellos a quienes se les hubiere encomendado realizar un pago y no lo hicieran, o bien no aplicaran los fondos con arreglo a lo encargado, - aparecen diferenciados de los anteriores, en cuanto se les aplicaban sanciones de orden pecuniario.

Novísima Recopilación. Las recopiladas se encaminaban, igualmente a la defensa del erario, por cuanto es necesario para bien público la conservación de las rentas y derechos, por depender de ello el sostenimiento del Estado. Sus previsiones estaban dirigidas hacia quienes, de propia autoridad y sin licencia del rey, tomaban para sí tales fondos, o para quienes lo ocupaban a sabiendas y violentamente, y también para los que hicieran pública resistencia a los encargados por el rey de la recaudación".(21)

"Las Recopiladas mandan que el empleado público que usurpare de manera fraudulenta los caudales que están a su cuidado o ayudase o diese consejo a otro - para hacerlo, debe perder todos sus bienes y ser desterrado perpetuamente del reino; y quien conociendo - la usurpación no la denuncia dentro de los siguientes dos meses, perderá la mitad de sus bienes y cualquier empleo u oficio que hubiere recibido del soberano. - Los tesoreros que empleasen estos caudales en uso propio, aunque lleguen a aportarlos luego, no sólo perderán su empleo sino que quedarán inhábiles para cualquier otro; y si no hay reintegro, sufrirán pena de - presidio por diez años. En caso de violencia en la ejecución, la pena era de muerte y confiscación".(22)

21) Daniel P. Carrara. Peculado. Ob. cit. Págs.6,7,8.

22) Arnoldo García Iturbe. Ob. cit. Pág. 16.

4) ELEMENTOS:

Al señalar los elementos del delito de peculado es necesario señalar los elementos de cada uno de los distintos tipos de peculado: peculado por apropiación, peculado por aprovechamiento del error ajeno y peculado por culpa.

Los elementos del peculado por apropiación son los siguientes:

1) Un elemento material o objetivo que consiste en el hecho de apropiarse de dinero, valores, especies fiscales o municipales o cosas muebles.

2) Que los elementos apropiados estén bajo la administración, recaudación, custodia o venta del - funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público en virtud de su cargo.

3) Que se cause una disminución en el patrimonio del Estado, o Municipio.

4) Un elemento subjetivo o intención delictual que consiste en la voluntad o intención de apropiarse, en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble - a sabiendas de que no le pertenecen.

Los elementos del delito de peculado por aprovechamiento del error ajeno son los siguientes:

1) Un elemento material u objetivo que consiste en el hecho de apropiarse de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble.

2) Que los objetos apropiados estén bajo la administración, recaudación, custodia o venta del funcionario o empleado público o el encargado de un - servicio público en virtud de su cargo.

3) Que se cause una disminución en el patrimonio del Estado o Municipio.

4) Un elemento subjetivo o intención delictual que consiste en la voluntad o intención de apropiarse, en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble a sabiendas de que no le pertenecen aprovechándose del error ajeno .

Los elementos del delito de peculado por culpa son los siguientes:

1) Un hecho material de apropiarse de dinero, valores, especies fiscales o municipales o cosas muebles.

2) Que la apropiación se deba a culpa del funcionario o empleado público bajo cuya administración, recaudación, custodia o venta estén el dinero, valores, especies fiscales o municipales u otras cosas - muebles.

3) Que se cause una disminución en el patrimonio del Estado o Municipio.

En los tres tipos de peculado la apropiación debe ser definitiva, con ánimo de no restituir lo apropiado.

"Apropiarse, dice Grispigni, quiere decir: - cumplir actos de disposición uti dominu. Esto puede lograrse mediante la retención definitiva de la cosa; es decir, no restituyéndola, o también mediante enajenación, destrucción o uso de la cosa consumible.

El funcionario o empleado público se apropia de los caudales u otros bienes sobre los cuales ejerce el derecho -o facultad inherente a su función- de guarda, custodia, administración, etc., cuando arbitrariamente se comporta frente a ellos como señor y dueño.

La ley no dice de qué manera se puede producir

la apropiación; por lo mismo, se trata de aquellos delitos que según expresión de Carnelutti, se denomina "a forma libre", precisamente porque la norma no describe formas específicas de conducta, como si lo hace, por ejemplo, con la estafa, en donde se exige que los medios para lograr la inducción en error no pueden ser otros que "los artificios" o "los engaños"; este tipo de delitos los denomina el autor últimamente citado, "delitos a firma vinculada". (23).

El delito se consuma cuando se ha realizado la apropiación la cual deberá ser con ánimo de no restituir. Es necesario pues que se cause una disminución en el patrimonio del Estado o Municipio. Esto por supuesto de acuerdo a nuestro Código Penal vigente.

Por su parte, Pacheco Osorio, dice que se consuma éste con el uso indebido (la sustracción o apropiación), siendo indiferente que la administración pública haya sufrido un perjuicio o sólo corrido un peligro. (24)

Sebastián Soler, expresa que "puede afirmarse que la sustracción de dinero consuma siempre el peculado, aún cuando sea hecho con propósito de restitución y aunque efectivamente se le restituya".(25)

Examinemos ahora la situación relacionada con el reintegro de la cosa apropiada.

23) Jesús Bernal Pinzón. Ob. cit. Pág. 25.

24) Citado por Jesús Bernal Pinzón. Ob. cit. Pág. 29.

25) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. Pág. 205.

La consecuencia que reconoce nuestro Código Penal en su Art. 440, es la de extinguir la pena privativa de la libertad siempre que el reintegro se haga durante el período de la instrucción y que aquél sea íntegro. Si el reintegro en la misma etapa del juicio no es total pero sí más de la mitad de lo sustraído se rebajará la pena hasta la mitad. En el primer caso se trata de una excusa absolutoria y en el segundo caso de una atenuante específica.

5) SUJETO ACTIVO:

Sujeto esencial del delito de peculado es el -funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público. Se trata, pues de un delito propio o especial, en el cual la calidad del sujeto entra como elemento constitutivo de la figura. Los que no son funcionarios o empleados públicos o no están encargados de un servicio público, no pueden cometerlo.

Nuestro Código Penal, trae una referencia específica en relación al sujeto activo. En efecto, para cometer peculado no basta con que el sujeto activo - sea funcionario o empleado público o encargado de un servicio público, sino que además es necesario que - esté encargado en virtud de sus funciones de la administración, recaudación, custodia o venta de los dineros, valores, especies fiscales o municipales u otras cosas muebles por él apropiadas. Si no es el encargado y se apropia de tales bienes el delito cometido - será contra el patrimonio y no el de peculado, según el caso.

Para una mejor comprensión damos las acepciones de administrar, recaudar y custodia. Por administrar (del latín administrare, de ad, a, y ministrare, ser

vir) se entiende gobernar, regir, aplicar, servir o ejercer algún ministerio o empleo. (26)

Por recaudar (del latín recapitare, recoger) se entiende cobrar o percibir caudales o efectos (27) Custodia (del latín custodiare) significa guardar con cuidado y vigilancia (28). El significado y alcance de las anteriores expresiones no presenta dificultad.

En el peculado, como en todo delito que exige una cualidad o condición especial en el sujeto activo, pueden plantearse problemas en torno a la participación de varias personas en la consumación del hecho punible. Supongamos que en el peculado concurren además del funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público un tercero que no tiene relación alguna con la administración pública, es decir un particular. A los primeros se les sancionará como peculador pero, se sancionará con la misma medida e igual título al particular? El peculado es un delito que exige una cualidad especial en el sujeto activo, cual es la de ser funcionario o empleado público o encargado de un servicio público, no obstante según la teoría de la comunicabilidad de causas y circunstancias que regula el Art. 50 Pn. y en base al inciso segundo de este artículo que literalmente dice: "Las circunstancias subjetivas como la calidad o la relación personal y los demás elementos de carácter subjetivo integrantes de la descripción legal del delito, que concurren en alguno de -

26) Diccionario de la Real Academia Española. Pág. 27

27) Ibidem. Pág. 1111

28) Ibidem.. Pág. 401.

quienes lo han cometido, se comunicarán a los demás autores y cómplices que hayan tenido conocimiento de ello. Si no lo hubieron conocido, serán sancionados con la pena que corresponda al delito previsto sin esos requisitos", la respuesta a la anterior pregunta será afirmativa si el particular sabía que con quien codelinquiaba era un funcionario o empleado público o encargado de un servicio público. Pero si ignoraba dichas circunstancias responderá por un delito contra la propiedad.

Tesis contraria sostiene el penalista español Cuello Calón: "Sujetos de este delito son solamente los funcionarios públicos que por razón de sus funciones tienen a su cargo caudales o efectos públicos; los que no son funcionarios públicos, o no están a ellos equiparados, no pueden cometerlo... Si el culpable no es funcionario público el hecho de la apropiación de caudales puede constituir una defraudación y especialmente la apropiación indebida"(29)

"El particular que participe en la malversación realizada por un funcionario no es culpable de este delito común contra la propiedad, por las razones: lo.= El motivo del castigo de la malversación es el quebrantamiento por el funcionario del deber de fidelidad en el manejo de los caudales puestos a su disposición y el particular no puede violar semejante deber. . . "(30)

Como razonábamos anteriormente no estamos de -

29) Eugenio Cuello Calón. D. Penal. Págs. 392 y 393

30) Eugenio Cuello Calón. Ob. cit. Pág. 397.

acuerdo con el citado penalista. Para aclarar nuestra tesis daremos un ejemplo. Pedro, funcionario público juntamente con Juan, un particular, se apropia de dinero que el primero administra en su calidad de funcionario. Si Juan, sabía que Pedro era funcionario se le sancionará con la misma medida e igual título que a éste; pero si ignoraba tal circunstancia, será sancionado por un delito contra la propiedad.

6) SUJETO PASIVO

"El sujeto pasivo primordial de la infracción es siempre la administración pública, y como la ley no distingue en cuanto a la calidad de los bienes, o sea si son públicos o privados, en el segundo caso puede ser sujeto pasivo el titular del derecho patrimonial ofendido con la conducta delictuosa".(31)

"El titular del interés jurídico tutelado puede ser, además de la administración pública, también el del interés patrimonial lesionado con el delito. Por tanto, no se trata de un delito con sujeto pasivo único, sino en el que pueden concurrir, y de ordinario así sucede, dos sujetos pasivos: la administración pública y el particular que sufre la lesión en su patrimonio". (32)

7) DIFERENCIAS ENTRE SUS VARIEDADES.— Las diferencias que podemos encontrar entre los tres tipos de

31) Jesús Bernal Pinzón. Ob. cit. Pág. 18.

32) Jesús Bernal Pinzón. Ob. cit. Pág. 53.

peculado: por apropiación, por aprovechamiento del error ajeno y por culpa, mencionamos que en el primer tipo de peculado, o sea el peculado por apropiación, el funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público se apropia en su beneficio ajeno de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otras cosas muebles de cuya administración, recaudación, custodia o venta esté encargado en virtud de su función o empleo, sin la intervención de ninguna otra persona y sin aprovecharse del error de un tercero. En cambio el peculado por aprovechamiento del error de un tercero, como su nombre lo indica, tal apropiación, sea en beneficio propio o ajeno, debe realizarse aprovechándose del error de un tercero, quien podrá ser un funcionario o empleado público o un particular. Un ejemplo de este delito es el siguiente: un particular paga un impuesto y al hacerlo paga más de lo debido por un error. El funcionario o empleado público que recauda el impuesto se percata de ello y en lugar de devolver lo pagado en exceso se lo apropia. En tal caso comete el delito de peculado por aprovechamiento del error de un tercero.

En lo que se refiere al peculado por culpa, la apropiación que se realice debe ser debida a culpa del funcionario o empleado público, quien cometerá este tipo de peculado, siendo indiferente que la apropiación haya sido hecha por otro funcionario o empleado público o por una persona particular, con la única diferencia de que estas personas, funcio-

32) Jesús Bernal Pinzón. Ob. cit. Pág. 53.

nario o empleado público o un particular, no cometerán delito de peculado sino el de hurto, los primeros porque se han apropiado de algo de cuya administración, recaudación, custodia o venta no están encargados en virtud de su función o empleo, elemento indispensable en el peculado, y los últimos por no ser funcionarios o empleados públicos, únicos sujetos activos en esta clase de delitos.

8) PENALIDAD

El Código Penal señala distintas penas a cada uno de los tipos de peculado. Al peculado por apropiación el Art. 438 inc. 1o. lo sanciona con prisión de uno a diez años. Respecto a esta pena podemos decir que la ley contiene una escala amplia que facilita al juez graduar la misma según la gravedad de la infracción e imponer una pena severa a aquellos casos de mayor gravedad o imponiendo una pena benigna en los casos de menor gravedad.

El mismo artículo antes citado en su inciso final sanciona el peculado por aprovechamiento del error ajeno con prisión de uno a tres años. Hay que aclarar que estas dos penas llevan inherentes la inhabilitación absoluta pues así lo establece el Art. 64 Pn. que literalmente dice:

"La pena de prisión lleva como inherente la inhabilitación absoluta, la cual se extenderá durante el tiempo de la condena, salvo la pérdida de los derechos de ciudadano que requiere rehabilitación.

Cuando un salvadoreño naturalizado cometiere un delito contra los bienes jurídicos del Estado o delitos de trascendencia internacional, se le impondrá la pena accesoria de pérdida definitiva de la -

calidad de salvadoreño".

La inhabilitación absoluta comprende, a tenor - del Art. 62 Pn.:

- 10.) La pérdida de los derechos de ciudadano;
- 20.) La pérdida del cargo, comisión, contrato o empleo público que ejerciere el reo, - aunque el cargo fuere de elección popular;
- 30.) La incapacidad para obtener toda clase de cargos o empleos públicos;
- 40.) La incapacidad de ejercer la patria potestad, tutela, curaduría, o de tomar parte en el Consejo de Familia;
- 50.) La pérdida de la calidad de salvadoreño naturalizado.

El Código Penal castiga con severidad el delito de peculado, y es que esta clase de delito "reclama indudablemente una pena de esta especie, porque, aparte de sembrar el descrédito para la administración - pública, altera gravemente (es la alteración más grave) el normal desenvolvimiento de la actividad patrimonial administrativa, al quebrantar el actor el deber de probidad a que se encuentra sujeto". (33)

El peculado por culpa es sancionado más benignamente pues el artículo 439 Pn. impone al culpable de este hecho punible una sanción de diez a cien días-multa.

9) CASOS ESPECIALES DE EXTINCION O DISMINUCION DE LA SANCION.

En los casos de que tratan los artículos ante-

33) Daniel P. Carrera. Peculado. Pág. 164.

riormente citados, es decir, en la sanción impuesta a los distintos tipos de peculado, la devolución por parte del responsable del total de lo sustraído si se realizare durante el período de la instrucción, extinguirá la pena privativa de la libertad, y, en su caso, la multa, debiendo el juez que conoce del proceso terminarlo por sobreseimiento a favor del imputado. Las razones legales son las siguientes: el Art. 275 C.Pr. Pn. establece los casos en que procede el sobreseimiento y en su numeral quinto expresa que se sobreseerá "por la extinción de la responsabilidad penal o por la excepción de cosa juzgada". A su vez el Art. 120 Pn. establece los casos de extinción de la pena y en su numeral diez establece como caso de extinción de la pena "los otros casos expresamente señalados por la ley" y el caso del Art. 440 Pn. es uno de los "casos expresamente señalados por la ley".

Si el reintegro no fuere del total de lo sustraído pero sí de más de la mitad, en la misma etapa del juicio, el juez podrá rebajar la pena hasta la mitad. Así lo establece el Art. 440 Pn. que literalmente dice:

"En los casos de que tratan los dos artículos anteriores, la devolución por parte del responsable, del total de lo sustraído, si se realizare durante el período de la instrucción, extinguirá la pena privativa de la libertad, y, en su caso, la multa.

Si los culpables de peculado reintegraren más de la mitad de lo sustraído, en la misma etapa del juicio, el juez podrá rebajar la pena hasta la mitad".

Tal como está redactado el citado artículo más

pareciera que el bien jurídico que trata de proteger es el patrimonio del Estado y no el normal desenvolvimiento de la administración pública.

Esta extinción y disminución de la sanción no debiera concederse ya que el Art. 216 de nuestra Constitución Política establece que "los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieron sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que hubieren incurrido conforme a las leyes."

CAPITULO IIICONCUSION

- 1) CONCEPTO. 2) HISTORIA. 3) ELEMENTOS.
 4) SUJETO ACTIVO. 5) SUJETO PASIVO. 6)
 PENALIDAD.

El concepto legal de concusión lo da el Artículo 441 Pn. que literalmente dice:

"Art. 441 Pn.- El funcionario o empleado público que, abusando de su calidad o de sus funciones obligare o indujere a alguno a darle o prometerle indebidamente a él o a un tercero, dinero u otra utilidad, será sancionado con prisión de uno a siete años."

1) CONCEPTO.

"La palabra "concusión" deriva del latín concutere, y representa la idea de sacudir un árbol para hacer caer sus frutos. De acuerdo con esta idea general, la concusión sería el delito de aquellos que emplean la violencia contra otro para extorsionarle dinero." (34)

Personalmente podría dar un concepto de concusión diciendo que es el delito cometido por el funcionario o empleado público que consiste en el hecho de abusar de su calidad o de sus funciones para obligar o inducir a alguno a darle o prometerle indebidamente a él o a un tercero dinero u otra utilidad apreciable económicamente.

34) Carrara. Programa de Derecho Criminal. Vol. V.
 Programa 2566 Pág. 111.

La doctrina suele dividir la concusión en propia e impropia, según que el sujeto activo sea o no funcionario o empleado público. A su vez, la concusión propia puede ser de dos clases: la explícita, que se manifiesta con violencia; física o moral; y la implícita que se manifiesta sin ella. Nuestro Código, descarta la concusión impropia pues el sujeto activo, como veremos adelante, sólo puede ser el funcionario o empleado público. En la concusión implícita el funcionario o empleado público obliga, en la explícita únicamente induce a dar o prometer indebidamente.

