

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. PECULADO. Atenuación por reintegro. Características y aplicación.

Como bien lo advierte el Colaborador Fiscal, el reintegro parcial contemplado en el artículo 139 del Código Penal, tiene dos características fundamentales. La primera es su excepcionalidad. Con arreglo a esta disposición y como quiera que sólo una parte de lo apropiado es la que reintegra el imputado, es claro que sólo en casos especialísimos puede aplicarse la diminuyente punitiva. En este sentido, el ánimo sincero del procesado de reparar el daño causado, cuya demostración fehaciente es la devolución de los bienes que se adueñó, adquiere para su demostración de un mayor rigor sólo una parte es la restituida. Aquí, debe establecerse, como es apenas obvio, la imposibilidad de retornar el volumen total, por causas no imputables al reo. En cada caso, el juzgador, entonces, habrá de examinar de acuerdo con las circunstancias, la calidad del bien, las condiciones personales del acusado y el examen ponderado del hecho punible en particular, para establecer si en verdad, en dicha restitución se demuestra con paciencia el animus reparandi. De aquí se desprende, la segunda característica esencial de la atemperante: la discrecionalidad del juez. No puede ser de otra manera, pues sólo en presencia del hecho concreto y su examen ecuánime, es que se puede conocer a ciencia cierta si en verdad se está en presencia de un caso excepcional o, por el contrario, de una simple devolución obligada que, ante la inminencia de una investigación penal, busca disminuir sus efectos.

(...)

"Además, como tinosamente lo observa la Delegada, la excepcionalidad de la medida amerita un amplio arbitrio para el juzgador, pues sólo él en presencia de la verdad procesal, es quien puede decidir sobre la aplicación de la atenuante. Aquí juega en gran medida su íntima convicción, imposible de tasar para encontrar un posible yerro, atacable en casación. Por tanto, únicamente en presencia de una contradicción evidente, que por tal motivo no requiere para demostrar su existencia de argumentos rebuscados, bastando tan sólo su señalamiento, es que su decisión puede ser

objeto de examen por medio de este especialísimo medio de impugnación." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia, Acta No. 0030, 11-03-92, Gaceta Judicial No. 2468, t. CCXIX, p. 348).

N.V.A. Art. 401 C.P.

COMENTARIOS

TEMA II. PECULADO. Capacidad funcional del agente. Objeto material.

Conviene recordar que de acuerdo con repetidas doctrinas de esta Sala, no sólo aquellas personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado pueden cometer el delito de peculado sino, como lo expresa la sentencia, cuyos apartes principales ha transcrito el actor, las que lo reciben en consideración a sus funciones.

"O sea que se requieren tres condiciones fundamentales para que se tenga que responder personalmente por la apropiación o aplicación oficial diferente del bien : que el agente sea un funcionario o empleado público o, como dice el Código Penal vigente "empleado oficial", que se le haya entregado un bien en administración o custodia en razón de o con relación a sus funciones y que disponga de él en modo que implique ejercicio, en alguna forma, de ellos.

"Respecto a esta última condición hay que decir que no se requiere una disposición del bien expresamente autorizada por la ley, es decir, una actividad manifiestamente atribuida al agente como parte de sus funciones, sino que basta que la disposición esté relacionada en tal forma con la función que aquélla no hubiera sido posible en ésta.

"Presentes los elementos ya señalados del delito en mención, no importa la forma como el bien sea sustraído de la esfera oficial de custodia o pertenencia. Por lo general el agente se vale de maniobras engañosas para lograrlo, o bien lo hace en forma clandestina, pudiera decirse furtiva. Pero ni aquéllas convierten la infracción en estafa, ni ésta en hurto. Predomina, como lo dice la Procuraduría, el carácter oficial del bien. E igualmente, agrega la Corte, el del agente y la vinculación de ese bien a la función del sujeto activo del ilícito. (Corte Suprema de Justicia, - Sala de Casación Penal-, 15 de Julio de 1.982. Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto.)

N.V.A. Arts. 397, 398, 399, 400 C.P.

COMENTARIOS

TEMA III. PECULADO. Evolución normativa. Sujeto activo.