2) HISTORIA

El delito de concusión fue conocido en Roma - bajo el nombre de Crimen Repetundarum, ya que de su comisión nacía una acción penal por medio de cuyo ejercicio la provincia o el particular agraviado buscaba la repetición, la restitución de las sumas tomadas indebidamente por el autor material del hecho punible en cuestión. Fueron "las continuas protestas de los habitantes de los territorios conquistados por Roma a raíz de las exacciones de que eran objeto por parte de los funcionarios romanos, que debían desempeñar sus funciones ad honorem, condición propia de todo cargo al que no correspondía trabajo puramente manual, lo que originó la legislación represiva de esa actividad extendida en amparo de los mismos ciudadanos de la metrópoli.

En un principio no fueron de naturaleza penal ni el procedimiento ni la sanción consiguiente, sino que se buscó más bien proporcionar al damnificado un medio adecuado de carácter privado a fin de

recuperar el dinero extorsionado, repletiendo del culpable el monto respectivo, de donde el nombre de "Crimen Reputundarum" a varios hechos de parecidos perfiles y de análoga raíz corruptora: la concusión, el cohecho, la negociación incompatible con el ejercicio de la función pública.

La concusión tuvo, sin embargo, su legislación propia, la cual, a través de leyes sucesivas, fue adquiriendo con el tiempo un carácter más represivo y mayor severidad. Ferrini, autor de quien es difícil prescindir en el estudio del derecho penal romano, recuerda las leyes Calpurnia (año 149 a.c.) Junia, Servilia, Acilia, Cornelia y Julia, nombre este último que sirve de título al libro respectivo del Digesto.

Pero esa legislación no logró establecer un neto distingo entre la concusión y el cohecho o corrupción, formas delictivas que siempre permanecieron confundidas, al extremo que la Ley Julia consideró como concusión tanto la extorsión indebida de dinero como la aceptación de dinero para administrar justicia o cumplir un acto del propio oficio. Luego, durante el imperio, designóse como concusión tan solo el acto del funcionario subalterno que simulando órdenes superiores, o asumiendo prerrogativas o insignias de cargos superiores, infundía temor a los particulares con el fin de obtener alguna utilidad. A título de ejemplo pueden señalarse, según Gavazzi, las siguientes hipótesis de concusión: el acto del furriel encargado del alojamiento de los militares en las provincias que extorsionaba a éstos, con aquel pretexto, dinero u otra utilidad; la conducta del Centurión a quien incumbía el deber de ejercitar a los soldados noveles, que se hacían pagar para exi

mirlos del servicio de las armas; el acto de cualquier funcionario mediante el cual se obligara a un particular, infundiéndole temor, a venderle alguna cosa, o el acto por el cual, luego de ponerse algún obstáculo para el ejercicio de algún comercio o alguna persona, se levantaba la respectiva interdicción gracias a la entrega del dinero.

En síntesis, si quedaron claramente diferenciados la concusión y el cohecho, por un lado, de la negociación incompatible con el ejercicio de la función pública por otro, que las primeras formas delictivas fueron confundidas, llamándose concusión en las leyes tanto a la mera extorsión de dinero como simple dádiva o utilidad, como a la exigencia de dinero para cumplir u omitir un acto propio de la función pública, confusión agravada por el hecho de quedar sometidas ambas figuras al procedimiento previsto para el Crimen Repetundarum y a la misma especie de pena.

No obstante, en el derecho romano está el origen remoto del actual delito de concusión". (35)

3) ELEMENTOS

Los elementos del delito de concusión son los siguientes:

1) Un elemento material consistente en el hecho de obligar o inducir a alguien a dar o prometer indebidamente, por parte de un funcionario o empleado público abusando de su calidad o de sus funciones.

) Que la dádiva o promesa indebida sea hecha

(35) Enrique Ramos Mejía. El delito de Concusión. Págs. 13, 14, 15 y 16.

al funcionario o empleado público que induce o a un tercero.

3) Que el objeto de la dación o promesa debe ser en dinero u otra utilidad.

4) Fin de lucro.

De la lectura del Art. 441 Pn. observamos que es necesario para que el delito se tipifique que el agente o sujeto activo sea un funcionario o empleado público, quien obligue o induzca a alguien a dar o prometer indebidamente para sí o un tercero, abusando de su calidad o de sus funciones.

Abarca, pues, nuestro Código Penal en una sola disposición las formas llamadas de concusión explícita, que es la que se manifiesta con violencia, sea ésta moral o física; es decir, cuando el funcionario o empleado público obliga a dar o prometer algo y la concusión implícita que es cuando solamente induce.

"Es explícita si el oficial amenaza con un acto de propio poder que confiesa injusto como el que amenaza con arrestar, emplazar, etc.; si no se le dá dinero, Es implícita, si el oficial da a entender al particular que debe hacer un pago que no es debido."
(36)

Debemos entender el término "dar" en un sentido amplio, comprendiendo por lo tanto, no sólo el hecho de entregar algo, sino también el de traspasar un derecho real sobre algo. No se trata sólo de un regalo de dinero, joyas o bienes muebles, sino que puede también tratarse del traspaso de la propiedad de un inmueble.

36) Carrara. Ob. cit. Programa 2572 Vol. V. Pág. 114

De igual manera el concepto "prometer" debemos tomarlo en su sentido amplio.

Es necesario, además, que lo que se de o prometa por obligación o inducción del funcionario o empleado público sea indebido, "ya que de otra manera el oficial estaría en su derecho exigiendo lo que le es debido. Si para hacerse pagar un crédito suyo, - el magistrado se ha valido de modo irregular de sus propios poderes, ello podrá ser tomado en cuenta como abuso de autoridad o, mejor aún, como ejercicio arbitrario de las propias razones calificado por el abuso; pero nunca se imputará concusión."(37)

El funcionario o empleado público debe, además, abusar de su calidad de tal, del cargo en otras palabras, o de sus funciones. Bien puede suceder que el abuso no sea cometido por el funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones; sino - que el abuso se refiere únicamente al cargo de que está investido, ejemplo: un Alcalde que alegando su cargo trate de eludir el pago del valor del pasaje en un bus. El segundo de los elementos que mencioná**u** bamos es el de que la dádiva o promesa indebida se hecha al funcionario o empleado público que obliga - o induce a un tercero. Es indiferente que quien reci**ba** la dádiva o promesa exigida o inducida sea el fun**cion**ario o empleado público que la exige o induce a un tercero, basta que esa dádiva o promesa sea el re**sult**ado de aquella exigencia o inducción.

"Tanto la promesa como la entrega del dinero - pueden ser hechos con destino al mismo funcionario o a un tercero. Ese tercero puede ser un particular u otro funcionario público. Ese tercero a que se re**fi**ere la ley, no puede ser jamás una persona de derecho público. Por consiguiente: si el funcionario -

público, por exceso de celo, o por cualquier otra razón, logra que la administración pública reciba cosa que no se le debe, cometerá un delito de abuso de autoridad (exacción en nuestro Código Penal) o cualquier otro, pero no de concusión". (38)

Estamos en presencia de una figura delictiva de conducta alternativa puesto que se consuma con cualquiera de las dos formas previstas en la norma: dar o prometer indebidamente dinero u otra utilidad. La promesa debe ser seria. No es necesario que se haga con alguna solemnidad o que llene ciertos requisitos, pero sí debe ser el ofrecimiento de una utilidad futura, sea lícita o ilícita. La promesa puede ser hecha en forma verbal.

"La promesa, expresa Riccio, no tiene relevancia jurídica en las siguientes hipótesis:

1) Si la prestación, objeto de dar o de hacer, es imposible. Debe tratarse, desde luego, de una imposibilidad absoluta y objetiva. En estos casos la persona que promete no se vincula, en verdad ni siquiera aparentemente, al cumplimiento de una promesa que es absolutamente imposible;

2) Si la promesa se ha hecho solamente por mofa. En este caso la insubsistencia de la promesa, y, consiguientemente, de un elemento del ilícito, nace del hecho de que no ha habido constreñimiento ni inducción, ya que el sujeto pasivo ha obrado apenas por ficción (chiste);

3) Tampoco se da la promesa, elemento material de la concusión, cuando no es concreta y efectiva,

38/ Jesús Bernal Pinzón. Ob. cit. pág. 73

como cuando el particular promete únicamente con el fin de crear un artificio que permita la sorpresa del responsable". (39)

El objeto de la dación o promesa indebida debe ser dinero u otra utilidad.

Por dinero debemos entender la moneda en sus dos formas: papel moneda y metálico. Puede ser también moneda de curso legal en la República o cualquier moneda extranjera.

Por "otra utilidad" hay que entender "cualquier bien que represente un interés jurídicamente valorable para el funcionamiento; de cualquier ventaja para el patrimonio o para la personalidad, pues aquí - la ley no restringe ni aún implícitamente siquiera - el sentido de utilidad a las ventajas exclusivamente patrimoniales. Son pues utilidades, no sólo los donativos de cosas, los préstamos, los descuentos, la prestación de fianza, la prórroga al pago o a la ejecución coactiva, la recuperación de un crédito, el uso gratuito o semigratuito de una habitación, el sustento gratuito o semigratuito, los seguros de vida pagados por otro o a una prima de favor, las pensiones, los empleos, las comisiones, las promociones, las licencias, las acepciones de traslado, las prestaciones de obra, etc." (40)

Mencionamos, además, como último elemento el fin de lucro constitutivo del elemento subjetivo. Es esencial que el funcionario haya obrado movido por un fin de lucro, ya sea para sí o para un tercero.

39) Citado por Jesús Bernal Pinzón. Ob. cit. Pág.73

40) Manzini. Tratado de Derecho Penal. T. VIII
Pág. 218.

No importa si el lucro fue grande o pequeño.

En qué momento se consuma el delito estudiado? La concusión es un delito formal y se consuma por el sólo hecho de obligar o inducir, por parte del funcionario o empleado público que actúa abusando de su calidad o de sus funciones, a darle o prometerle indebidamente a él o a un tercero. No es necesario para su consumación que se le llegue a dar al funcionario o empleado público o a un tercero el dinero u otra utilidad o se le cumpla con lo prometido. Basta que haya obligado o inducido a un particular a darle o prometerle indebidamente dinero u otra utilidad. En este punto seguimos la opinión de nuestro Carrara, quien sostiene que "la concusión es verdaderamente un delito formal, porque para su consumación no es necesario que el particular haya dado realmente el dinero que se le quería quitar por el temor o por el engaño. El delito se agota por la sola acción del oficial público dirigida al engaño o a la intimidación de otro. Esta acción deberá ser completa en sus condiciones especiales para que el delito pueda llamarse perfecto; pero cuando esté en sí misma completa, el maleficio estará consumado, porque en éste la objetividad jurídica no radica en el derecho particular, sino en el derecho universal o social; y la agresión de éste es perfecta tan pronto como fué agotada subjetivamente la acción". (41)

Opinión igual sostiene Luis Carlos Pérez, al manifestar que "no importa que no se haya dado nada al funcionario. . . basta que se le haya prometido lo que se sabe que no se le adeuda. Tampoco importa que

41) Carrara. Ob. cit. Vol. V. Pág. 124. Programa 2583



las entregas o las promesas beneficien inmediatamente, porque pueden estar dirigidas a terceros con los cuales el empleado tiene vinculaciones. Lo anterior destaca el carácter formal de esta infracción: se consuma no cuando el sujeto pasivo ha entregado el dinero o los bienes, sino en el momento en que el servidor público instiga, engaña, induce, intimida. Si se consuma con la mera exigencia, es claro que queda descartado el grado de tentativa". (42)

Opinión contraria sostiene Manzini, al afirmar que "se trata de un delito de lesión. La concusión es un delito material, por cuanto requiere, para su consumación, la verificación de un evento posterior a la actividad del reo. La concusión se verifica en el momento y lugar en que el sujeto pasivo, obedeciendo a la coerción ejercida por el oficial público o persuadido por él, ha dado o prometido a dicho oficial público o a un tercero, dinero u otra utilidad. Y no importa que el culpable no haya llegado a apropiarse definitivamente de la cosa, a realizar la promesa o a sacar en otra forma provecho del delito; y por tanto no es necesaria la producción de un daño. Es posible la figura del delito intentado, que se daría por ejemplo, en la exigencia del dinero o de la otra utilidad sin haber llegado a conseguir el propósito". (43)

4) SUJETO ACTIVO

Como dijimos anteriormente, para que el delito

42) Luis Carlos Pérez. Derecho Penal Colombiano. Parte Especial. Pág. 1. Ed. 1956.

43) Manzini. Ob. cit. T. VIII. Pág. 225.

de concusión se tipifique es imprescindible que el agente o sujeto activo sea un funcionario o empleado público. Es necesario, además, que el funcionario o empleado público actúe abusando de su calidad o de sus funciones públicas. Debe obrar fuera del límite impuesto a sus funciones, ya que si su actuación está enmarcada dentro de sus límites podrá hablarse de otro delito pero no del de concusión. Se trata, por lo tanto, de un delito propio o especial puesto que la calidad de funcionario o empleado público es elemento constitutivo del delito. Solamente esas personas pueden ser sujetos activos del delito de concusión.

La condición o calidad de funcionario o empleado público debe existir en el momento de la conducta delictiva porque de lo contrario no podría ser jurídicamente posible que abusare de una condición que no tiene.

Si una persona se hace pasar por funcionario o empleado público y logra una ventaja indebida mediante amenaza se configurará el delito de acuerdo al Art. 327 Pn. por la gravedad de aquél.

Si el funcionario o empleado público goza de vacaciones o licencia no podrá entenderse que ha perdido la calidad o condición de tal, pues siempre seguirá vinculado a la administración pública.

5) SUJETO PASIVO

"Por sujeto pasivo de un delito debe entenderse el titular del interés jurídico tutelado directamente por la norma penal. Sujeto pasivo puede ser, por lo mismo, una persona física como una persona jurídica. Por lo tanto, sujeto pasivo de la concusión es, en -

primer lugar, la administración pública; y en segundo lugar, la persona inducida o constreñida a dar o prometer".(44)

"El delito de concusión presenta una objetividad jurídica compleja, pues afecta simultáneamente, aunque no en igual medida, al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de los órganos del Estado y el patrimonio del particular víctima de la indebida exigencia, y, existiendo así dos objetos jurídicos o dos bienes jurídicos ofendidos por el delito, no parece que pueda negarse la existencia simultánea de dos sujetos pasivos: el Estado respecto de la violación de ese normal funcionamiento de la administración pública, y el particular (cualquier particular, aún una persona jurídica) en cuanto a la ofensa inferida a su patrimonio, como titular cada uno del respectivo bien jurídico."(45)

En este delito, entonces, resultan dos sujetos pasivos.

6) PENALIDAD

El Art. 441 Pn. ya citado sanciona el delito de concusión con una pena que va de uno a siete años de prisión, dejándole así al juzgador un margen amplio para calificar la gravedad de la infracción y la calidad de funcionario o empleado público, ambas situaciones de suyo importante pues no se castigará con la misma pena al modesto empleado público a quien se le ha dado o prometido una cantidad ridícula que al

44) Jesús Bernal Pinzón. Delitos contra la Administración Pública. Pág. 63.

45) Enrique Ramos Mejía. El delito de Concusión. Págs. 61 y 62.

alto funcionario a quien se le ha dado o prometido - gran cantidad de dinero.

A la pena de prisión que se impusiere llevará - inherente la inhabilitación absoluta a que se refiere el Art. 64 Pn. y que regula el Art. 62 Pn.

En caso de codelinquencia, si el codelinquente fuere un particular no se le impondrá la sanción a que se refiere el Art. 441 Pn. ya que por no tener la calidad de funcionario o empleado público no podrá ser sujeto activo del delito de concusión pero sí podrá serlo del delito de extorsión que regula el Art. 257 Pn. siempre que ignore que con quien code linque es un funcionario o empleado público; pues si conoce tal circunstancia se le impondrá la misma san ción según lo establece el Art. 50 inc. 2o. Pn.

CAPITULO IVNEGOCIACIONES ILICITAS

1) HISTORIA. 2) ELEMENTOS. 3) SUJETO
ACTIVO. 4) SUJETO PASIVO. 5) PENALIDAD.

CONCEPTO LEGAL: "Art. 442 Pn. El funcionario o empleado público, que por sí o por persona intermedia, por actos simulados o por orden de superior jerárquico, toma un interés privado en cualquier contrato, suministro, licitación, subasta, decisión o cualquier operación en que interviniere por razón de su cargo, para que se produzca determinado resultado o use de cualquier maniobra o artificio para el mismo fin, será sancionado con prisión de uno a tres años. El superior jerárquico que diere la orden, será sancionado con prisión de dos a cinco años."

"El funcionario o empleado público, que por razón de su cargo, interviniere en cualquier contrato, suministro, licitación o subasta en que esté interesada la Hacienda Pública, que aceptare comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si el funcionario o empleado público hubiere sido el que solicitare las comisiones o porcentajes, la sanción podrá suministrarse hasta en una tercera parte."

"La disposición del inciso primero es aplicable a los árbitros, peritos, contadores y demás profesionales respecto a los actos en que intervinieren por razón de su oficio, así como a los tutores, curadores y síndicos y a todo el que en virtud de cualquiera otra actuación legal hubiere de intervenir en ren

diciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos".

1) HISTORIA

La denominación de "Negociaciones ilícitas" es nueva en el Código Penal nuestro ya que esta misma figura penal fué denominada en anteriores Códigos Penales que hemos tenido a través de nuestra historia jurídica con el nombre de FRAUDE. Ya en el Código Penal de 1826 aparece regulada esta figura en el Título VI denominado "Delitos y Culpas de los funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Cargos", en cuyo Capítulo XII regula los "Fraudes y Exacciones Ilegales". Con estas mismas denominaciones fueron regulados en los Códigos Penales de 1859 y 1904, siendo hasta el actual Código Penal, de corriente modernista, que denomina al delito en estudio "Negociaciones Ilícitas".