De acuerdo con el artículo 3ro. del Decreto 1858 de 1951, norma vigente para la época de los hechos, podía cometer delito de peculado el empleado de empresas o instituciones en que tuviera para el Estado que se apropiaran o en cualquier forma hiciera uso indebido de los caudales o bienes de las mismas que por razón de sus funciones estuviere encargado de recaudar, pagar, administrar o guardar.

"El nuevo Código Penal sanciona a igual título delictivo, en su artículo 133, al empleado oficial que se apropie de bienes de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, cuya administración o custodia le haya sido confiada por razón de sus funciones. Y en su artículo 63, al determinar quiénes son empleados oficiales para efectos de la ley penal, incluye entre ellos al trabajador oficial. Como el Banco Central Hipotecario es una sociedad de economía mixta, sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 38 del Decreto 080 de 1976) y las personas que presten sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales (Decretos 3135 de 1968, artículo 5to. y 1950 de 1973, artículo 3ro.), el procesado tenía dicha categoría de trabajador oficial. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 24 de junio de 1982. Magistrado Ponente: Doctor Darío Velásquez Gaviria.)

N.V.A. Art. 397, 398 C.P.

COMENTARIOS

TEMA IV. PECULADO. Extraneus. Cómplice.

En el delito de peculado es autor quien tenga la calidad legal, pero las personas que no están en esa condición pueden participar como cómplices". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, Acta No. 50, 28-04-92, Gaceta Judicial No. 2468, t. CCXIX, p. 745).

N.V.A. Arts. 397, 398, 399, 400 C.P.

COMENTARIOS

TEMA V. PECULADO. Objeto material. Actividades estatales de intervención.

Cuando el Estado aborda terrenos propios de los particulares como sucede en el de la intermediación financiera, claro resulta que, de inmediato sus actividades comienzan a ser gobernados por el derecho privado. No es un mero capricho del legislador. La equidad es la razón de ser de dicha previsión. Los particulares verían atropellados sus derechos ante un competidor como el Estado, dotado de las prerrogativas que le confiere su especial condición, quien tendría todas las facilidades para su tarea y, con ellas, las ganancias posibles en detrimento de los demás."

"Sin embargo, ello no quiere decir que al acudir a esta esfera privada y someterse a sus reglas, los caudales que maneje automáticamente pierden su esencia y dejen de ser públicos. El Estado por mandato constitucional, ha de intervenir en el ajuste debido de la economía nacional, regulando, ayudando o dirigiendo uno de sus sectores. En algunos casos compromete sus mismos recursos en dicha tarea, por lo que las ganancias que obtenga o las pérdidas que sufra afectan en mayor o menor escala los caudales estatales." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez, Acta No 82, 03-08-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII, p. 546).

N.V.A. Arts. 55, 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA VI. PECULADO. Objeto material. Bienes de entidades en las que el Estado tiene la totalidad de su patrimonio.

Si la ley considera como peculados los atentados contra los bienes en donde el Estado tiene la mayor parte, dentro de estas entidades están incluidas aquellas en las cuales el patrimonio le corresponde en su totalidad.

(...)

"Si lo que se protege en el Título III del Código Penal es la Administración Pública, y en el caso concreto del peculado sus intereses económicos, y si es precisamente por el carácter estatal de estos bienes por lo que la ley establece sanciones mucho más severas que las contempladas para los delitos contra el patrimonio, mal puede considerarse que esta conducta se refiere sólo a las entidades en donde el Estado tiene parte de los bienes, y

no a aquellas en que la totalidad de los mismos es de su propiedad. Si la ley considera como peculados los atentados contra los bienes de las entidades en donde el Estado tiene la mayor parte, dentro de estas entidades están incluidas a fortiori aquellas en las cuales el patrimonio le corresponde en su totalidad, como lo es en el caso en estudio el Instituto de Seguros Sociales." (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. 16 de Enero de 1990. Magistrado Ponente: doctor Jaime Giraldo Ángel.)

N.V.A. Arts. 397, 398, 399, 400 C.P.