2) ELEMENTOS

En el Art. 442 Pn. se han comprendido, a mi modo de ver, dos figuras completamente autónomas entre sí, aunque siempre bajo el nombre de "Negociaciones Ilícitas": la figura delictiva a que se refiere el inciso primero de este artículo y la figura delictiva a que se refiere el inciso segundo - del mismo artículo. Tan es así que algunos códigos, como el Código Penal Colombiano, los regula en artículos separados.

Entonces, al hablar de los elementos de la figura delictiva "Negociaciones Ilícitas", tendremos que mencionar a los elementos de la figura delicti

va a que se refiere el inciso primero del artículo - citado y elementos de la figura delictiva a que se refiere el inciso segundo del mismo artículo.

Los elementos del delito "Negociaciones Ilícitas" a que se refiere el inciso primero del Art. - 442 Pn. son:

1) El hecho de tomar un interés privado o usar de cualquier maniobra o artificio en cualquier contrato, suministro, licitación, subasta, decisión o cualquier operación.

2) Que quien tome el interés privado o use de cualquier maniobra o artificio sea una de las personas que mencionan los incisos primero y tercero del artículo citado, ya sea que intervenga por sí o por un intermediario, por actos simulados o por orden de superior jerárquico, pero siempre que interviniere por razón de su cargo.

3) Que esa intervención en razón de su cargo - tenga por finalidad que se produzca un determinado resultado.

4) intención delictual o dolo.

Los elementos del delito "Negociaciones Ilícitas" a que se refiere el inciso segundo del mismo artículo citado son:

1) El hecho de intervenir en cualquier contrato, suministro, licitación o subasta en que esté interesada la Hacienda Pública.

2) Que quien intervenga en las anteriores negociaciones sea un funcionario o empleado público y - que su intervención sea en razón de su cargo.

3) Que dichos funcionarios o empleados públicos aceptaren por su intervención comisiones o porcentajes en dinero u otras divisas de los interesados e intermediarios.

4) Intención delictual o dolo.

En el primer caso el delito se tipifica cuando el funcionario o empleado público o cualquiera de las personas a que se refiere el inciso tercero del Art. 442 Pn. toma un interés privado en cualquier contrato, suministro, licitación, subasta, decisión o cualquier operación en que interviniera en razón de su cargo PARA QUE SE PRODUZCA UN DETERMINADO RESULTADO, sin importar que haya o no perjuicio de carácter económico para el Fisco o la entidad oficial que represente. Es más, no importa que ese interés privado que toma para que se produzca un determinado resultado sea beneficioso al Fisco, "con lo cual se ha creado una figura bastante curiosa, por decir lo menos, al sancionar el celo o interés del funcionario que ha obrado con el propósito de favorecer los intereses de la administración".(46)

"El elemento estructural esencial del delito está dado por el hecho de interesarse, esto es de tomar cualquier ingerencia lo que, por lo demás, puede asumir variadas formas".(47)

El delito cuyo estudio hacemos, el del inciso primero del artículo mencionado, es un delito de peligro y sólo eventualmente de daño; se consuma en el lugar y momento en que el funcionario o empleado público, directa o indirectamente se interesa en el acto o contrato a que alude la ley penal, cuya consumación adviene con el primer acto de ingerencia para que se produzca un determinado

46) Luis Bernal Pinzón. Ob. cit. Pág. 137.

47) Fernando Bayardo Bengoa. Derecho Penal Uruguayo. Pág. 223.

resultado, sin importar que éste sea aún favorable al Fisco.

La tentativa, entonces, resulta inadmisible. Esta es la posición de Luis Carlos Pérez, al decir que "el delito se perfecciona por el solo hecho de interesarse el empleado en el negocio. Si se ha interesado antes de ocupar el cargo se consuma cuando toma posesión de él". (48)

Sobre lo último no estamos de acuerdo ya que si alguien se ha interesado sobre algún acto o contrato a que alude la ley penal antes de ocupar un cargo o función pública no delinque aunque posteriormente lo llegue a ocupar. Distinto será si ya en el cargo sigue mostrando interés en la negociación.

La consumación del delito se realiza al interesarse en la negociación para que se produzca un determinado resultado. Así opina Fontán Balestra, al sostener que "el delito se consuma al interesarse, momento que puede prolongarse en el tiempo con las características de los delitos permanentes. Carece de significado que el fin perseguido se logre o no."(49)

Esta primera figura delictiva que comentamos es cometida además, por extensión que hace el inciso tercero del Art. 442 Pn., por los árbitros, peritos, contadores y demás profesionales respecto a los actos en que intervinieren por razón de su oficio, así como los tutores, curadores y sín-

48) Luis Carlos Pérez. Ob. cit. Pág. 262.

49) Carlos Fontán Balestra. Tratado de Derecho Penal, Parte Especial. T. VII. Pág. 299.

dicos y todo aquel que en virtud de cualquiera otra actuación legal hubiere de intervenir en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos. Extensión a la que se pronuncia en contra Luis Carlos Pérez, al decir: "pero es indebido dar al precepto tan extraordinaria extensión, - pues estos administradores particulares no tienen nada que ver con la cosa pública que es el bien objeto de tutela en el Título. Tales personas se convierten en agentes delictivos cuando su encargo proviene de la autoridad".(50)

Igual opinión tiene Pedro Pacheco Osorio, quien sostiene que "es indudable que la infracción cometida por los últimos no ofende a la administración pública, sino a bienes jurídicos distintos. El delito de ellos no tiene que figurar en este Título. Mejor situado habría quedado entre los que atentan a la propiedad". (51)

Opinamos que estos autores yerran al opinar de tal manera ya que las personas a que se refiere el inciso citado son asimilados a los funcionarios públicos en los actos en que intervinieren y sus actuaciones en contravención al Art. 442 Pn. sí ofenden a la administración pública.

En la segunda figura delictiva, o sea la que regula el inciso segundo del Art. 442 Pn. el delito se consuma cuando el funcionario o empleado público que por razón de su cargo interviniera en - cualquier contrato, suministro, licitación o subas

50) Luis Carlos Pérez. Ob. cit. Pág. 262 Ed. 1969.

51) Pedro Pacheco Osorio. Derecho Penal Especial.
2a. Ed. actualizada 1972 Pág. 195.

ta en que esté interesada la Hacienda Pública aceptar comisiones o porcentajes de dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios. Su consumación se realiza cuando acepta las comisiones, porcentajes, o dádivas. Si se le ofrece y no llega a aceptar lo ofrecido no cometerá ningún delito.

Después de este pequeño estudio comprendemos mejor que el Art. 442 Pn. que regula la figura delictiva denominada "Negociaciones Ilícitas" comprende dos figuras delictivas completamente autónomas. La primera es la regulada por el inciso primero del artículo mencionado cuya consumación se realiza cuando el funcionario o empleado público o las personas a que se refiere el inciso tercero del mismo artículo, toman un interés privado en cualquier contrato, suministro, licitación, subasta, decisión o cualquier operación en que interviniere por razón de su cargo para que se produzca un determinado resultado, aunque éste sea beneficioso a la administración pública o aunque el fin perseguido no se logre.

La segunda figura delictiva se consuma cuando el funcionario o empleado público que por razón de su cargo interviniere en cualquier contrato, licitación o subasta en que esté interesada la Hacienda Pública, aceptar comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios.

Debemos entender por contrato aquella "convención por la cual una o más personas se obligan para con otra u otras a dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa".(52)

52) Escriche. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Pág. 506.

Licitación es la "venta o compra de una cosa en subasta o almoneda.(53)

Por subasta entendemos: "la venta pública de bienes o alhajas al mejor postor, por mandato y con intervención de la justicia". (54)

El concepto decisión no tiene problema alguno pues debe tomarse en su sentido natural y obvio, o sea como "resolución o determinación en materia dudosa". (55)

3) SUJETO ACTIVO

Autor de este delito debe ser un funcionario o empleado público y por extensión pueden serlo también los árbitros, peritos, contadores y aquellos profesionales respecto a los actos en que intervienen por razón de su oficio, así como los tutores, curadores, síndicos y todo aquél que en virtud de cualquiera otra actuación legal hubiere de intervenir en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y otros actos análogos. La actividad puede ser cumplida o realizada por persona intermedia, que será lo más frecuente, pero autor sólo lo serán las personas citadas anteriormente. Los intermediarios podrán ser considerados delincuentes si conocen la circunstancia de que con quien codelinquen es un funcionario o empleado público según la teoría de la comunicabilidad de causas y circunstancias

53) Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual. T. II. Pág. 569.

54) Ibidem. Tomo III Pág. 607

55) Ibidem. Tomo I Pág. 584

cias que regula el Art. 50 Pn.

4) SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo del delito de "Negociaciones - Ilícitas" es la administración pública ya que con esta figura delictiva lo que se ha querido proteger es el ordenado y legal desenvolvimiento de la administración pública.

5) PENALIDAD

Las sanciones que establece nuestro Código Penal para quienes cometen el delito de "Negociaciones Ilícitas" varía según se trate de la figura delictiva que regula el inciso primero del Art. 442 Pn. o la que regula el inciso segundo del citado artículo.

Para la primera figura establece una pena de prisión de uno a tres años, aumentándose de dos a cinco años de prisión para el superior jerárquico que diere orden de que se tome el interés privado.

Para la figura delictiva regulada en el inciso segundo del mismo artículo la pena establecida es de dos a cinco años de prisión. Mas si el funcionario o empleado público ha sido quien solicitare las comisiones o porcentajes la pena de prisión podrá aumentarse hasta en una tercera parte más.

Por supuesto que cualquier pena de prisión que se imponga al contraventor lleva inherente la inhabilitación absoluta a que se refiere el Art. 62 Pn.

CAPITULO VEXACCION

- 1) CLASIFICACION. 2) CONCEPTO. 3) HISTORIA
 4) ELEMENTOS. 5) SUJETO ACTIVO. 6) SUJETO
 PASIVO. 7) PENALIDAD.

EXACCION. Art. 443 Pn.- El funcionario o empleado público que, prevaleciéndose de su condición o cargo, impusiere u obtuviere para la administración pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquiera otra prestación que sabe no es legal, o aún siendo legal, empleare para su cobro, medio vejatorio o gravoso que la ley no autoriza o in vocare falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización legítima, será sancionado con prisión de uno a seis años.

1) CLASIFICACION

Podemos clasificar el delito de exacción en: exacción violenta o explícita y exacción no violenta o implícita.

Exacción violenta o explícita, es aquella en que se hace uso de medio vejatorio o gravoso para el cobro de tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquier otra contribución legal.

Exacción no violenta o implícita, es aquella en que el funcionario o empleado público que sin usar medios vejatorios o gravosos, pero prevaleciéndose de su condición o cargo impusiere u obtuviere para la administración pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquiera otra presta-

ción que la ley no autoriza o invocare falsamente - orden superior, mandamiento judicial u otra autoridad legítima.

Podemos clasificar también la exacción en: exacción civil y exacción militar.

Exacción militar, es aquella que cometen los militares en servicio y que regula el Código Militar - en su Art. 146.

Exacción civil, es aquella que regula el Código Penal común y cuyo delito sólo pueden cometerlo los funcionarios y empleados públicos.

2) CONCEPTO

Guillermo Cabanellas, define la exacción como - la "recaudación imperiosa de impuestos o de multas. Requerimiento apremiante para el pago de deudas".(56)

Este mismo autor hace diferencia de la exacción propiamente dicha y la exacción ilegal, definiendo a ésta como la "exigencia improcedente de contribuciones, derechos, o dádivas, por un funcionario público que abusa de sus atribuciones". (57)

Gramaticalmente, exacción significa el hecho de exigir, con aplicación a impuestos, tasas, arbitrios, derechos, contribuciones, etc. Se trata de algo que sólo puede percibir el Estado en cuyo nombre se actúa. También tiene la acepción de cobro injusto o - violento.

56) Guillermo Cabanellas. Ob. cit. T. II pág. 137

57) Idem.

Los impuestos, tasas, derechos y contribuciones son los cobrados por el Estado como tal.

Los arbitrios, son los impuestos o tasas que cobran las municipalidades.

"Son impuestos las prestaciones en dinero o en especie, exigidas por el Estado en virtud del poder de imperio, a quienes se hallen en las situaciones consideradas por la ley como hechos imponibles.(58)

Tasa "es la prestación pecuniaria exigida compulsivamente por el Estado y relacionada con la prestación efectiva o potencial de una actividad de interés público que afecta al obligado."(59)

Por contribuciones, entendemos "la prestación obligatoria debida en razón de beneficios individuales o de grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas o de especiales actividades del Estado". (60)

Podríamos en este trabajo, tomando en cuenta la definición que de exacción hace nuestro Código Penal, definir la exacción, comprendiendo tanto la violenta o explícita y la no violenta o implícita, como el acto por el cual el funcionario o empleado público, que prevaliéndose de su condición o cargo, impone u obtiene para la administración pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquiera otra prestación que sabe no es legal, o aún siendo legal, empleare para su cobro, medio vejatorio o gravoso que la ley no autoriza o invocare falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización legítima.

58) Giuliani Fourouge. Derecho Financiero V.I pág.273

59) Ibidem. Pág. 275.

60) Ibidem. Pág. 278.

3) HISTORIA

El origen histórico "parece encontrarse en Roma, como consecuencia de las continuas protestas de los habitantes de los países conquistados, por las exacciones de que eran objeto por parte de los funcionarios romanos", (61) que debían desempeñar ad-honorem, condición propia de todo cargo al que no correspondiera trabajo puramente manual. En un principio no fueron de naturaleza penal ni el procedimiento de la sanción consiguiente, sino que se buscó más bien proporcionar al damnificado un medio adecuado de carácter privado a fin de proporcionarle la recuperación del dinero extorsionado.

También "en las partidas (Part. III, Tit. XX, Ley 5a.) se pena a los selladores que tomaren más de lo que deben tomar por sellar las cartas; la Novísima Recopilación Lib. IV, Tit. XXX, Ley 24 y Libro V, Tit. XXXIII, Ley 1a. estableció penal pecuniarias y pérdida del oficio para los alguaciles que cobraban derechos superiores a los contenidos en el arancel". (62)

4) ELEMENTOS

Son elementos del delito de exacción, los siguientes:

1) Un elemento material u objetivo consistente en el hecho de imponer u obtener para la administración pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquier otra prestación.

61) Carlos Fontán Balestra. Ob. cit. Pág. 301

62) Cuello Calón. Ob.cit. Pág. 408.

2) Que quien imponga u obtenga tales cargas sea un funcionario o empleado público que se prevalezca de su condición o cargo.

3) Que tales cargos se impongan u obtengan a sabiendas de que no es legal, o aún siendo legal, empleare para su cobro, medios vejatorios o gravosos que la ley no autoriza o invocare falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización legítima.

4) Intención delictual o dolo.

Con la creación de esta figura delictiva se ha tratado de que los funcionarios o empleados públicos no impongan u obtengan cargos que la ley no impone, ni se cobren, cuando son legales, usando medios vejatorios o gravosos o invocando falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización legítima, a fin de no llevar desprestigio para la administración pública y eventualmente un daño o perjuicio para los particulares víctimas de tales abusos.

El único Poder facultado para imponer, en beneficio de la administración pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquier otra prestación es el Poder Legislativo, según lo establece la Constitución Política en su Art. 47 No. 15.

El cobro de estas cargas deberá efectuarse por los medios que la misma ley establece.

Es necesario además, que estas cargas se impongan u obtengan en beneficio de la administración pública o municipal ya que si se imponen u obtienen en beneficio del mismo funcionario o empleado público, éste responderá de otro delito pero no del de exacción.

Este delito es esencialmente doloso. Un dolo genérico. No puede cometerse este delito por culpa.

5) SUJETO ACTIVO

En este tipo de delitos, como en todos los delititos contra la administración pública, estamos en presencia de un delito propio o especial en el que el -sujeto activo sólo puede serlo un sujeto calificado, el funcionario o empleado público. No podrá considerársele al particular que codelinque con el funcionario o empleado público como sujeto activo de este delito.

Algunos autores, entre ellos Cuello Calón, sostienen la teoría que solamente pueden ser sujetos activos de este delito "los funcionarios públicos capaciitados para la exacción de derechos por el ejercicio de sus funciones" (63) es decir, sólo los funcionarios o empleados públicos competentes o con capacidad para el cobro o recaudación de los impuestos, tasas, derechos, arbitrios, contribuciones, etc. Opinión contraria sostiene Sebastián Soler, al manifiestar que "nuestra ley no hace esa diferencia, que por lo demás, no parece lógica, ya que el delito se constituye precisamente sobre un abuso de autoridad." (64)

En nuestra legislación penal el sujeto activo

63) Cuello Calón. Ob. cit. T. II Ed. 1952 Pág. 408

64) Sebastián Soler. D. Penal Argentino T.V. Pág. 197, Ed. 1973.

del delito en estudio será cualquier funcionario o empleado público que se prevalezca de su condición o cargo o invocare falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización legítima, estén o no facultados para el cobro o recaudación de impuestos, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios, etc.

6) SUJETO PASIVO

Si por sujeto pasivo de un delito entendemos el titular del interés jurídico tutelado directamente por la norma penal, entonces el sujeto pasivo podrá serlo tanto una persona física como una persona jurídica. Entonces el sujeto pasivo del delito de exacción serán la administración pública y la persona a quien se le impusieren impuestos, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o prestaciones ilegales y que aún siendo legales se le han cobrado por medios vejatorios o gravosos que la ley no autoriza.

El delito de exacción afecta tanto al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de los órganos del Estado como el patrimonio del particular que ha sido víctima del pago ilegal.

Entonces en este delito resultan dos sujetos pasivos: la administración pública y el particular víctima del cobro indebido de tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquier otra prestación ilegales o que siendo legales se le han cobrado por medios vejatorios o gravosos que la ley no autoriza.

"En la exacción hay siempre un particular perjudicado" sostiene Sebastián Soler.(65)

(65) Sebastián Soler. Ob. cit. T.V. Pág. 158.