COMENTARIOS

TEMA VII. PECULADO. Objeto material. Deberes de custodia. Relación material. Hipótesis.

Para la estructuración del delito de peculado no se requería que los valores fueran incorporados a la entidad a través de su Tesorería. Desde el instante mismo que los cheques firmados en blanco fueron recibidos por el procesado en su condición de Jefe de la División encargada del recaudo del impuesto, quedaron bajo su protección, al igual que de los demás servidores públicos que por razón del cargo o de sus funciones entraran en relación material con ellos, surgiendo para todos el deber de custodia. De suerte que su apropiación por cualquiera de estos, es conducta que constituye el delito de peculado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 3-11-98, Magistrado ponente doctor Fernando E. Arboleda Ripoll)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA VIII. PECULADO. Objeto material. Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos. Concurso.

Dicho funcionario, cumpliendo su voluntad, se apoderó de bienes que por razón de sus funciones tenía la obligación de administrar, y con esta acción consumó el delito de peculado (art. 133 del C.P.).

Pero, además, como el juez sabía que al sacar de la órbita oficial dichos bienes y colocarlos bajo su personal disposición, violaba también otra norma legal (artículo 43 de la Ley 30 de 1986), por tratarse de elementos que sirven "para el procesamiento de cocaína", es legal y justo que

responda por las dos infracciones, sin que ello implique, como lo sostiene la delegada, violación al principio del non bis in ídem.

En efecto. Al ex funcionario no se le está condenando dos veces por el mismo hecho, porque ninguna de las dos imputaciones que se le hacen recoge en su totalidad la conducta objeto de juzgamiento: el peculado, sólo comprende la apropiación de bienes "cuya administración o custodia se le había confiado por razón de sus funciones", independientemente de la naturaleza de dichos bienes; y la violación de la Ley 30 de 1986, se presenta, porque el mismo ex funcionario tuvo ilegalmente en su poder elementos que sirven "para el procesamiento de cocaína", sin consideración alguna a la manera como tales sustancias llegaron a sus manos.

Bien se puede cometer peculado sin violar la Ley 30 de 1986, y posible es igualmente infringir esta Ley sin atentar contra la administración pública.

Pero cuando se decide quebrantar estas dos normas legales (protegen intereses jurídicos distintos), como lo hizo el procesado, se debe responder por ambas infracciones, sin que ello produzca el doble juzgamiento por un mismo hecho, porque, repítase, la conducta global que se juzga, no queda comprendida por ninguna de las disposiciones vulneradas individualmente consideradas, siendo preciso, por tanto, aplicar las dos para que el juzgamiento sea completo.

En un primer momento, la apropiación de la sustancia, tipificó la figura de peculado prevista en el artículo 133 del Código Penal, ya que esos insumos, a partir de la diligencia de 14 de mayo, entraron a la esfera de custodia y salvaguardada del entonces juez, quien, para ese momento, tenía a su disposición (no podría apropiarse de lo que no tuviera a su disposición) ese bien de modo legal, en razón de sus funciones.

La ilegalidad comienza cuando el funcionario sabiendo la relación que tenía con respecto a los insumos, materializa la intención de apropiarse de los mismos, trasladándolos finalmente a las afueras de la población de El Tigre, para que allí pudieran ser tomados por otras personas.

Ahí consumó el acusado el mencionado delito contra la administración pública; y ahí también consumó el atentado contra otro bien jurídico: contra la seguridad pública, específicamente el tipificado en el artículo 43 de la Ley 30 de 1986, que prevé el tráfico de sustancias aptas para el procesamiento de narcóticos.

El concurso ("formal" o "ideal", como acostumbra denominarlo la doctrina) surge así de esa manera nítida: con una misma acción (en esto se está de acuerdo con la delegada) infringió esas dos disposiciones, que es uno de los supuestos así textualmente consagrado en el artículo 26 del Código Penal: en forma alguna puede conducir a idéntica tipicidad que el objeto de apropiación sea de "libre" tenencia y/o tráfico a que aquél se encuentre en ese sentido "prohibido", como lo hace aquí la citada Ley 30 en lo que atañe a esas sustancias precursoras. En estos casos la acción única se desdobra, jurídicamente hablando, al poner efectivamente en peligro o afectar más de un bien jurídico protegido. Entonces -para replicar a la delegada-, así se esté en presencia de una "identidad de acto", no se vulnera el principio del non bis in ídem. Muchos ejemplos son los que, con los mismos efectos concursales aquí deducidos, pueden traerse".(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 6 de noviembre de 1.992. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz.)

N.V.A. Arts. 382, 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA IX. PECULADO. Penas privativas de otros derechos. Aplicación.

La pena de interdicción de derechos y funciones públicas respecto de delitos contra la administración pública, debe aplicarse con la severidad que las circunstancias actuales reclaman para que sus funciones retributiva, preventiva y protectora tengan cabal cumplimiento". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrados ponentes: Drs. Gustavo Gómez Velásquez y Dídimo Páez Velandia, Acta No. 140, 26-11-92, Gaceta Judicial No. 2460, t. CCXXI, p. 428, con salvamento de voto de los doctores Jorge Carreño Luengas y Gustavo Gómez Velásquez).

N.V.A. Arts. 43, 97 y ss. C.P.

COMENTARIOS

TEMA X. PECULADO. Recaudo y manejo de impuestos. Sujeto activo.

En la sentencia de 18 de abril de 1990, que viene de ser citada la Sala hizo las siguientes precisiones en relación con la situación en estudio:

“desde la concepción de administración como actividad compleja, en los términos expuestos por la Corte en sentencia de casación de 6 de diciembre de 1982, con ponencia del Magistrado Aldana Rozo, debe admitirse que la gestión de recaudo y manejo de impuestos, dado el mecanismo de controles a que está sometida, corre a cargo de un número plural de personas, todas las cuales poseen una genérica función de administración dentro de los límites de sus atribuciones, sobre los dineros que por tal concepto pagan los contribuyentes. De esta suerte, como allí mismo se expone, además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma órbita funcional cumplen la tarea de administrar, señalándose como ejemplos de los de ordenador, pagador, revisor, auditor, etc., si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera, hubieran escapado a su acción. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 3-11-98, Magistrado ponente doctor Fernando E. Arboleda Ripoll)

N.V.A. Arts. 397, 398, 399, 400 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XI. PECULADO. Reducción de pena por reintegro.

A propósito de la naturaleza de la figura prevista en el artículo 139 del Código Penal la Sala estima que acá se está frente a una disposición que antes que consagrar una circunstancia atenuante del hecho punible constituye un fenómeno de reducción de la cantidad de pena puramente dosimétrico. Es decir, la hipótesis allí prevista afecta la medida o cantidad punitiva sin incidir para nada en la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, o en los grados o las formas de participación.

Se trata pues, como lo precisó la Corte con ocasión del análisis que sobre el mismo aspecto hizo frente al artículo 374 del Código Penal en noviembre 23/98 (M.P. Dr. Fernando Arboleda R.) de una actitud posdelictual que no varía el grado de responsabilidad y que repercute en la pena una vez individualizada: sin capacidad para afectar los mínimos ni los máximos punitivos previstos por el legislador, de carácter judicial, diferida por tanto al juzgador. No altera, por tanto. los términos de prescripción de la acción, no es potestativa, es de configuración objetiva, y en los casos de concurso efectivo de tipos su operancia se revela únicamente en el momento de fijación de la punibilidad del respectivo punible, que no respecto de la pena totalizada. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado

Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR, Sentencia de Casación 03/03/00, Acta N° 22, Expediente N° 12.225)

N.V.A. Arts. 269, 397, 398, 399, 400 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XII. PECULADO. Servidores públicos.

También es preciso aclarar que el trabajador oficial, al igual que el empleado estatal, es una especie de la categoría de servidores públicos, acorde con el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, que bien puede ser sujeto activo del delito de peculado, si se establece que los bienes distraídos se le habían confiado para su administración, tendencia o custodia los manejaba con ocasión de sus funciones. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 2-12-98, Magistrado ponente doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego)

N.V.A. Arts. 20, 397, 398, 399, 400 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XIII. PECULADO. Sujeto activo. Capacidad funcional y recepción funcional.