7) PENALIDAD

El Art. 443 Pn. sanciona el delito de exacción, sea violenta o no, con prisión de seis meses a dos años. Será el juez, quien en vista de la gravedad de la infracción determinará la pena a imponer dentro del mínimo de seis meses al máximo de dos años. Esta pena de prisión lleva como inherente la inhabilitación absoluta a que se refiere el Art. 62 Pn.

Igual sanción se le impondrá al particular que codelinque con el funcionario o empleado público si conoce esta circunstancia. Si la desconoce la sanción que se le impondrá será la aplicable al delito de extorsión que regula el Art. 257 Pn, en su caso.

CAPITULO VICOHECHO

- 1) CLASIFICACION. 2) CONCEPTO. 3) HISTORIA
- 4) ELEMENTOS. 5) SUJETO ACTIVO. 6) SUJETO PASIVO. 7) PENALIDAD.

COHECHO PASIVO. "Art. 444 Pn. El funcionario o empleado público que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido, propio de sus funciones, será sancionado con prisión de uno a seis años.

COHECHO PASIVO IMPROPIO. "Art. 445 Pn. El funcionario o empleado público que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para hacer un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de su cargo, será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años".

- 1) CLASIFICACION

El cohecho es "una figura de acción bilateral, por cuanto supone la concurrencia de dos voluntades en un mismo actuar; la del cohechador y la del cohechado, la del que corrompe y la del que se deja corromper. De la bilateralidad, que hace del cohecho un típico contrato ilícito, se desprende la distin-

ción que con frecuencia se hace entre cohecho activo y cohecho pasivo". (66)

"No es que entre ambos delincuentes cometan una sola infracción, sino que cada uno de ellos incurre en una distinta; el funcionario, en un cohecho pasivo, y el particular, en un cohecho activo".(67)

El cohecho puede ser, activo y pasivo. Cohecho activo es el cometido por el particular que corrompe al funcionario o empleado público, y el cohecho pasivo es el cometido por el funcionario o empleado público que se deja corromper.

Corresponde estudiar en el presente trabajo el cohecho pasivo y no el cohecho activo por ser éste un delito cometido por particulares contra la administración pública.

A su vez el cohecho pasivo se subdivide en cohecho pasivo propiamente dicho o cohecho pasivo propio y cohecho pasivo impropio según que el acto del funcionario o empleado público sea contrario a sus deberes o para no hacer retardar un acto debido, - propio de sus funciones o, por el contrario, sea - legítimo, lícito, propio de su cargo, ya sea que esté por ejecutarlo o lo haya ejecutado.

2) CONCEPTO

Para Cabanellas, cohecho es el soborno, seducción o corrupción de un Juez o funcionario público para que haga lo pedido, aunque sea contra la justicia.(68)

66) Gustavo Lebatut Glens. Derecho Penal T.II

67) Pacheco Osorio. Derecho Penal Especial T.I P.170

68) Guillermo Cabanellas. Ob. cit. T.I Pág.414.

Carrara, a su vez define el cohecho como "la - venta que de un acto perteneciente a sus funciones, y que por regla general debería ser gratuito, le hace un oficial público a una persona privada".(69)

Pacheco Osorio, por su parte, define el cohecho como "el delito que consiste en la venta, por un empleado público o persona que desempeña funciones pú blicas, de un acto propio de sus funciones, que debería ser gratuito o de su omisión o retardo, o de un contrario a éstas". (70)

Por nuestra parte y tomando en cuenta nuestra - legislación penal podemos dar un concepto de cohecho pasivo, diciendo que es el delito cometido por un - funcionario o empleado público, que consiste en la venta de un acto contrario a sus deberes, de su omi sión o retardo, o de un acto propio de sus funciones que debe ser gratuito.

3) HISTORIA

El delito que nuestro Código Penal, llama cohecho es el que los romanos llamaron crimen repetundarum. Deriva entonces el cohecho, históricamente, del crimen repetundarum, que tuvo su origen en la acción acordada para obtener la repetición de lo que ligeramente se hubieren hecho pagar o sencillamente de lo percibido por ciertas categorías de funcionarios romanos que debían desempeñar sus funciones ad honorem, condición propia de todo cargo al que no correspondiera trabajo puramente manual.

69) Carrara. Ob. cit. Vol. V. Pág. 94

70) Pedro Pacheco Osorio. Ob. cit. Pág. 170

Los abusos de ciertos funcionarios, especialmente de los que gobernaban en lugares alejados, y sobre todo la dificultad de la prueba de un acto concreto de corrupción, determinaron que por una acción genérica, dirigida contra el enriquecimiento, pudiera pedirse tanto lo que el funcionario hubiera logrado por venta de un acto de autoridad, como lo que hubiese logrado por vía extensiva. Fué entonces por la repetición del dinero dado al juez corrupto que los romanos llamaron a este delito crimen repetundarum. Las Doce Tablas, lo declararon delito capital. Esta pena pareció después excesiva y fue modificada y, en efecto, era bastante más benigna en los tiempos de Cicerón, aunque Valentiniano, restableció el antiguo rigor. Entre las diversas leyes de tinadas a la represión de estos delitos, la más célebre entre ellas fué la Lex Julia repetundarum aparecida en tiempo de Julio César.

El antiguo derecho español penó especialmente a los jueces que percibieran dádivas; las Partidas (Part. III, tit. XXII, leyes 24 y 25) reprimieron con rigor estos hechos, y la Novísima Recopilación (libro XI, tít. I, ley 7a.) dispuso que los alcaldes de las alzadas, corregidores, alcaldes y jueces de ciudades, villas y lugares, no tomaran ni en público ni a escondidas, ni por sí ni por otros, dones de ninguna persona de las que entre ellos hubieran de venir al pleito, so pérdida del oficio y de la imposición de graves penas pecuniarias.

4) ELEMENTOS

Al hablar de los elementos del delito de cohecho, tenemos que distinguir entre elementos del cohecho pa-

sivo propio y elementos del cohecho pasivo impropio.

Los elementos del cohecho pasivo propio son:

1) Un hecho de solicitar o recibir por sí o por personas interpuestas una dádiva o cualquiera otra -ventaja indebida o aceptar una promesa de una retribución indebida.

2) Que quien reciba o solicite la dádiva o cualquier ventaja indebida o aceptare una promesa de una retribución indebida sea un funcionario o empleado público.

3) Que la dádiva, ventaja indebida solicitada o recibida o promesa aceptada de una retribución indebida sea hecha para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido propio de sus funciones.

4) Intención delictual.

No reviste ninguna importancia para la comisión del delito que la solicitud o el acto de recibir la dádiva, cualquier ventaja o la promesa, sea hecha personalmente o por interpósita persona. Lo que sí es importante es que la dádiva, ventaja o promesa consista en algo dotado de valor económico, sea directamente o cosas de valor, sea porque constituya la liberación de una carga o una mejora patrimonial del sujeto como lo sería la de esperar un cargo con mayor remuneración.

El monto no importa. "En principio, las pequeñas retribuciones que en cierto tiempo se consideraban excluidas, no pueden descartarse, porque su poder cohechante depende efectivamente de que tengan carácter retributivo en el acuerdo celebrado y, sobre todo, que como retribuciones sean apreciadas por

el funcionario y recibidas para realizar el acto."(71)

La acción asume distintas formas de acuerdo a nuestra ley: a) solicitar una dádiva o ventaja indebida; b) recibir la dádiva o ventaja indebida; c) aceptar una promesa de una retribución indebida.

La dádiva, ventaja o promesa han de ser dadas - para hacer un acto contrario a sus deberes o para - no hacer o retardar un acto debido propio de sus fun - ciones; es decir, en consideración a una conducta - futura del funcionario o empleado público. Asimismo la dádiva, ventaja o promesa de una retribución de - ben ser aceptadas por el funcionario o empleado pú - blico pues si se la hace un particular y no la acep - ta no habrá delinquido.

Para la comisión de este delito es necesario - siempre la intención delictual, el dolo. No puede - cometerse por culpa.

Si la dádiva, ventaja o promesa indebidas son - dadas para que el funcionario o empleado público haga un acto propio de sus funciones o por un acto ya rea - lizado propio de su cargo, estamos entonces frente - al cohecho pasivo impropio.

Son elementos del cohecho pasivo impropio:

1) Un hecho de solicitar o recibir por sí o por una persona interpuesta una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptar una promesa de una retri - bución indebida.

2) Que quien reciba o solicite la dádiva o cual - quier otra ventaja indebida o acceptare una promesa -

71) Derecho Penal Argentino. Sebastián Soler.

Tomo V. Pág. 163.

de una retribución indebida.

2) Que quien reciba o solicite la dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare una promesa de una retribución indebida sea un funcionario o empleado público.

3) Que la dádiva, ventaja indebida solicitada o recibida o promesa aceptada de una retribución indebida sea hecha para hacer un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de su cargo.

4) Intención delictual o dolo.

Vemos entonces que los elementos del cohecho pasivo propio y los del cohecho pasivo impropio son - los mismos, con la excepción de que en el primer delito, la dádiva, ventaja indebida solicitada o recibida o la promesa aceptada de una retribución indebida es hecha para hacer, por parte del funcionario o empleado público, un acto contrario a sus deberes, o para no hacer o retardar un acto debido propio de sus funciones, en cambio, en el cohecho pasivo impropio es hecha para hacer un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado también propio de su cargo.

El momento consumativo del delito de cohecho pasivo, en sus dos formas, se realiza en el momento de solicitar o recibir el funcionario o empleado público una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución indebida, sin importar que ésta se cumpla o no.

Nuestro Código Penal, no permite el grado de tentativa ya que el delito se consuma con la simple solicitud de una dádiva o cualquier otra ventaja o la aceptación de una promesa.

5) SUJETO ACTIVO

El cohecho pasivo, en sus formas propio e impropio, constituyen un delito propio o especial por lo que sólo pueden ser sujetos activos de este delito los funcionarios o empleados públicos aún cuando éstos desempeñen funciones transitorias.

En este punto y especialmente en el cohecho pasivo impropio, se presenta una interrogante. Podrá cometer este delito un particular que solicita o recibe una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o acepta la promesa de una retribución de la misma naturaleza por un acto realizado cuando fué funcionario o empleado público?

Somos de opinión que la respuesta es negativa, porque el sujeto activo tiene que ser un funcionario o empleado público y en el caso planteado ha dejado de serlo, ni habría administración pública ofendida.

6) SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo del delito de cohecho en sus formas propia e impropia, es siempre y únicamente la administración pública ofendida con el comportamiento del funcionario o empleado público.

7) PENALIDAD

Nuestro Código Penal sanciona con diferentes penas los delitos de cohecho pasivo propio e impropio. Aquél lo sanciona con prisión de uno a seis años, en cambio, a éste lo trata con más benevolencia, sancionándolo con prisión de seis meses a cuatro años. Ambas sanciones llevan inherentes la inhabilitación absoluta a que se refiere el Art. 62 Pn..-

CAPITULO VIIMALVERSACION

- 1) CONCEPTO. 2) HISTORIA. 3) ELEMENTOS.
 4) SUJETO ACTIVO. 5) SUJETO PASIVO. 6)
 PENALIDAD.

"Art. 446 Pn. El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare, una aplicación diferente de aquella a que estuviere legalmente destinados, será sancionado con veinte a cien días multa. "

1) CONCEPTO

Malversación "es la aplicación o inversión de caudales públicos ajenos en usos distintos a aquellos para los cuales están destinados". Así define Cabanellas el delito de malversación. (72)

Manuel Osorio, define a su vez malversación como el "delito que comete el funcionario público cuando da a los caudales o efectos que administra aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados". (73)

Por nuestra parte y tomando en cuenta el texto del Art. 446 Pn. expresamos el concepto de malversación, diciendo que es el acto por el cual se invierten de manera diferente a la que están destinados los caudales o efectos por parte de los funcionarios o empleados públicos que los administran.

72) G. Cabanellas. Ob. cit. T.II. Pág. 611.

73) Manuel Osorio. Dic. de CC.UU. Políticas y Sociales Pág. 445.

Gramaticalmente, malversación, del latín male, mal y versare, volver, significa "invertir ilícitamente los caudales públicos, o equiparados a ellos, en usos distintos de aquellos para que están destinados". (74)

2) HISTORIA

"En el Derecho Romano se distinguía la apropiación de fondos públicos definitiva, sin ánimo de retorno (peculatus) y el mero incumplimiento del destino público al caudal o ejercicio arbitrario de él". (75) Este mero incumplimiento del destino público - al caudal o ejercicio arbitrario de él es lo que nuestro legislador llama malversación.

Esta forma de malversación aparece regulada - en los Arts. 476, 477 y 478 de nuestro primer Código Penal de 1826, siendo pues su antecedente inmediato, ya que los posteriores Códigos Penales ya derogados siguieron regulando el delito de malversación.

3) ELEMENTOS

Son elementos del delito de malversación:

1) Un elemento objetivo consistente en dar a los caudales o efectos que se administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren legalmente destinados los caudales o efectos sea un funcionario o empleado público.

74) Diccionario de la Lengua Española. Pág. 832 Ed. 1970

75) D. Penal Salvadoreño. José Enrique Silva. Rev. de Derecho No.2 Pág. 413.

La expresión "caudales" comprende todos los bienes de cualquier naturaleza que representen algún valor. Se aplica esta denominación generalmente al dinero, por consiguiente, además de referirse a un valor pecuniario, comprende cualquier otra especie de bien.

La acepción "efectos" sirve para designar en forma específica valores en papel; es decir, que por ello se entienden todos los documentos que tienen un valor negociable y que son susceptibles de apreciarse monetariamente. El concepto "efectos" comprende, pues, títulos valores, sellos, estampillas, etc.

La malversación recae sobre fondos públicos como sobre los fondos que pertenecen a particulares y que administra el funcionario o empleado público.

El delito se consuma con el sólo hecho de dar a los caudales o efectos administrados una aplicación diferente de aquella a que estuviere legalmente destinados; es decir, con su inversión diferente, no con la simple asignación. No obstante el delito es formal, porque la inversión en sí misma no es considerada con relación al daño que produce sino al puro peligro traído por el desorden en las inversiones.

"Por supuesto que el empleado que efectúa la operación debe ser el que tiene la disposición legítima de los fondos, el que administra. Esta disposición es restringida y requiere que el funcionario posea cierta facultad dispositiva sobre los fondos. Si el habilitado manda al ordenanza a pagar una cuenta a Cayo y el ordenanza, en cambio, le paga a Sempronio, no parece que cometa este delito sino el de desobediencia, supuesto siempre, claro está que Sempronio sea un acreedor del Fisco equivalente a

Cayo" (76) Sobre este punto sostenido por Sebastián Soler, estamos de acuerdo.

El legislador al crear esta figura delictiva, tuvo en mira evitar que los encargados de los fondos públicos violen las disposiciones legales que regulan el destino de los mismos.

Esta infracción constituye estrictamente una - protección a la ordenada inversión de las sumas - destinadas a gastos, porque ella supone que se da a los fondos una aplicación diferente a la debida, - pero siempre pública, de manera que no se causa una lesión de carácter patrimonial al Fisco, sino que se lesionan intereses administrativos en cuanto no se cumplen los preceptos reguladores de la inversión de la renta pública y por ello pueden derivarse entorpecimientos y daños de todo género para la administración pública. Poco importa la naturaleza del acto que fija el destino de los fondos, ley, decreto, orden, etc.; basta que exista una determinación legítima de ese destino y que el funcionario o empleado público los aplique a otro.

"Bueno es establecer que la naturaleza delictual de la conducta que estudiamos, ha sido criticada por muchos penalistas; así Chauveau y Helie, dicen "en estos hechos sólo hay una infracción a los deberes del oficio que pueden pensarse únicamente

76) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. Pág.

con medidas disciplinarias y no como un crimen o - delito". Groizard, al respecto manifiesta que el - empleado que realiza esta conducta que analizamos, "no delinque con arreglo a ningún principio abstrac to de justicia ni a ninguna sana teoría de Derecho Penal". (77)

Con respecto al criterio sustentado por los pe nalistas mencionados, manifestamos no estar de acuer do con ellos y creemos que la conducta establecida en el Art. 446 Pn. merece la pena, por ser aquélla una creación de política penal, encaminada a garantizar la conveniencia colectiva ya que garantiza el cum plimiento de las normas jurídicas que rigen la apli cación de los caudales públicos.

4) SUJETO ACTIVO

Para que exista malversación es imprescindible que el agente o sujeto activo sea un funcionario o empleado público ya que estamos frente a un delito propio o especial.

Pero es necesario, además, que los funcionarios o empleados públicos sean los mismos que administran los caudales o efectos públicos y los que le dan una aplicación diferente a la que están legalmente des tinados.

Son sujetos activos del delito de malversación entonces solamente los funcionarios o empleados pú blicos, que tengan caudales o efectos a su cargo o bajo su administración.

77) Citados por Oscar Molina. Tesis doctoral "Mal versación de Caudales Públicos". Pág. 53.

5) SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo del delito de malversación puede serlo, además de la administración pública, el particular a quien por cualquier razón le dieren una aplicación diferente a caudales que ha depositado ante un funcionario o empleado público.

6) PENALIDAD

El delito de malversación está sancionado en nuestra legislación penal con veinte a cien días multa si del hecho no resultare daño o entorpecimiento del servicio público que le estuviere encomendado al funcionario o empleado público infractor. Si resulta re daño la sanción podrá aumentarse hasta doscientos días multa. Esto es una excepción a la regla general del art. 66 Pn. que establece el mismo artículo en su último inciso.

CAPITULO VIIIENRIQUECIMIENTO ILICITO

- 1) NOCIONES. 2) HISTORIA. 3) ELEMENTOS.
- 4) SUJETO ACTIVO. 5) SUJETO PASIVO. 6) ELEMENTOS.

El concepto legal del delito de "Enriquecimiento Ilícito" lo da el Art. 447 Pn. que literalmente dice: "El funcionario o empleado público que sin recurrir en alguno de los delitos de este Capítulo, se enriqueciere sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, será sancionado con prisión de seis meses a seis años.