En este sentido es pertinente recordar que en sentencia de julio 15 de 1982 esta sala reiteró (M.P. Dr. Luis Enrique Romero Soto) que no sólo las personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado, puede cometer peculado, sino “las que lo reciben en consideración a sus funciones” y “dispongan de él de modo que implique ejercicio, en alguna forma, de ellas.”, y , que la disposición del bien no le hubiera sido a la persona si ésta no desarrolla, así fuere de manera temporal, esas funciones.”

“Posteriormente en sentencia de 6 de diciembre del mismo año (M.P. Dr., Luis Enrique Aldana Rozo), refrendó la Corte esa postura, precisando que las referidas funciones del empleado oficial puedan provenir también “ de un reglamento, de una resolución, de una orden o de cualquier regulación proferida por poder vinculante por la competente autoridad”.

“Esos criterios fueron ratificados en sentencia de abril 17 de 1995 (M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda), cuando, para sostener el delito de

peculado, dijo que “...no resulta posible pretender que esa tenencia, por breve que ella fuese, se daba en este caso de manera accidental, sino dentro de un desempeño funcional mediante el cual se ejercitaba de modo compartido ese deber legal-se insiste-de custodia”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, Sentencia de Casación,09-04-97 , Expediente N° 9297)

N.V.A. Arts. 397, 398, 399, 400 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XIV. PECULADO. Sujeto activo. Servidores del Banco de la República. No cabe duda de que los procesados eran empleados oficiales (hoy “servidores públicos”) y, por tanto, susceptibles de cometer delitos contra la Administración Pública: tanto con la inicial redacción del artículo 63 del Código Penal, como con la reforma que a éste hizo la ley 190 de 1.995, contratados como lo fueron por el Banco de la República en la modalidad laboral característica de esta institución bancaria, pues como acertadamente lo recuerda el Procurador en su juicioso y detallado estudio en términos que la Corte comparte y hace suyos:

“ Y para la época de los hechos la naturaleza jurídica de dicho banco dentro del campo de las entidades nacionales como máxima autoridad monetaria, se encontraba definida tanto en la resolución No 105 de 1.982 expedida por el Presidente de la República en la cual se aprobaron los estatutos contenidos en el Acta No 3695 del mismo año emanada de la Junta Directiva (Capítulo 1) y en el artículo 1° el decreto 386 de 1.982, en los que se definió al Banco de la República como una “entidad de derecho público y económico y de naturaleza única, estableciendo además que las relaciones laborales del Banco con sus empleados “continuarán” siendo contractuales y rigiéndose por el C. S. del T. por los estatutos del Banco, su régimen interno, la convenciones colectivas y las decisiones que en esa materia tome la junta Directiva”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, Sentencia de Casación, 09-04-97 , Expediente N° 9297)

N.V.C. Art. 371 C.N.

N.V.A. Arts. 397, 398, 399, 400 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XV. PECULADO POR APROPIACIÓN. Agentes retenedores de impuestos. Estructuración.

La circunstancia de que existan procedimientos administrativos (como el de liquidación de una sociedad intervenida por la Superintendencia Bancaria) o coactivos a nivel tributario para que el fisco obtenga los impuestos retenidos en la fuente, en forma alguna disuelve el perjuicio que inmediatamente se le causa al Estado cuando el agente retenedor dispone de esos recursos en su beneficio o en el de un tercero. Si no fuera así sería prácticamente imposible de estructuración el delito de peculado por apropiación, pues en la totalidad de los casos de apoderamiento de bienes del Estado por parte del servidor público, está siempre la alternativa de recuperar el bien o su valor a través de uno de los procedimientos señalados o de un juicio de naturaleza fiscal. En consecuencia, la pretendida ausencia de perjuicio alegada en la demanda está fuera de lugar. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 07-04-99, Magistrado ponente doctor Carlos E. Mejía Escobar)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XVI. PECULADO POR APROPIACIÓN. Agentes retenedores de impuestos. Objeto material.

El error atribuido al Tribunal consiste en haber concluido que ww, y sus directivos eran retenedores de un impuesto de la Beneficencia y no simples sujetos pasivos de una obligación tributaria con el Estado. También estima errónea la apreciación de que el recaudo se produce en el momento de realizar cada una de las operaciones, esto es, al vender los formularios, al sellarlos, y al pagar los premios, puesto que este realmente se realiza, cuando con la intervención de un auditor especial de la Contraloría General de la República y dentro de un plazo máximo de treinta días después de realizado el concurso, ingresa el impuesto a las arcas estatales.

"Para responder a las aseveraciones del censor, la Sala estima indicado lo siguiente: al tenor del artículo 1° de la ley 78 de 1966, el sellado de formularios para opuestas, los recaudos brutos realizados con ocasión de cada concurso por concepto de apuestas y ventas de formularios en blanco, y los premios pagados, están gravados con impuestos en el monto señalado por la misma disposición.

"El artículo 2° del Decreto reglamentario No. 70 de 1967, establece que dichos impuestos "serán recaudados en forma directa por las personas naturales o jurídicas que emitan formularios, al sellar cada uno de estos, al

pagar los premios o al vender los formularios al público según el impuesto que se trate...". Esta labor la realizó la empresa ww, en los diez sorteos efectuados, y no hay ninguna duda de que el impuesto se causa en el momento de hacer cada operación, tal como lo señala con absoluta claridad la ley. La ulterior intervención fiscalizadora del Auditor de la Contraloría, para efectos de constatar la entrega y distribución de esos dineros recibidos por la empresa como agente del Estado, no cambió el momento de la causación del impuesto, ni la naturaleza de la relación existe entre los dos, ni la condición de ajeno de lo recaudado.

"El defensor crea un verdadero sofisma al asegurar que sólo a partir de la intervención del Auditor Especial se produce el ingreso de los dineros a las arcas del Estado "y únicamente a partir de ese instante puede decirse que los impuestos pertenecen a las beneficencias", pues una cosa es que el tributo lo reciba un agente del Estado, momento desde el cual le pertenece y otra, que dicho agente disponga de un término y un trámite para hacerlo llegar a sus arcas, sin que por eso el dinero que custodia deje de ser del Estado, destinado en este caso a las Beneficencias. Admitir el extraño planteamiento del impugnante implicaría desnaturalizar el concepto por el cual el apostador hace el pago, la atribución otorgada por la ley al que recibe el impuesto, y la obligación de entregar esos dineros dentro del término y con las formalidades establecidas en la misma ley.

"Si el dinero sólo le pertenece al Estado a partir del momento que lo recibe de su agente retenedor, tendríamos que admitir en sana lógica, que el mencionado retenedor no hace una simple entrega de los fondos propios del Estado, sino una donación, porque antes de entregarlos eran suyos. Los impuestos que pagan los apostadores son del Estado, así sean recibidos por un particular, que para el caso actúa como representante suyo por disposición de la ley.

"Según el Artículo 4° de la ley 52 de 1977, "son agentes de retención o de percepción, las personas naturales o jurídicas o las entidades de derecho público que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente". De manera que la conclusión del Tribunal Superior es correcta en cuanto a que "la empresa de autos, tenían la calidad jurídica de retenedora, como persona jurídica encargada, por virtualidad legal, de efectuar la retención del aludido impuesto. De donde se infiere que los conceptos de Agentes Retenedores y de Recaudadores de impuestos se hallan íntimamente ligados. No se puede casi diferenciar cuando la función cumplida es la de percibir el Tributo".

"La especulación del casacionista sobre la equivocada interpretación del artículo 10 de la ley 38 de 1969, por referirse ella únicamente a retenedores de impuestos por salarios o dividendos, no tiene la trascendencia que le atribuye, porque es la ley 78 de 1966 y su decreto reglamentario, como puede verse desde el pliego de cargos, los que hacen posible la adecuación de la conducta a los artículos 133 y 138 numeral 2 del Código Penal, de modo que no es cierto que el comportamiento del procesado no esté penalizado por la ley.