Se presupone enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado público, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquiera otra causa justa".

A su vez el Art. 7 de la "Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos" establece también la presunción legal del enriquecimiento ilícito y que literalmente dice: "Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado público, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiera podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que

haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos se considerarán en conjunto.

Para la determinación del enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado público se tomarán en cuenta:

- 1o.- Sus condiciones personales;
- 2o.- La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios;
- 3o.- La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento".

1) NOCIONES

Al aumento del capital del funcionario o empleado público, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, que fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier causa justa, nuestra legislación penal lo ha considerado delito y lo ha denominado "Enriquecimiento Ilícito". A su vez la L.S.E.I. de F. y E.P. en su artículo veintidós denomina a este mismo delito "Enriquecimiento Sin Causa Justa".

Ambas denominaciones, a mi modo de ver no son exactas; primero, porque hay otros delitos en los cuales es innegable que existe un enriquecimiento

ilícito, sin causa justa, por ejemplo en el peculado; y en segundo lugar porque podría prestarse a confusiones el hecho de que la ley especial sobre todos estos delitos se denomine "Ley Sobre El Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos".

Para configurar este delito, nuestro Código Penal se basa en una presunción legal de igual manera a como lo hace el Art. 7 de la Ley antes citada con la diferencia de que este artículo considera en conjunto el capital del cónyuge y de los hijos del funcionario o empleado público para la determinación del aumento del capital.

El inciso segundo del Art. 447 Pn. no es más que una repetición del Art. 216, inc. 2o. de nuestra Constitución Política y del Art. 7, inc. 1o. de la Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos.

Estas últimas legislaciones son más amplias en la presunción para establecer el enriquecimiento ilícito, pues ambas establecen que "para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos, se considerarán en conjunto".

Si nuestro Código Penal, no toma en cuenta el conjunto del capital del funcionario o empleado público, de su cónyuge y de sus hijos para determinar la presunción del enriquecimiento ilícito ha sido por un olvido del legislador por lo que sería conveniente una reforma del Art. 447 Pn. en tal sentido.

2) HISTORIA

El delito de "Enriquecimiento Ilícito" aparece por primera vez en nuestra legislación patria en el

actual Código Penal, el cual entró en vigencia el quince de junio de mil novecientos setenta y cuatro, y "tiene su antecedente inmediato en la Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos creada por Decreto Legislativo de 8 de Agosto de 1959 publicado en el Diario Oficial el 18 del mismo mes y año y en ella se desarrolla el precepto constitucional contenido en el Art. 217 de la Constitución Política, que establece la obligación de los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieren sin justa causa, de restituir al Estado, o al Municipio, lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que hubieren incurrido conforme a las leyes". (78).

3) ELEMENTOS

Son elementos del delito de enriquecimiento ilícito:

1) Un hecho de enriquecimiento sin justa causa o ilícitamente a costa de la Hacienda Pública o Municipal.

2) Que la persona que se enriqueciere sin justa causa o ilícitamente sea un funcionario o empleado público.

3) Que el enriquecimiento sin justa causa o ilícito sea hecho sin cometer ninguno de los delitos contra la administración pública que regula el Título - III Capítulo I, Libro Segundo del Código Penal.

4) Intención delictual o dolo.

Como ya mencionamos anteriormente, el enriqueci

78) Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1974.

miento ilícito, a tenor del Art. 47 Pn., Art. 216 Cn. y Art. 7 de la "Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos", se presume cuando el aumento del capital del funcionario o empleado público, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para considerar el aumento del capital del sujeto activo deberá considerarse no sólo su propio estado patrimonial sino que también de su cónyuge y de sus hijos en conjunto. Esto último es lógico por cuanto el funcionario o empleado público que se enriqueciere sin justa causa o ilícitamente - a costa de la Hacienda Pública o Municipal, bien podría a fin de evadir la sanción, traspasar los bienes obtenidos ilícitamente a nombre de sus hijos o esposa.

Elemento también esencial para configurar el delito que comentamos es que quien se enriqueciere sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal debe ser un funcionario o empleado público, pues si el que se enriqueciere ilegalmente fuere un particular el delito será contra la propiedad.

Pero también es necesario que el enriquecimiento sin justa causa sea hecho sin cometer alguno de los delitos regulados en el Capítulo I del Título III del Código Penal, pues en tal caso ya no se configuraría el delito de enriquecimiento ilícito sino que sería otro tipo de delito tal como el peculado, concusión, etc.

Por último, es necesario que concorra el dolo,

esto es, la intención de enriquecerse sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal. No puede cometerse este delito por culpa.

El delito de "Enriquecimiento Ilícito" es un delito material. Se consuma cuando ha habido enriquecimiento sin justa causa. La cuantía del aumento debe ser notable; es decir, que la cuantía tiene importancia para la determinación del delito.

La tentativa es imposible por la simple razón de que el hecho punible se perfecciona en el mismo momento en que el funcionario o empleado público logra un aumento considerable en su patrimonio sin justa causa, un enriquecimiento ilícito.

Un ejemplo de enriquecimiento ilícito sería el siguiente: Pedro Pérez, es un profesional que siempre ha vivido del ejercicio de la misma. Por un año desempeña una Secretaría de Estado, al final del cual compra un inmueble valuado en un millón de colones. Es notorio que por su situación económica personal y por el importe de sus ingresos que como funcionario público ha obtenido durante un año es imposible que haya obtenido legalmente tal cantidad ni aún sumando los ingresos que su esposa e hijos hayan obtenido durante el mismo lapso de tiempo. En tal caso la ley penal presume que ha habido enriquecimiento ilícito. Pero si se llega a comprobar que dicho funcionario se ha apropiado en su beneficio de dinero que ha tenido bajo su administración, recaudación, o custodia en virtud de su función y con ello se ha enriquecido, el delito será el de peculado y no el de enriquecimiento sin justa causa, pero en el segundo caso constituye una figura distinta de la primera, autónoma.

5) SUJETO ACTIVO

Por ser el "Enriquecimiento Ilícito" un delito propio o especial el sujeto activo ha de ser necesariamente un funcionario o empleado público.

6) SUJETO PASIVO

En el delito de "Enriquecimiento Ilícito" el sujeto pasivo es la administración pública ya que ésta es la que resulta afectada en su normal y correcto desenvolvimiento, la que soporta las consecuencias inmediatas de la acción delictiva.

7) PENALIDAD

El "Enriquecimiento Ilícito", está sancionado en nuestro Código Penal con prisión de seis meses a seis años, graduación que le corresponderá al Juez en atención a la gravedad de la infracción.

En este delito también puede darse la codelinquencia siempre y cuando el codelincuente conozca la circunstancia de que quien se enriquece ilícitamente es un funcionario o empleado público en virtud de la teoría de la Comunicabilidad de Causas y Circunstancias que regula el Art. 50 Pn. Si desconocía tal circunstancia pero ha recibido en su provecho u ocultado dinero proveniente de dicho delito responderá del delito de "Receptación".

CAPITULO IXINFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE REGISTROS O DOCUMENTOSPUBLICOS

- 1) NOCIONES. 2) HISTORIA. 3) ELEMENTOS
- 4) SUJETO ACTIVO. 5) SUJETO PASIVO. 6)
- PENALIDAD.

"Art. 448 Pn. El funcionario o empleado público - que sustrajere, destruyere, ocultere o inutilizare registros o documentos que le estuvieren confiados por razón de su cargo, será sancionado con prisión de uno a cinco años".

"La sanción del inciso anterior se aplicará al notario que destruyere, ocultare o inutilizare, en todo o en parte su protocolo".

"El notario que habiendo sido suspendido o inhabilitado en el ejercicio del notariado, no devolviere su sello o su protocolo después de cinco días de la prevención que se le hiciere, será sancionado con prisión de tres meses a un año."

1) NOCIONES

Esta figura delictiva se consuma con la sustracción, destrucción, ocultación o inutilización de Registros o documentos realizados por el funcionario o empleado público, a quien se hubieren confiado por razón de su cargo.

Por extensión cometen este mismo delito el Notario que destruyere, ocultare o inutilizare, en todo o en parte, su protocolo, o cuando habiendo sido suspendido o inhabilitado en el ejercicio del notariado, no

devolviera su sello o su protocolo después de cinco días de la prevención que se le hiciera.

Esta extensión se debe a que el notariado es una función pública y el notario es un delegado del Estado, que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorgan y de otras actuaciones en que personalmente intervenga. Así lo establece el Art. 10. de la Ley de Notariado.

El Art. 446 Pn. regula la infidelidad en la custodia de registros o documentos públicos. Este tipo de hechos es una consecuencia de la necesidad que el Estado tiene de conservar registros o documentos de la más variada naturaleza.

La administración pública, para el cumplimiento de sus fines generales, necesita a veces poner bajo ciertas garantías registros o documentos. Toda alteración de esas seguridades, toda irregularidad en la custodia, produce una grave perturbación en la marcha de la administración pública y en el cumplimiento de una función determinada.

2) HISTORIA

Esta figura delictiva ya aparece regulada en el Código Penal de 1826. En efecto, el Capítulo VIII - del Título V denominado "De la substracción, alteración o destrucción de documentos o efectos custodiados en archivos, oficinas u otros depositarios públicos; de la apertura ilegal de testamentos cerrados; y del quebrantamiento de secuestros, embargos, o sellos puestos por autoridad legítima", en su Art. 448 expresa que "Si cometieren este delito, bien sea como autores, bien como cómplices, cooperadores o auxiliares, los mismos encargados de archivo, oficinas,

o depósito público, o el escribano que custodie el testamento cerrado, o la persona a quien esté confiada la guarda de llaves y sellos, sufrirán la pena de dos a ocho años de presidio u obras públicas, y no podrán volver a obtener empleos, ni cargo público alguno mientras no se les rehabilite por ello".

3) ELEMENTOS

Son elementos del delito de infidelidad en la Custodia de Registros o Documentos Públicos:

1) Un elemento material u objetivo que consiste en el hecho de sustraer, destruir, ocultar o inutilizar Registros o documentos;

2) Que los Registros o documentos estén confiados al funcionario o empleado público por razón de su cargo;

3) Que quien sustraiga, destruya, oculte o inutilice Registros o documentos sea un funcionario o empleado público;

4) Un elemento subjetivo que consiste en la intención dolosa de sustraer, destruir, ocultar o inutilizar Registros o documentos.

"La sustracción supone apropiación (79) y supone "sacar la cosa de la esfera de custodia, no bastando la simple remoción; por ejemplo la sustracción de un expediente de una oficina, por un empleado, para ofrecerlo a un particular por dinero o para hacer desaparecer un documento".(80)

79) Cuello Calón. Obl cit. Pág. 367 T.II

80) Mario A. Odeirgo. Código Penal Anotado Pág. 367

"Destruir equivale a inutilizar o aniquilar, no es preciso que la destrucción sea completa; hay ocultación cuando los documentos no se entregan a su destino, sin que sea preciso que se oculten en lugar recondito o de difícil hallazgo".(81)

Cuello Calón, hace equivaler el concepto destruir con el de inutilizar registros o documentos lo cual no considero acertado pues la inutilización de registros o documentos no significa destruirlos; se inutiliza manchándolos, haciéndolos ilegibles, etc.; y se destruyen rompiéndolos o haciéndolos desaparecer materialmente.

Por registros debemos entender los "libros o cuadernos donde se encuentran los documentos originales que llevan los oficiales públicos o los funcionarios de la administración".(82)

Documentos son los "instrumentos, escrituras o escritos con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito, En la acepción más amplia, cuando consta por escrito o gráficamente".(83)

Los Registros o documentos han de estar confiados al funcionario o empleado público por razón de su cargo. Si los registros o documentos que el funcionario o empleado público sustrajere, destruyere, ocultare o inutilizare no los tuviere en su poder por razón de su cargo sino por "razones de otra índole, el hecho no integraría este delito".(84) "Si falta esa condi-

81) Cuello Calón. Ob. cit. Pág. 367 T. II

82) Mario A. Oaerigo. Ob. cit. Pág. 369.

83) Guillermo Cabanellas. Ob. cit. Pág. 736 T. I

84) Cuello Calón. Ob. cit. T.II Pág. 367.

ción, no es aplicable la figura que nos ocupa".(85)

En tal caso se tipificaría el delito de "Supresión, Destrucción u Ocultación de Documentos Verdaderos" que regula el Art. 323 Pn. que literalmente dice: "El que en todo o en parte haya suprimido, destruído u ocultado un documento público o privado verdadero o una certificación o copia que lo sustituya legalmente, si de ello pudiere resultar perjuicio al Estado, a la sociedad o a los particulares, será sancionado con prisión de uno a tres años".

Como último requisito para la configuración de este delito es necesario un elemento subjetivo consistente en la intención delictual. "Este delito es intencional y requiere en el culpable, como elemento constitutivo, la conciencia de que los documentos o papeles en cuestión le estaban confiados por razón de su cargo, y requiere además la voluntad de sustraerlos, destruirlos u ocultarlos. El móvil es independiente".(86)

4) SUJETO ACTIVO

El "delito de infidelidad en la Custodia de Registros o Documentos Públicos es un delito propio o especial por lo cual sólo puede ser sujeto activo de este delito el funcionario o empleado público. Quienes no ostentan esta calidad no pueden cometer este tipo de delito. Todavía más, no todos los funcionarios o empleados públicos pueden cometer este delito sino

85) Carlos Fontán Balestra. Ob. cit. T. VII Pág.251

86) Cuello Calón. Ob. cit. T.II Pág. 367

sólo aquellos que sustrajeren, destruyeren, ocultaren o inutilizaren registros o documentos que los estuvieren confiados por razón de su cargo. Si los registros o documentos sustraídos, destruídos, ocultados o inutilizados por el funcionario o empleado público no estuvieren confiados a él por razón de su cargo no cometerán este delito, así como también los codefincuentes particulares. El delito que se tipificaría en tal caso sería el regulado por el Art. 323 Pn., transcrito.

5) SUJETO PASIVO

El titular del interés jurídico tutelado por este delito, es la administración pública, por lo tanto el sujeto pasivo de este delito será dicha administración.

6) PENALIDAD

El delito de Infidelidad en la Custodia de Registros o Documentos Públicos lo sanciona el Art. 448 Pn. con prisión de uno a cinco años.

CAPITULO XABUSOS CONTRA LA HONESTIDAD

- 1) NOCIONES. 2) HISTORIA. 3) ELEMENTOS.
 4) SUJETO ACTIVO. 5) SUJETO PASIVO. 6)
 PENALIDAD.

"Art. 449.- El funcionario o empleado público - que tuviere acceso carnal con persona que tenga peticiones pendientes de resolución, será sancionado con prisión de seis meses a dos años, si el hecho - no constituyere otro delito más grave".

1) NOCIONES

El delito de Abusos Contra la Honestidad, es con figurado por el acceso carnal que tiene un funcionario o empleado público con persona, de uno u otro sexo, que tenga peticiones pendientes de resolución.

No importa si la persona con quien se tiene el - acceso carnal haya accedido con el objeto de que sus peticiones sean resueltas favorablemente o por motivos de afecto personal con el funcionario o empleado público.

Consiste este delito entonces en el simple hecho de tener acceso carnal por parte de un funcionario o empleado público con persona que tenga peticiones - pendientes de resolución.

2) HISTORIA

Podemos mencionar como antecedente histórico del delito que comentamos el Art. 510 del Código Penal de

1826 que literalmente dice:

"El Juez o Alcalde, que seduzca o solicite a mujer que litigue, o esté acusada o procesada ante él, o citada como testigo, perderá su empleo o cargo, y quedará inhabilitado perpetuamente para volver a ejercer la judicatura, sin perjuicio de cualquiera otra pena que como particular merezca por su delito.

Si sedujere o solicitare a mujer que se halla presa bajo su custodia, sufrirá además la inhabilitación perpetua para cualquier otro cargo público.

Si un Juez incurriere en este delito respecto a demujer de cuya causa conozca, sufrirá además de la inhabilitación un arresto de dos meses a un año".

Este mismo delito aparece regulado de modo distinto en el Código Penal de 1880 y el Art. 334 de este Código estaba redactado de la siguiente manera:

"El funcionario público que solicite a una mujer que tenga pretensiones pendientes de su resolución o acerca de las cuales tenga que evacuar informe o elevar consulta a su superior, será castigado con la pena de inhabilitación especial y multa de veinticinco a cien pesos".

El mismo delito era regulado en el Código Penal de 1904 en el Art. 327 cuya redacción era la siguiente: "El funcionario público que solicite una mujer que tenga peticiones pendientes de resolución o acerca de las cuales tenga que evacuar informe o elevar consulta a su superior será castigado con las penas de cuatro meses de prisión menor e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo".

Observamos los cambios que este delito ha tenido en su configuración, originalmente sólo eran sujetos activos el Juez o Alcalde y era necesario seducir o solicitar a mujer, posteriormente el sujeto -

activo sólo era el funcionario público y bastaba para configurar el delito con solicitar a una mujer - hasta llegar al Código Penal en vigencia en el cual el sujeto activo son el funcionario o empleado público y para configurar el delito no basta el solicitar a una mujer sino que es necesario tener acceso carnal con persona, sin importar sexo, que tenga peticiones pendientes de resolución.

3) ELEMENTOS

Son elementos del delito de Abusos contra la Honestidad:

1) Un elemento material u objetivo que consiste en el hecho de tener acceso carnal con una persona;

2) Que quien tenga el acceso carnal sea un funcionario o empleado público;

3) Que la persona con quien se tenga el acceso carnal tenga peticiones pendientes de resolución;

4) Un elemento subjetivo que consiste en la intención delictual de tener acceso carnal.

El acceso carnal podrá tenerse con mujer u hombre. El sexo no importa. No necesariamente tiene que ser con una mujer. Se configura el delito si el acceso carnal es con hombre o con mujer.