"Apartándose del criterio del defensor de acriminado, esta colegiatura estima que con razón el sentenciador concluyó que la sociedad "ww" obró como retenedora de impuesto reglamentado, causando en cada una de las operaciones efectuadas y cuya disposición indebida de esos dineros constituyó el delito por el cual se llamó a juicio y se impuso la condena, por lo tanto el cargo formulado debe desecharse. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 6 de junio de 1991. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XVII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Antijuridicidad. Culpabilidad.

Con el delito de peculado se resguarda y protege -en el sentido más amplio de la expresión- los intereses relativos a la Administración Pública que se ven menoscabados cuando el sujeto agente se apropia abusivamente de bienes pertenecientes al Estado cuya administración o custodia se le ha confiado por razón de su oficio o servicio. La comisión de este delito se atribuye a título de dolo como forma exclusiva del tipo subjetivo del injusto. La antijuridicidad toma parte y se particulariza en el desvalor del acto o por mejor decir, en la afectación real o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado. Importa, pues., en esta concepción, la efectiva verificación de un daño o peligro a los intereses vitales de la colectividad o del individuo protegidos por las normas jurídicas. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia M., Acta No. 85, 04-10-93, Gaceta Judicial No. 2466, t. CCXXVII, p. 8. Con salvamento de voto).

N.V.A. Arts. 11, 12, 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XVIII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Antijuridicidad. Disponibilidad jurídica y relación funcional del agente.

De tal forma que, para poder hablar del delito de peculado, se necesita establecer que el objeto material sobre el cual recae el comportamiento delictivo se encuentra vinculado con el agente mediante una relación de dependencia funcional, en la medida en que éste tiene sobre él la misión de recaudarlo, o administrarlo, o guardarlo, o realizar un pago, o en términos generales atribución de administrar o custodiar.

"Sólo así puede hablarse de la violación del deber funcional y del conculcamiento del compromiso de fidelidad que liga al agente con la entidad a la que presta sus servicios y con los dineros que constituyen patrimonio suyo, todo con desmedro del normal funcionamiento de la administración pública, entendida en todos sus estamentos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 24 de junio de 1982. Magistrado Ponente: Doctor Darío Velásquez Gaviria.)

N.V.A. Arts. 11, 397 C.P.

TEMA XIX. PECULADO POR APROPIACIÓN. Bien jurídico.

Al respecto la sala precisa, compartiendo el criterio del procurador delegado, que el bien jurídico objeto de la tutela penal no sólo comprende los deberes de fidelidad, lealtad, probidad y diligencia en la custodia y administración de sus funciones, sino también los intereses de carácter patrimonial que incumben al Estado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 29-07-98. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda).

N.V.A. Art. 397 C.P.
COMENTARIOS

TEMA XX. PECULADO POR APROPIACIÓN. Código Penal Militar. Código Penal Ordinario.

Siguiendo en este punto su jurisprudencia, la Corte destaca la identidad del bien jurídico protegido y de la descripción de la conducta típica, aspectos estos que no sufren alteración por la circunstancia de que el agente sea un civil o un miembro de la fuerza pública, en cuyo caso la relación directa de su actuar con el servicio militar o policial "sólo será relevante para determinar la jurisdicción aplicable, que es un posterius..." (Ibídem).(Corte

Constitucional, Sentencia C-445 26-08-98, Magistrado Ponente: doctor Fabio Morón Díaz).

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXI. PECULADO POR APROPIACIÓN. Conducta. Concepto de disponibilidad jurídica.

Se tipifica cuando el empleado oficial por virtud de la "disponibilidad jurídica", logra que los bienes pasen a su patrimonio o al de un tercero.

"Además de las obvias modalidades de apropiación de bienes que presta el delito de peculado, cuales son las referentes a quienes tienen sobre los mismos las atribuciones de su directa administración o custodia, está también la de aquellos que detentan sobre éstos la capacidad legal de expresar una voluntad de inversión o de gastos de ellos, aunque no se encuentren en forma inmediata bajo su control. Es lo que se ha llamado la "disponibilidad jurídica", en virtud de la cual también puede el empleado oficial hacer que pasen del patrimonio en que se encuentran al suyo propio o al de un tercero dichos bienes." (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 2 de octubre de 1985. Magistrado Ponente: doctor Darío Velásquez Gaviria.).