El que tenga el acceso carnal tiene que ser un funcionario o empleado público, sean éstos hombre o mujer, y la persona con quien se tiene debe tener peticiones pendientes de resolución, sean éstas de cualquier naturaleza, administrativas o judiciales. El delito de "Abusos contra la Honestidad" es exclusivamente intencional. Esta es la opinión de Cuello Gallón y nuestro penalista Enrique Silva.

El delito que comentamos es un delito material,

se consuma con el acceso carnal. La tentativa no puede darse.

Podrá haber consurso de delitos si el funcionario o empleado público comete delito de violación propia, presunta, impropia o agravada, estupro y raptó propio, impropio y atenuado, con persona que tuviere peticiones pendientes de resolución.

4) SUJETO ACTIVO

Por ser un delito propio o especial solamente pueden ser sujetos activos de este delito los funcionarios o empleados públicos sean éstos hombre o mujer, el sexo no importa.

5) SUJETO PASIVO

Como en la totalidad de delitos de esta sección segunda del Capítulo I Título III del Libro Segundo, el interés jurídico tutelado por este delito es la administración pública; pero, además, tutela la libertad sexual. Por lo tanto sujeto pasivo de este delito podrá serlo tanto la administración pública como la persona, sea hombre o mujer, con quien el funcionario o empleado público tuviere acceso carnal, siempre y cuando ésta tenga peticiones pendientes de resolución.

6) PENALIDAD

Según dispone el Art. 449 Pn. este delito está sancionado con prisión de seis meses a dos años, siempre que el hecho no constituya otro delito más grave pues entonces se le impondrá la pena impuesta

al delito más grave pudiéndosele aumentar hasta en una tercera parte en caso de que haya concurso ideal de delitos a tenor del Art. 75 inc. 1o. Pn. y en los casos de concurso real de delitos se le impondrán al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido las que cumplirá sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comenzando por la pena mayor según lo dispone el Art. 76 Pn. y si el concurso fuere con cualquiera de los delitos de estupro, violación o raptó en cualquiera de sus formas se condenará además al culpable a las indemnizaciones especiales que menciona el Art. 216 Pn.

CAPITULO XIJURISPRUDENCIA

En nuestra labor de investigación hemos encontrado muy poca jurisprudencia sobre los delitos de que trata la Sección Segunda del Capítulo Primero del Título III, sin duda por la única razón de que en nuestro medio una gran cantidad de funcionarios o empleados públicos cometen los delitos que comentamos con el mayor cuidado, a fin de no dejar huellas ni testigos y cuando éstos aparecen pues se amparan en su posición política para quedar impunes. Al respecto podríamos hacer nuestras las palabras de Wolf Middendorff, "cuando se lee una y otra vez en los periódicos que algunos delitos se aclaran rápidamente y se detiene y condena en seguida al autor, podría suponerse que el delito sigue normalmente su castigo por la justicia. Lo cual no es absoluto y de ninguna manera así: entre los delitos cometidos, pero no conocidos, y aquéllos de que tiene noticia la policía o dan lugar a la instrucción de una causa, siendo por ello datos estadísticamente registrables, se intercala como una nube gigantesca e impenetrable la cifra negra, un número ficticio con el que se designa la relación de tensión entre lo conocido y lo desconocido, pudiendo considerarse como conocido bien los datos de la estadística criminal policial o bien las condenas firmes. . . En particular la experiencia enseña que muchos de los hechos punibles no son descubiertos, que de los descubiertos hay a su vez muchos que no son denunciados, que de los autores que llegan a ser conocidos hay muchos que no son capturados o

no se puede demostrar su culpabilidad".(87)

Los sujetos activos de los delitos que hemos estudiado son los funcionarios o empleados públicos; es decir, personas que tienen un nivel de educación superior al común de las personas por lo que debería esperarse de éstas una conducta honrada, pero en muchos casos no sucede así y la incitación a cometer estos delitos es con frecuencia más grande quizá por la falta de relación personal con la víctima. El autor antes citado llama a este tipo de criminalidad "criminalidad profesional" o como le llaman en los Estados Unidos "white-collar" (88) o delincuencia del cuello blanco.

"Partiendo del autor deben incluirse entre la criminalidad profesional los delitos de las grandes sociedades anónimas mercantiles, las prácticas deshonestas de los comerciantes, las infracciones cometidas por los artesanos, deportistas y aquellos que tienen un título académico, así como la corrupción de los funcionarios".(89)

1) Caso relativo al delito de "Malversación de Caudales Públicos" hoy denominado "Peculado":

RESOLUCION DE LA CAMARA DE TERCERA INSTANCIA DE LO CRIMINAL; SAN SALVADOR A LAS DIEZ HORAS Y QUINCE MINUTOS DEL DIA DOS DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO.- DOCTRINA: El empleado público de la Farmacia del Gobierno, cuyo nombramiento es de auxiliar de primera clase en dicha Farmacia o Almacén General del Gobierno, que en el ejercicio de su empleo, sin tener facultades legales en el manejo de caudales

87), (88), (89) Wolf Middendorff Sociología del Delito. Págs. 51-58-62.

o efectos públicos sustrae gran cantidad de quinina de cierto número de latas, sustituyéndola por otra sustancia, comete el delito de hurto; y si en la causa no se ha justificado la preexistencia y desaparacimiento de la medicina hurtada, es nulo el proceso desde el auto de elevación a plenario en adelante. (Revista Judicial Enero 2 de 1945 Pág. 258).

COMENTARIO.- El Código Penal vigente a la fecha de la resolución citada era el de 1904 y según el Art. 388 del mencionado Código, que regulaba el delito de "malversación de caudales públicos", era necesario para que este delito se configurara que el empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga caudales o efectos públicos con ánimo de apropiárselos los tuviere a su cargo. Como en el caso fallado el empleado público que se apropió de las latas de quinina propiedad del Estado no tenía facultades legales en el manejo de caudales o efectos; es decir, no los tenía a su cargo, el delito cometido era el de hurto y no el de "malversación de caudales públicos". Conforme al vigente Código Penal, tampoco constituiría delito de malversación ni tampoco se tipificaría el delito de peculado, pues el empleado a quien se juzgó no tenía caudales o efectos públicos bajo su encargo o administración y custodia. El delito siempre sería el de hurto.

2) Caso relativo al delito de "Malversación de Caudales Públicos" hoy denominado "Peculado":

RESOLUCION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SAN SALVADOR, A LAS NUEVE HORAS DEL DIA DIEZ DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UNO.- DOCTRINA: 1) No obstante el Régimen de intervención a que sometió el Decreto Legislativo del 7 de Marzo de 1942

los bienes situados en esta República pertenecientes a nacionales de los países a quienes les declaró la guerra en 1941, esos bienes siempre han sido de la propiedad de sus respectivos dueños.

II) Los interventores, Administradores, Liquidadores y empleados de la Sección de Bienes intervenidos del Ministerio de Economía, deben reputarse funcionarios públicos por haber sido nombrados por autoridad competente y en virtud de haber participado de funciones públicas.

III) Si los funcionarios expresados en el anterior numeral sustrajeren o consintieren que otros los sustraigan con ánimo de apropiarse los bienes referidos, cometerían el delito de malversación contemplado en el Art.343 Pn.

IV) El juzgamiento de los delitos a que se refiere el numeral anterior, compete a los jueces de Primera Instancia del fuero común, y no al Juez de Hacienda. (Revista Judicial de 1951 T. 56 Pág. 635)

COMENTARIO: Esta resolución aunque resuelve un problema de competencia la he citado en vista de la jurisprudencia sentada en el numeral tercero ya que se resuelve que los funcionarios citados en el numeral segundo que sustrajeren o consintieren que otros los sustraigan con ánimo de apropiarse los bienes referidos en el numeral primero cometen el delito de malversación contemplado en el Art.343 del Código Penal de 1904 vigente a la fecha de la resolución citada.

Conforme al Código Penal vigente no sería el delito de malversación el que se tipificaría sino el de peculado regulado en el Art. 438.

3) Caso relativo a la determinación del sujeto activo en los delitos de fraude, extravío o malversa

ción de caudales públicos.

RESOLUCION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SAN SALVADOR, A LAS DIEZ HORAS DEL DIA CATORCE DE NOVIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO.- DOCTRINA: Dada la naturaleza de los delitos de fraude, extravíos o malversación de caudales de los establecimientos sostenidos por el Tesoro Nacional sólo pueden ser cometidos por los funcionarios encargados de su custodia. Si los particulares cometen hurtos de bienes de esas instituciones corresponde su juzgamiento a los Jueces del fuero común. (Revista Judicial de 1955 T.60 Pág. 287)

COMENTARIO: El Código Penal vigente a la fecha en que se pronunció la anterior resolución fué el de 1904 en el cual los sujetos activos de los delitos de fraude, extravíos o malversación de caudales de los establecimientos sostenidos por el Tesoro Nacional, sólo podían serlo los funcionarios públicos encargados de su custodia. En nuestro Código Penal vigente, los sujetos activos en dichos delitos, ahora llamados Negociaciones Ilícitas, Peculado, - Exacción y Malversación, pueden serlo, además del funcionario público, el empleado público.

Con respecto a que los jueces del fuero común juzgarán a los particulares que cometen hurtos de bienes a las instituciones sostenidas por el Tesoro Nacional, siempre tiene validez conforme al Código Procesal Penal vigente.

4) Caso relativo al delito de "Malversación de Caudales Públicos" hoy denominado "Peculado" parcialmente.

RESOLUCION DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SAN SALVADOR, A LAS DIEZ HORAS DEL VEINTSEIS DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y

UNO.- DOCTRINA: I) Para que exista delito de malversación se requiere: a) la condición de funcionario o empleado público del agente; b) la calidad de públicos de los caudales o efectos colocados por la ley - bajo su custodia; y c) que estos caudales o efectos fueren sustraídos por él, que consintió que otros lo sustrajeran o bien que se les dió un empleo que no era previsto en la ley.

II) Si un reo confiesa que siendo pagador de la Dirección General de la Policía Nacional, aparecían en la orden de cada día plazas ficticias de agentes de ese cuerpo, cuyos supuestos salarios entregaba él a los Directores por orden de éstos; y si también - confieza que del producto de tales plazas ficticias los referidos Directores lo habían autorizado para que se quedara con la suma mensual de seiscientos - colones, lo que cobró durante trece meses, como sobresueldo por su trabajo de Pagador, esta confesión constituye plena prueba de la delincuencia por el - delito de malversación de fondos públicos, pues el reo ha admitido que sustrajo y consintió que fueran sustraídos los caudales bajo custodia.

III) Si por otra parte, el acta de arqueo practi- cada por los Delegados de la Corte de Cuentas, la - inspección del Juez de la causa y el dictamen de - peritos, establecen plenamente que la Pagaduría que estuvo a cargo del reo existe un faltante de fondos públicos, por haber dispuesto ilegalmente de ellos, esta prueba, unida a la confesión del enjuiciado complementa abundantemente la prueba plena del cuer- po del delito referido y de la culpabilidad del reo por la totalidad del faltante constatado.

IV) En el caso expuesto, si la prueba ha sido así apreciada por el tribunal inferior, no existe e-

rror de derecho en la apreciación de ella, y por consiguiente, no procede por este motivo casar la sentencia recurrida; pero si el reo ha confesado el delito con sinceridad en el juicio y no se le ha atenuado la pena, la casación es procedente si se ha alegado también el motivo que la pena impuesta no corresponde a las circunstancias modificativas que han incurrido. (Revista Judicial de 1961 T.66 Pág. - 269).

COMENTARIO: La conducta observada por el pagador a que se refiere la anterior resolución constituye delito de malversación según el Art. 338 Pn. - vigente en el año de 1961 que era el Código Penal de 1904. Actualmente y según el Art. 438 Pn. el delito sería el de Peculado.

Con respecto a los elementos necesarios para cometer el delito de malversación a que se refiere el numeral primero de la anterior resolución, son los mismos elementos necesarios para cometer el delito de peculado, pues éste es el mismo delito de malversación. Lo que cambia es la nominación.

5) Caso relativo a determinar competencia en los casos de contrabando, fraude, extravío y malversación de caudales públicos:

RESOLUCION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SAN SALVADOR, A LAS DOCE HORAS DEL DIA PRIMERO DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES.- DOCTRINA: I) El Juez General de Hacienda tiene jurisdicción privativa sobre los delitos de contrabando, fraude, extravío o malversación de caudales del Estado o de los establecimientos sostenidos por el Tesoro Nacional; de los de falsificación de moneda, bonos públicos, billetes de la deuda nacional, papel sellado, sellos del telégrafo y del correo, efectos timbrados

cuya expedición esté reservada al Estado, o de cualquier otro delito que afecte los intereses del Erario Nacional. Art. 10 I.

II) Los fondos municipales no pertenecen al caudal del Estado ni a ningún establecimiento sostenido por el Tesoro Nacional, ni afecta la malversación de éstos al Erario Público de ninguna manera, puesto que pertenecen a la municipalidad, la cual maneja sus propios fondos, completamente separados de los fondos del Estado.

III) Es competente para conocer del delito de malversación de fondos municipales, el Juez de la Instancia de lo Común, al que pertenece la jurisdicción de la población a cuya municipalidad le han malversado sus fondos. (Revista Judicial de 1963 T.68 Pág. 90).

COMENTARIO: Conforme al Código de Instrucción Criminal vigente a la fecha de la anterior resolución, en su Art. 10 establecía que "El Juez de Hacienda, conocerá privativamente de los delitos de contrabando; de los de fraude, extravío o malversación de caudales del Estado, o de los establecimientos sostenidos por el Tesoro Nacional; de los de falsificación de moneda, bonos públicos, billetes de la deuda nacional, papel sellado, sellos del telégrafo y del correo, efectos timbrados cuya expedición esté reservada al Estado, o de cualquier otro delito que afecte los intereses del Erario Nacional", dándoles un tratamiento corriente y común a los caudales municipales ya que en caso de apropiación de éstos el Juez competente era el de fuero común. Conforme al Código Procesal Penal vigente, y a tenor del Art. 17, el Juez competente será el Juez de Hacienda sin hacer distinción si los fondos son fiscales o municipales.

6) Caso relativo al delito de Cohecho:

RESOLUCION DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SAN SALVADOR, A LAS DOCE HORAS - DEL DIA VEINTIUNO DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UNO.- DOCTRINA: I) Debe entenderse que el - Cohecho consiste en el soborno, seducción o corrupcion del funcionario o autoridad o del que tiene al - gún cargo oficial, para que éste haga o no lo que - una persona le pide, aunque no sea contra la justicia. Etimológica y jurídicamente supone acuerdo o - convenio entre dos partes y por ende la concurrencia de dos sujetos que en él intervinieran, la del que ofrece y la del que acepta, comprometiéndose a cumplir lo convenido, aún cuando la causa de tal convenio o concierto de voluntades sea ilícita. En todo caso para que tal convenio pueda ser establecido en juicio y producir los efectos de la nulidad de un - veredicto cuando el seductor entrega dinero al que será miembro de un jurado para obtener un veredicto conforme a los intereses de aquél es indispensable la prueba plena, clara e inequívoca, de la concurrencia de ambas voluntades, que son la del que ofrece o de la dádiva en orden de obtener el hacer del funcionario conforme a lo deseado y la del que acepta tal ofrecimiento o dádiva e ilícitamente se compromete a servir tales intereses.

II) Si una persona regala una cantidad de dinero a otro que servirá como miembro de un jurado ex - presándole el deseo de que se condene al reo y no se ha probado la aceptación categórica del jurado - en el sentido de realizar o llevar a cabo lo deseado por la primera, el cohecho tampoco se ha establecido en forma plena para el efecto de declarar la nulidad del veredicto. (Revista Judicial de 1971 T.76 Pág.700).

COMENTARIO: El Código Penal de 1904 no distinguía entre Cohecho y Soborno y ambos constituían un mismo delito por eso en el numeral primero de la anterior resolución dice que "debe entenderse que el "cohecho consiste en el soborno", pero el Código Penal vigente, considera como dos delitos distintos el Cohecho y el Soborno. Aquél lo divide en dos: Cohecho Pasivo regulado en el Art. 444 y Cohecho Pasivo Impropio regulado en el Art. 445; el Soborno también lo divide en dos: Soborno regulado en el Art. 468 y el Soborno de Jurados regulado en el Art. 469.

El caso resuelto en la anterior sentencia constituiría conforme al Art. 469 del Código Penal vigente, delito de Soborno de Jurado y no el de Cohecho.

CAPITULO XIILEGISLACION COMPARADA

En este Capítulo transcribiremos y compararemos brevemente con nuestra legislación penal, los respectivos Títulos de los Códigos Penales de México, Panamá, Chile y Costa Rica en los que se regulan los delitos que nuestro Código Penal regula en el Título - III Capítulo I, Sección Segunda del Libro Segundo, - denominada "Corrupción de Funcionarios y Empleados - Públicos".

CODIGO PENAL DE MEXICO

Con el delito de PECULADO:

TITULO DECIMO. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS. CAPITULO V.

Art. 219.- Al que cometa el delito de peculado se le aplicarán de seis meses a doce años de prisión, - multa de diez a tres mil pesos y destitución del empleo o cargo e inhabilitación de dos a seis años.

Art. 220.- Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo - limitado y que no tenga el carácter de funcionario, que, para usos propios o ajenos, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado, o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o - por otra causa.

Art. 221.- La sanción será de uno a tres meses de prisión si, dentro de los diez días siguientes

a aquél en que se descubrió el delito, devolviere el reo lo sustraído.

COMENTARIO: La primera diferencia que encontramos es que el Código Penal Mexicano no regula, a diferencia del nuestro que sí lo hace, los delitos de Peculado por aprovechamiento del error de un tercero y el Peculado por Culpa.

Otras diferencias que encontramos son la multa - que impone el Código Penal Mexicano al Peculador, además de la pena principal, la inhabilitación que puede ser distinta a la pena principal impuesta, en cambio entre nosotros la inhabilitación es por el tiempo de la condena. Una última diferencia que encontramos es la mayor drasticidad con que sanciona el - Código Mexicano el delito de Peculado.

Con respecto a la extinción de la sanción en el peculado que establece nuestro Código Penal, en el caso de la devolución del total de lo sustraído si se hace durante el período de la instrucción, notamos que no existe en el Código Penal Mexicano, aunque sí existe la disminución de la sanción si se devolviere lo sustraído dentro de los diez días siguientes a aa aquél en que se descubrió el delito, a diferencia con nuestro Código, que tal disminución se aplicará si se devolviere más de la mitad de lo sustraído durante el período de la instrucción.

Con el delito de CONCUSION:

Art. 222.- Comete el delito de concusión: el en cargado de un servicio público que con el carácter de tal y a título de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento, exija, por sí o por medio de otro, dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida, o en mayor cantidad que la señalada por la ley.

Art. 223.- A los funcionarios y empleados públicos que cometen el delito de concusión se les aplicará destitución del empleo e inhabilitación para obtener otro por un término de dos a seis años, y pagarán una multa al duplo de la cantidad que hubieren recibido indebidamente. Si ésta pasare de cien pesos, se les impondrán además de tres meses a dos años de prisión.

Art. 224.- Las sanciones del artículo anterior se aplicarán también a los encargados o comisionados por un funcionario público que, con aquella investidura, cometan el delito de concusión.

COMENTARIO: El Código Penal Mexicano ha llamado concusión a la conducta que nuestro Código ha tipificado como exacción en su Art. 443 dejando entonces sin sanción la conducta que nuestro Código tipifica como concusión.

Conforme a lo anterior veremos entonces las diferencias entre el delito de concusión regulado en el Código Penal Mexicano y el delito de exacción regulado en el Código nuestro. Como hemos anotado anteriormente la diferencia principal estriba en que a una misma conducta se le ha nominado distintamente. Otra diferencia importante que encontramos es la manera que son sancionados dichos delitos. Nuestro Código sanciona la exacción con prisión de seis meses a dos años, igual al mexicano, con la diferencia que no interesa la cantidad exacrada. En cambio el Código Mexicano, impone la misma sanción si la cantidad pasa de cien pesos, en caso contrario la sanción será de una multa.

Ambos Códigos, sancionan los delitos comentados con la destitución de empleo e inhabilitación para obtener otro con la diferencia de que en el -

nuestro tal sanción es accesoria a la principal y el tiempo de la inhabilitación es por el tiempo de la condena en cambio en el mexicano, constituye penal principal y puede ser mayor o menor a la pena de prisión impuesta en los casos en que se sancione con ésta.

Con el delito de COHECHO

Art. 217. Cometén el delito de cohecho:

I. La persona encargada de un servicio público, centralizado o descentralizado, o el funcionario de una empresa en que como accionista o asociado participa el Estado, que por sí o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente dinero o cualquiera otra dádiva, o acepta una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones; y

II. El que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquiera otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que éste haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.

Art. 218. El delito de cohecho se castigará con tres meses a cinco años de prisión y multa hasta de dos mil pesos.

COMENTARIO: Nuestro Código Penal, divide el delito de cohecho en: cohecho pasivo, cohecho pasivo impropio y cohecho activo. Los primeros dos son considerados como delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos y el último como delito cometido por particular contra la administración pública. El Código Penal mexicano, no hace en cambio esta división. Además, considera el delito que nosotros llamamos cohecho activo como delito cometido por funcionarios públicos, pues esta figura delictiva la regu-

la en la fracción II del Art. 217 que constituye - parte del Capítulo IV del Título X que denomina "Delitos Comctidos por Funcionarios Públicos".

Observamos también que el Código mexicano, no - regula la conducta delictiva que nuestro Código llama Cohecho pasivo impropio y que regula en el Art. - 445.

Otra diferencia que encontramos entre las legis- laciones que comparamos es la relativa a la manera - de sancionar el delito de cohecho. El Código Penal - Mexicano, por no hacer una división del delito de - cohecho impone una sola sanción, en cambio nuestro - Código impone diversas sanciones a los distintos - tipos de cohecho y por último aquél sanciona dicho delito además de prisión con multa de hasta dos mil pesos, cosa que no hace el nuestro.

CODIGO PENAL DE PANAMA

Con el delito de PECULADO:

TITULO VI. DE LOS DELITOS CONTRA LA COSA PUBLI- CA. CAPITULO I. DEL PECULADO.

Art. 153.- El funcionario público que se apropie, sustraiga o malverse en cualquier forma los - caudales u otros objetos públicos o privados, que por razón de sus funciones está encargado de res- guardar, retener, guardar, administrar, depositar o manerar bajo cualquier concepto, será castigado con interdicción para ejercer funciones públicas por el término de cuatro años y reclusión en las siguientes formas:

De seis meses a un año si la sustracción no ex- cede de cien balboas;

De uno a tres años si la sustracción excede de

cien balboas sin pasar de mil balboas;

De tres a seis años, si excede de mil balboas y no pasare de cinco mil balboas;

De seis a doce años si excede de cinco mil balboas.

Si el responsable del delito previsto en este artículo reintegrare los caudales u objetos sustraídos o malversados antes de dictarse la sentencia de primera instancia, la pena de reclusión se reducirá en una tercera parte.

PARAGRAFO.- En los casos a que se refiere este artículo el procedimiento será de oficio y bastará que se presente formal denuncia por cualquiera que se considere agraviado.

Art. 154.- El funcionario que por abandono o ignorancia diere comisión a que otra persona se apropie, malverse o sustraiga los caudales o efectos públicos o privados de que se trata en el artículo anterior, sufrirá la tercera parte de la pena de reclusión allí señalada e interdicción para ejercer funciones públicas por el término de tres años.

Art. 155.- El funcionario público que usare en beneficio propio o ajeno, los caudales o efectos públicos o privados que estén a su cargo por razón de sus funciones, sufrirá pena de multa de cien a mil balboas e interdicción para ejercer funciones públicas por el término de dos años, siempre que reintegre los caudales o efectos públicos o privados usados, antes de dictarse auto de enjuiciamiento; si no lo reintegrare o el reintegro se hiciere después, sufrirá las penas señaladas en el Art. 153 de este Código.

Art. 156.- El funcionario público que diere a los efectos o caudales que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren desti-

nados, incurrirá en una multa de cien a mil balboas.

Art. 157.- El funcionario público que debiendo hacer un pago, como tenedor de fondos del Estado, no lo hiciera sin justa causa, será castigado con un mes a un año de interdicción de ejercer funciones públicas.

Esta disposición es aplicable al funcionario público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración.

Art. 158.- Las disposiciones de este Capítulo son extensivas a los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos nacionales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o de beneficencia.

COMENTARIO: El Capítulo I del Título VI denominado "Del Peculado" comprende los tipos de peculado: a) por apropiación, b) por culpa, c) por uso, d) por aplicación diferente y e) por no hacer pago. No comprende como nuestro Código el peculado por aprovechamiento del error ajeno así como éste no comprende las formas de peculado por uso, por aplicación diferente y por no hacer pago.

Hay que aclarar que el peculado por aplicación diferente que regula el Código Panameño sí está regulado en nuestro Código aunque no como peculado pero sí como delito de malversación. Art. 446.

El peculado por apropiación que regula el Código Panameño en el Art. 153 se diferencia con el nuestro en que el primero sanciona con inhabilitación para ejercer funciones públicas por un término de cuatro años y el segundo inhabilita por un tiempo igual al tiempo que se le impone de prisión, además este impone una sanción general de uno a diez años

de prisión que graduará el juez en atención a la cantidad apropiada entre otras cosas en cambio en aquél la ley fija la gravedad de la sanción de reclusión según sea la cantidad apropiada la cual va en grado ascendente de seis meses a un año si lo apropiado no llega a cien balboas hasta de seis a doce años si excede de cinco mil balboas.

El Código Panameño, reduce la sanción de reclusión únicamente y no la de inhabilitación en una tercera parte si el responsable del delito reintegra los caudales u objetos sustraídos o malversados antes de la sentencia de primera instancia, en cambio el nuestro extingue o disminuye hasta la mitad únicamente la pena privativa de libertad según que devuelvan los responsables el total de lo sustraído durante el período de la instrucción o más de la mitad de lo sustraído respectivamente durante la misma etapa del juicio.

Con el peculado por culpa, la diferencia más notable entre el Código Panameño y el salvadoreño, consiste en que el primero lo sanciona con reclusión de una tercera parte de la señalada al peculado por apropiación, en cambio el nuestro, únicamente lo sanciona con diez a cien días multa.

Las restantes figuras de peculado del Código - comparado no son consideradas como delito de peculado por el nuestro.

Del delito de CONCUSION:

CAPITULO II. DE LA CONCUSION

Art. 159.- El funcionario público que, abusando de sus funciones, constriña a alguien a dar o prome-

ter indebidamente, a él mismo o a un tercero, dinero o provechos de cualquier clase, será castigado con interdicción perpetua de ejercer funciones públicas, reclusión de uno a siete años, y multa de cincuenta a trescientos balboas.

Si la suma o provechos indebidamente dados fueren de poca significación, la pena será de reclusión por seis a cuarenta meses, y la interdicción de cinco años.

Si para cometer el delito de que trata este artículo, no usare el funcionario público sino la persuasión, la pena será señalada en el inciso que precede.

La reclusión será de un mes a un año, si al recibir alguno lo que se le debía no hizo sino aprovecharse del error ajeno.

COMENTARIO: Una de las diferencias que encontramos entre el Código Penal panameño y el nuestro, en lo relativo al delito de concusión, es en lo referente a la sanción impuesta. Ambos imponen una pena general de uno a siete años, con la diferencia que aquél la disminuye a seis a cuarenta meses si la suma o provechos indebidamente dados fueren de poca significación o si para cometer este delito el funcionario público no usó sino la persuasión.

Otras diferencias con respecto a la sanción que encontramos: el Código que comparamos castiga con interdicción perpetua para ejercer funciones públicas y multa de cincuenta a trescientos balboas, pero en los casos de disminución de reclusión a que nos referimos anteriormente la interdicción será únicamente de cinco años no imponiéndose la multa.

En el Código Penal panameño, cometen este delito únicamente los funcionarios públicos y no los empleados públicos; en cambio en el nuestro, ambos pue

den ser sujetos activos de este delito.

Por último aquel Código regula el delito de concusión que llamaremos por aprovechamiento del error ajeno en el inciso último del Art. 159, en cambio nuestro Código no lo hace.

Con el delito de COHECHO:

CAPITULO III. DE LA CORRUPCION DE FUNCIONARIO PUBLICO.

Art. 160.- El funcionario público que por su propia cuenta, ya por cuenta de un tercero, reciba por un acto de sus funciones, en dinero o en especie, una retribución que no se le debe, o que acepte promesas de hacerle un pago o entrega de ese género, será castigado con reclusión por un mes a un año, interdicción de uno a dos años de ejercer funciones públicas y multa de diez a doscientos balboas.

Art. 161.- El funcionario público que, por retardar u omitir un acto de sus funciones, o para ejecutar un acto contrario a los deberes de éstas, reciba o haga que se le prometa dinero u otros objetos, sea para él mismo o para otros, será castigado con reclusión por cuatro a cuarenta meses, interdicción de cinco años para ejercer funciones públicas y multa de veinte a quinientos balboas.

La reclusión será de dos a seis años si el acto cometido tiene por resultado:

a) Conferir empleos públicos o subsidios, o hacer consentir contratos en que esté interesada la administración a que pertenece el funcionario público;

b) Procurar provecho o causar perjuicio a un litigante o a un inculpado, en un proceso civil o crimi

nal.

La reclusión será de tres a diez años, y la multa será de doscientos a mil balboas, si el acto tiene por consecuencia una sentencia de condenación a una pena restrictiva de la libertad superior a un año.

Art. 162.- El que persuada a un funcionario público para que cometa uno de los delitos previstos en los artículos precedentes, será castigado, en los casos del artículo 160, con multa de diez a doscientos balboas, y en el caso del artículo 161, con la pena que a éste señala.

Art. 163.- En los casos previstos en los artículos precedentes, se decretará el comiso de los dineros u objetos recibidos.

COMENTARIO: El Código Penal panameño, llama al delito de cohecho "Corrupción de funcionario público" y no hace la diferencia que el nuestro hace, entre Cohecho Pasivo, Cohecho Pasivo Impropio y Cohecho Activo. A este último, lo considera como "corrupción de funcionario público" al contrario del nuestro que se le considera como delito cometido por particular contra la administración pública.

Ambas legislaciones sancionan con prisión al delito de cohecho o corrupción de funcionario público, así como con interdicción para ejercer funciones públicas pero además la panameña impone multa o pena pecuniaria.

Una última diferencia que encontramos entre las legislaciones comparadas, es la relativa al sujeto activo; pues en la panameña, éste únicamente lo será el funcionario público; en cambio en la nuestra, podrá serlo tanto el funcionario público como el empleado público.

Con el delito de MALVERSACION:

Como decíamos anteriormente al comparar el delito de peculado, que el delito que nosotros llamamos malversación, es conocido en el Código panameño como tipo de peculado regulado en el Art. 156 Pn. pero - que en ambos códigos se configuran por una misma conducta; es decir por darle a los efectos o caudales - que se administran una aplicación pública diferente de aquélla a que estuvieren destinados.

Los delitos de Negociaciones Ilícitas, Exacción, Enriquecimiento Ilícito, Infidelidad en la Custodia de Registros o Documentos Públicos y Abusos contra la Honestidad tipificadas en nuestro Código como - formas de "Corrupción de Funcionarios Públicos" no son conocidos en el Código panameño, por lo menos - como "Delitos Contra la Cosa Pública".

CODIGO PENAL CHILENO

Con el delito de PECULADO:

Art. 233.- El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraigiere o consintiere que otro los substraiga, será castigado:

1o.- Con la pena de presidio menor en su grado - medio, si la substracción no excediere de ciento cin cuenta escudos.

2o.- Con la de presidio menor en su grado máximo, si excediere de ciento cincuenta y no pasare de un - mil quinientos escudos.

3o.- Con la de presidio mayor en sus grados mí- nimo a medio, si excediere de un mil escudos.

En todos los casos con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo e inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

Art. 234.- El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la substracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos substraídos.

Art. 235.- El empleado público que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa del diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere substraído.

No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el Art. 233.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad substraída sin perjuicio del reintegro.

COMENTARIO: La legislación penal chilena, regula los delitos de peculado por apropiación o substracción, peculado por culpa o abandono y peculado de uso, esta última forma de peculado no la regula nuestro Código. Hay que aclarar que la legislación que comparamos no llama a la figura comentada "peculado" como lo hace la nuestra, sino que como una forma de "Malversación de Caudales Públicos" pero en el fondo constituyen una misma figura delictiva.

Una diferencia en ambas legislaciones penales de importancia es que en la chilena el sujeto activo sólo podrá serlo el empleado público, en cambio en la nuestra lo será indistintamente tanto el funcionario como el empleado público.

Con respecto a la extinción y disminución de la sanción en los casos de peculado que nuestra legislación penal establece cuando se devolviere el total o parte de lo sustraído, es una institución que no se encuentra en el Código Penal Chileno.

Con el delito de NEGOCIACIONES ILICITAS:

Art. 240.- El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto a los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarías.

Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus descendientes o ascendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo grado también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos.

COMENTARIO: El delito que nuestro Código Penal - llama "Negociaciones Ilícitas" cambia de nominación en el Código Penal chileno; pues esta figura delictiva se conoce como una especie de "Fraude". La figura salvadoreña es más amplia ya que comprende tanto al funcionario como al empleado público como sujetos activos en cambio en la figura chilena el sujeto activo será únicamente el empleado público pero en el fondo ambas figuras son similares aunque cambie su redacción. Así la extensión que hace el inciso último del Art. 240 del Código Penal chileno la encontramos nosotros en el Art. 442 de nuestro Código Penal, al referirse a quienes cometen este delito: "El funcionario o empleado público que por sí o por persona intermedia. . .", esta persona intermedia será cualquier persona incluso las que se refiere el inciso último del Art. 240 del Código Penal comparado.

Con respecto a la sanción es más grave la chilena, pues además de la reclusión impone la inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y pena pecuniaria o multa.

Con el delito de EXACCION:

Art. 241.- El empleado público que exigiere directa o indirectamente mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, será castigado con una multa del duplo al cuádruplo de la cantidad exigida.

El culpable habitual de este delito incurrirá además en la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio.

COMENTARIO: Tanto la legislación penal comparada como la nuestra sancionan el delito de exacción, pero ambas se configuran de distinta manera. En aquella el empleado público exige para sí mayores dere-

chos de los que le están señalados por razón de su cargo. En la nuestra el funcionario o empleado público impone u obtiene para la administración pública o municipal tasas, derechos, contribuciones, arbitrios, etc.

Con el delito de COHECHO:

Art. 248.- El empleado público que por dádiva o promesa cometiere alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, además de las penas señaladas para ellos, incurrirá en las de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada.

Art. 249.- El empleado público que por dádiva o promesa ejecutare un acto obligatorio propio de su cargo, no sujeto a remuneración, será penado con una multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada.

En la misma multa sola o acompañada de la inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio, incurrirá el empleado que omitiere por dádiva o promesa un acto debido propio de su cargo.

COMENTARIO: El primer caso de cohecho a que se refiere el Art. 248 del Código Penal chileno no es figura delictiva que regule nuestro Código Penal.

La figura delictiva "Cohecho" regulada en el Art. 249 de la legislación penal comparada no hace la división entre cohecho pasivo impropio y cohecho pasivo que hace nuestro Código Penal aunque en su redacción ambas figuras son reguladas, con la diferencia que la figura salvadoreña "Cohecho Pasivo" es más amplia a su símil chilena, pues en la nuestra la dádiva, ventaja indebida o promesa se recibe pa

ra hacer un acto contrario a sus deberes o retardar un acto debido y no solamente por omitirlo como en la chilena. Con respecto a la figura salvadoreña "Cohecho Pasivo Impropio" también es más amplia que la chilena pues en la nuestra la dádiva, ventaja - indebida o promesa recibida por un acto propio de su cargo ya realizado tipifica el delito mencionado y no solamente por ejecutar acto propio de sus funciones como en la chilena.

Una diferencia notable que encontramos en ambas legislaciones penales es que la chilena no sanciona con prisión al que cometiere el delito de cohecho como lo hace la nuestra sino que lo sanciona únicamente con una pena pecuniaria de multa que va en proporción a la dádiva o promesa aceptada.

Con el delito de MALVERSACION:

Art. 236.- El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administrare - una aplicación pública diferente de aquella a que es tuvieren destinados, será castigado con la pena de - suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento. COMENTARIO: Tanto la figura chilena como la salvadoreña son idénticas en su redacción como con la suavidad de su sanción pues ninguna tiene señalada prisión.

Ambas legislaciones consideran como agravante - especial si de la aplicación diferente a la que es tuvieren destinados los caudales o efectos públicos resultare daño o entorpecimiento del servicio público.

Con el delito de INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE REGISTROS O DOCUMENTOS PUBLICOS:

Art. 242.- El eclesiástico o empleado público que sustraiga o destruya documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo, será castigado:

1o.- Con las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de mil a tres mil pesos, siempre que del hecho resulte grave daño de la causa pública o de tercero.

2o.- Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de cien a mil pesos, cuando no concurrieren las circunstancias expresadas en el número anterior.

Art. 243.- El empleado público que teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere en su quebrantamiento, sufrirá las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de ciento a quinientos pesos.

El guardián que por su negligencia diere lugar al delito, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de ciento a trescientos pesos.

Art. 244.- El empleado público que abriere o consintiere que se abran, sin la autorización competente, papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada, incurrirá en las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de ciento a trescientos pesos.

Art. 245.- Las penas designadas en los tres artículos anteriores son aplicables a los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles, por comisión del gobierno o

de los funcionarios a quienes hubieren sido confiados aquéllos en razón de su oficio, y que dieren el encargo ejerciendo sus atribuciones.

COMENTARIO: Ambas legislaciones, la chilena y salvadoreña, sancionan la sustracción o destrucción por parte de quienes se les hubiere confiado, con la diferencia que en la salvadoreña éstos podrán serlo el funcionario y empleado público y por extensión el Notario en cambio en la chilena los sujetos activos podrán serlo los eclesiásticos y empleados públicos - que se les hubiere confiado por razón de su cargo documentos o papales.

Pero la diferencia fundamental que existe en ambas disposiciones es la de que en la nuestra, por ex extensión, cometen este delito el notario que habiendo suspendido o inhabilitado en el ejercicio del notariado, no devolviera su sello o su protocolo después de cinco días de la prevención para que los devolviere, extensión que no se encuentra en el Código Penal chileno.

Con el delito de ABUSOS CONTRA LA HONESTIDAD:

Art. 258.- El empleado público que solicitare a mujer que tenga pretensiones pendientes de resolución, será castigado con la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio.

COMENTARIO: Ambas legislaciones, la comparada y la nuestra, sancionan el delito que nuestro Código Penal llama "Abusos contra la Honestidad" y que el chileno lo considera como una de las formas de "Abusos contra Particulares". Pero la diferencia fundamental que existe entre ambas disposiciones es de que en la chilena basta para la configuración del delito que se solicita a mujer que tenga pretensiones pendientes

de resolución en cambio en la nuestra es necesario tener el acceso carnal con persona que tenga pretensiones pendientes de resolución, es decir no basta la simple solicitud sino el acceso carnal y éste puede serlo con cualquier persona sin importar el sexo.

CODIGO PENAL DE COSTA RICA

Con el delito de PECULADO:

Art. 352.- Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustrajere o distrajere dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.

Y con prisión de tres meses a dos años el que empleare en provecho propio o de terceros trabajos o servicios pagados por la Administración Pública.

Art. 353.- Será reprimido con treinta a ciento cincuenta días multa el funcionario público que por culpa hubiere hecho posible o facilitado que otra persona sustrajere el dinero o los bienes de que se trata en el artículo anterior.

COMENTARIO: Regula el Código Penal de Costa Rica, - en el Art. 352 el delito de Peculado por apropiación que está regulado en nuestro Código Penal en el Art. 430 figuras delictivas idénticas en el fondo aunque con redacción diferente. Una diferencia que encontramos entre la legislación comparada y la nuestra es que aquélla sanciona también el que empleare en provecho propio o de terceros trabajos o servicios pagados por la Administración Pública, peculado que podríamos llamar de "usos de trabajos o servicios" en cambio la nuestra no la regula, en cambio ésta sí regula el peculado por aprovechamiento del error de un tercero y aquélla no lo hace.

de resolución en cambio en la nuestra es necesario tener el acceso carnal con persona que tenga pretensiones pendientes de resolución, es decir no basta la simple solicitud sino el acceso carnal y éste puede serlo con cualquier persona sin importar el sexo.

CODIGO PENAL DE COSTA RICA

Con el delito de PECULADO:

Art. 352.- Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustrajere o distrajere dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.

Y con prisión de tres meses a dos años el que empleare en provecho propio o de terceros trabajos o servicios pagados por la Administración Pública.

Art. 353.- Será reprimido con treinta a ciento cincuenta días multa el funcionario público que por culpa hubiere hecho posible o facilitado que otra persona sustrajere el dinero o los bienes de que se trata en el artículo anterior.

COMENTARIO: Regula el Código Penal de Costa Rica, - en el Art. 352 el delito de Peculado por apropiación que está regulado en nuestro Código Penal en el Art. 438 figuras delictivas idénticas en el fondo aunque con redacción diferente. Una diferencia que encontramos entre la legislación comparada y la nuestra es que aquélla sanciona también el que empleare en provecho propio o de terceros trabajos o servicios pagados por la Administración Pública, peculado que podríamos llamar de "usos de trabajos o servicios" en cambio la nuestra no la regula, en cambio ésta sí regula el peculado por aprovechamiento del error de un tercero y aquélla no lo hace.

El Art. 353 Pn. de Costa Rica al igual que el - Art. 349 de nuestro Código Penal, regulan el Peculado por culpa figuras que en fondo son idénticas.

En ambas legislaciones penales sancionan casi - con igual severidad el delito de Peculado con la diferencia de que la nuestra extingue y disminuye la sanción en los casos en que el culpable devolviera el total de lo sustraído o más de la mitad respectivamente si se realizare en el período de la instrucción.

Otra diferencia importante entre ambas legislaciones penales consiste en que en la costarricense el sujeto activo solamente lo será el funcionario público en cambio en la nuestra podrá serlo tanto el funcionario público como el empleado público.

Con el delito de CONCUSION.

Art. 346.- Se impondrá prisión de dos a ocho años, al funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial.

COMENTARIO: El Código Penal de Costa Rica, como el nuestro sancionan casi con igual severidad el delito de concusión y la única diferencia que podríamos encontrar es con respecto al sujeto activo ya que éste únicamente podrá serlo el funcionario público según la legislación costarricense en cambio en la nuestra podrán serlo tanto el funcionario como el empleado público.

Con el delito de NEGOCIACIONES ILICITAS.

Art. 345.- Será reprimido con prisión de uno a - cuatro años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que inter

venga por razón de su cargo.

Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas, curadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

COMENTARIO: Al delito que nosotros llamamos "Negociaciones Ilícitas" y que lo regula nuestro Código Penal en el Art. 442 es llamado "Negociaciones Incompatibles" en el Código Penal de Costa Rica.

Ambas legislaciones sancionan casi con igual severidad este delito. Una diferencia que encontramos - en ambas legislaciones con respecto a este delito se refiere al sujeto activo ya que en la costarricense sólo podrá serlo el funcionario público en cambio en la nuestra puede serlo tanto el funcionario como el empleado público.

Con el delito de EXACCION.

Art. 347.- Será reprimido con prisión de un mes a un año el funcionario público que abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar una contribución o un derecho indebidos o mayores que los que corresponden.

COMENTARIO: Ambas legislaciones sancionan casi con la misma severidad el delito de Exacción.

Las diferencias que encontramos son respecto al sujeto activo ya que en la legislación costarricense sólo puede serlo el funcionario público; en cambio - en la nuestra, pueden serlo tanto el funcionario como el empleado público; también encontramos otra diferencia respecto a la forma en que se consuma la figura delictiva. En la costarricense el delito se consume cuando el funcionario público que abusando de su cargo exigiere o hiciere pagar o entregar una con

tribución o un derecho indebidos o mayores que los que corresponde, en cambio en nuestra legislación el delito de Exacción se consuma cuando el funcionario o empleado público que, prevaliéndose de su cargo, impone u obtiene para la administración pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquiera otra prestación que sabe no es legal, o que siéndolo empleare para su cobro medio vejatorio o gravoso que la ley no autoriza o invoca re falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización legítima.

Con el delito de COHECIVO PASIVO.

Art. 339.- Será reprimido con prisión de dos a seis años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa directa o indirecta de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones.

COMENTARIO: La semejanza con la disposición penal salvadoreña es obvia; ambas sancionan al funcionario público que recibe por sí o por persona interpuesta una dádiva o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones. La diferencia que encontramos es con respecto al sujeto pasivo ya que en la disposición penal de Costa Rica, éste sólo lo será el funcionario público en cambio en la figura de nuestro Código Penal podrá serlo tanto el funcionario como el empleado público.

Con respecto a la forma de consumarse el delito encontramos otra diferencia ya que en el Código Pe-

nal nuestro el Cohecho Pasivo también se consuma cuando se solicita por parte del funcionario o empleado público la dádiva o ventaja en cambio en el Código Penal de Costa Rica, no se consume el delito cuando únicamente se solicita la dádiva o ventaja.

Con el delito de COHECHO PASIVO IMPROPIO.

Art. 338.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que, por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones.

COMENTARIO: La diferencia fundamental entre la legislación penal comparada y la nuestra estriba en que en aquélla el sujeto activo sólo lo será el funcionario público y también en la forma en que se consume el delito ya que en la nuestra también se consume cuando el funcionario o empleado público se solicitare por sí o por persona interpuesta una dádiva o cualquier otra ventaja en cambio en el Código Penal de Costa Rica, no se consume el delito de Cohecho Pasivo Impropio; es decir, no hay delito cuando el funcionario solicita por sí o por persona interpuesta una dádiva o ventaja.

Con el delito de MALVERSACION.

Art. 354.- Será reprimido con treinta a noventa días multa el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente a aquella a la que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, la pena se au-

mentará en un tercio. Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiarren bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, pertenecientes a particulares.

COMENTARIO: La diferencia fundamental que existe con la figura penal salvadoreña es que la figura penal costarricense es más amplia pues por extensión se comete este delito quienes administren o custodien bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, pertenecientes a particulares, y los dieron una aplicación diferente.

Otra diferencia es con respecto al sujeto activo ya que en la figura penal salvadoreña éste lo podrá ser tanto el funcionario como el empleado público en cambio en la costarricense solamente lo podrá ser el funcionario público.

Con el delito de ENRIQUECIMIENTO ILICITO.

Art.344.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin recurrir en un delito más severamente penado:

- 1) Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones;
- 2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo;
- 3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, -

mientras permanezca en el ejercicio del cargo; y

- 4) No justificarse, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público.

COMENTARIO: La diferencia que existe entre la figura penal salvadoreña y la costarricense es notable, en ésta el Art. 344 Pn. señala taxativamente los casos en que el delito puede consumarse; en cambio en la nuestra, no hay un señalamiento taxativo sino que el delito se presume cuando el aumento del capital del funcionario o empleado público, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya recibido legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa.

Con el delito de INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE REGISTROS O DOCUMENTOS PUBLICOS

Esta figura delictiva no aparece regulada en el Código Penal de Costa Rica.

Con el delito de ABUSOS CONTRA LA HONESTIDAD.

Esta figura delictiva, al igual que la anterior, no está regulada en la legislación penal costarricense.

CAPITULO XIIICONCLUSIONES

Con este Capítulo llegamos al final del presente trabajo. Expondremos a continuación las conclusiones a que hemos llegado, las cuales resumimos en lo siguiente:

PRIMERA:

Al estudiar el peculado por culpa regulado en el art. 439 Pn. observamos que el legislador ha tratado con benignidad al funcionario o empleado público que, por su culpa, diere ocasión a que se cometiere por otra persona el peculado que regula el art. 438 Pn. sancionándolo con diez a cien días multa, sanción - que consideramos demasiado benigna; por ello proponemos que tal sanción sea aumentada a la mitad de la impuesta al peculado realizado aprovechándose del error de un tercero, regulado en el inciso segundo - del Art. 438 Pn., proponiendo para ello la redacción siguiente:

"Art. 439.- El funcionario o empleado público - que, por su culpa, diere ocasión a que se cometiere por otra persona el peculado de que trata el artículo anterior, será sancionado con prisión comprendida entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la sanción señalada en el anterior inciso".

La anterior reforma la pedimos ya que el funcionario o empleado público ha puesto en peligro con su descuido el normal funcionamiento de los órganos del Estado.

SEGUNDA:

Notamos también que nuestro Código Penal al regular el peculado lo hace en tres formas: a) peculado por apropiación para beneficio propio o ajeno; - b) peculado por aprovechamiento del error ajeno, y c) peculado por culpa, quedando entonces sin sanción aquella forma de peculado consistente en usar arbitrariamente, por parte de los funcionarios o empleados públicos, de los bienes públicos que tienen bajo su cuidado, no con el ánimo de quedarse definitivamente con ellos, sino, por el contrario, de restituirlos. Proponemos por tanto, a fin de terminar con el abuso de ciertos funcionarios y empleados públicos con el uso de vehículos nacionales, para paseos y usos familiares, así como de la gasolina propiedad del Estado, agregarle al Art. 438 Pn. un tercer inciso redactado de la siguiente manera:

"El peculado consistente en usar arbitrariamente de los bienes públicos que se tienen bajo su cuidado, será sancionado con prisión de uno a tres años".

TERCERA:

Con relación a la "Extinción y Disminución de la Sanción en Casos de Peculado" que regula el Art. 440 Pn., consideramos que debe desaparecer este tratamiento que favorece a aquellos que han cometido el delito de peculado en cualquiera de sus formas - puesto que con su conducta ya han lesionado el bien jurídico que el legislador quiso proteger al establecer estos tipos de delito, o sea "el ordenado e imparcial desenvolvimiento de los servicios adscritos

al Estado en favor de la sociedad y de los individuos".(90) Y es éste el bien jurídico protegido y no el patrimonio del Estado. Además, conforme el Art. 216 de nuestra Constitución Política, "los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieren sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que hubieren incurrido conforme a las leyes" por lo que no se puede conceder un premio por realizar un acto que la ley obliga a realizar. Por ello propongo la derogatoria del Art. 440 Pn., además que dentro de la responsabilidad civil emergente del delito, también cabe.

Con respecto al delito de "Enriquecimiento Ilícito" regulado en el Art. 447 Pn. considero que debe agregársele al inciso segundo de este artículo lo siguiente: "Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos se considerarán en conjunto", tal como lo tiene el Art. 7 de la Ley "Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos", desde luego que el culpable a fin de evadir el castigo puede traspasar los bienes adquiridos ilícitamente a su cónyuge o a sus hijos. Además, así habría concordancia entre el Código Penal y la ley antes citada.

90) Gustavo Rondón G. Ob. cit. Pág. 51

QUINTA:

Por último, considero que el delito de "Abusos Contra la Honestidad" que regula el Art. 449 Pn. - debe ser reformado de la siguiente manera:

"art. 449.- El funcionario o empleado público que solicitare a persona que tenga peticiones pendientes de resolución será sancionado con prisión de seis meses a un año.

Si tuviere acceso carnal con persona que tenga peticiones pendientes de resolución la sanción será de uno a tres años de prisión".

La anterior reforma la propongo en vista de que con la simple solicitud de tener acceso carnal con una persona que tiene peticiones pendientes de resolución se ha violado el decoro y prestigio de la administración, su moralidad, factores todos necesarios para que los asociados tengan respeto y confianza en los funcionarios y empleados públicos y en sus actos.

Propongo además el cambio de la denominación del delito, que resulta incongruente, ya que éste no es un delito contra la honestidad, sino contra el "Dor y Libertad Sexual"; luego, debería llamarse "Abusos Contra la Libertad Sexual".

BIBLIOGRAFIA

- 1) GUSTAVO RENDON G. DERECHO PENAL COLOMBIANO
- 2) LUIS CARLOS PEREZ MANUAL DE DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL COLOMBIANO.
- 3) A. MOLITOR ADMINISTRACION PUBLICA - UNESCO-Cit. por GABINO - FRAGA.
- 4) GABINO FRAGA DERECHO ADMINISTRATIVO
- 5) SEBASTIAN SOLER DERECHO PENAL ARGENTINO
- 6) EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1974.
- 7) JESUS BERNAL PINZON DELITOS CONTRA LA ADMINIS TRACION PUBLICA
- 8) DANIEL P. CARRERA PECULADO
- 9) ARNOLDO GARCIA ITUR BE DELITOS CONTRA LA COSA PU BLICA Y CONTRA LA ADMINIS TRACION DE JUSTICIA
- 10) MANUEL OSORIO DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES
- 11) EUGENIO CUELLO CA- LON DERECHO PENAL
- 12) CARRARA PROGRAMA DE DERECHO CRIMI NAL
- 13) MANZINI TRATADO DE DERECHO PENAL
- 14) FERNANDO BAYARDO DERECHO PENAL URUGUAYO BENGUA
- 15) CARLOS FONTAN BA- LLESTRA TRATADO DE DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL. T. 7

- 16) PEDRO PACHECO OSORIO DERECHO PENAL ESPECIAL
- 17) GUILLERMO CABANELLAS DICCIONARIO DE DERECHO
USUAL
- 18) GUSTAVO LABATUT GLE- DERECHO PENAL
NA
- 19) DERECHO PENAL SALVA- JOSE ENRIQUE SILVA
DOREÑO
- 20) ENRIQUE RAMOS MEJIA EL DELITO DE CONCUSION
- 21) GIULIANO FOUROUGE DERECHO FINANCIERO VI.