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Conducta. Funciones de administración.

En la configuración del delito de peculado por apropiación, la circunstancia modal que con el vocablo "administración" describe el vínculo entre el sujeto agente y el objeto material del hecho punible, no circunscribe el proceder delictual a la emisión de un acto administrativo" con validez jurídica ni a la participación exclusiva y excluyente de una sola persona, pues la expresión tiene un amplio sentido gramatical, como que involucra a todos aquellos que intervienen y participan permitiendo la ejecución compleja de la función pública.

Bajo una óptica general, la ejecución dentro de la organización estatal se cumple por todos los servidores públicos, así le corresponda a cada uno un

grado de participación diverso, relacionado con su función específica asignada, pues lo que cabe reconocer es la imposibilidad de que un solo funcionario pueda realizar íntegramente una gestión determinada. Por lo tanto, como esa administración se debe cumplir en los términos y condiciones impuestas para ejercer las obligaciones propias del respectivo cargo, su desvío en materia de patrimonio estatal, bien puede conducir a la comisión por una pluralidad de personas, de un delito de peculado. Entonces, no se trata de un delito de exclusiva comisión de aquellos funcionarios a quienes la ley en sus diferentes manifestaciones ha asignado la específica función de suscribir los “actos administrativos”, sino que en él pueden incurrir otros servidores públicos que interviniesen en la compleja y amplia actividad de la administración pública (preparando, revisando, conceptuando, liquidando, ordenando, ejecutando, etc.), siempre que actúe por razón de sus funciones, y ellas guarden una relación determinante sobre el resultado relevante. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 02-10-97, Magistrado ponente: doctor Juan Manuel Torres Fresneda).

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXIII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Conducta. Objeto material. Hipótesis.

“ Estos medios de prueba, muestran de manera objetiva la particular concepción que de las funciones oficiales el doctor..., pues a pesar de esta enterado de los precisos términos de la misión que debía cumplir en el extranjero en representación de la Corporación Legislativa de la cual hacía parte, y para cuyo cometido le fueron facilitados oportunamente todos los medios necesarios atendida su alta investidura, como pasaje en clase ejecutiva, viáticos por el tiempo que su presencia en el exterior era requerida, itinerario de viaje, señalamiento preciso de los días de comisión, y lugar donde debía hacerse presente, no encontró obstáculo para contrariar la voluntad de la autoridad administrativa que le encomendó la misión oficial, dándole un alcance unilateral al acto administrativo mediante el cual esa voluntad fue exteriorizada, para no desplazarse en fecha prefijada, modificar el itinerario de viaje, la categoría del pasaje y utilizar los recursos que le fueron entregados a cargo del erario ejerciendo actos de disposición para fines estrictamente personales como si fueran propios.”

...

“ Pero no solamente defraudó a la administración que confió en el cabal cumplimiento de sus deberes oficiales, transgredió las más elementales normas de cortesía internacional -al punto que ni siquiera intentó hacer presencia ante las autoridades españolas que invitaron al Congreso de Colombia a asistir a un evento considerado por ellas era de suma importancia, como tampoco tratar de justificar su ausencia-, sino que realizó el delito de peculado al incorporar a su patrimonio los bienes del tesoro público que le fueron entregados a fin de que pudiera cumplir la misión, para darles uso con propósitos estrictamente personales.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL., Sentencia de Casación, 12/06/00, Acta N°.097, Expediente N° 9976)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXIV. PECULADO POR APROPIACIÓN. Conducta. Hipótesis.

Ese bien jurídico de vulnerado cuando el procesado se apropió indebidamente de parte de un anticipo que pertenecía a la entidad pública contratante y, para saldar sobregiros y cancelar embargos de cuentas personales y cuando se apoderó de los rendimientos producidos por el C.D.T., como lo afirmó el Ministerio Público: "de consiguiente, es claro que el sentenciado vulneró el bien jurídico tutelado: faltó a los deberes de probidad, diligencia y de fidelidad en la administración del anticipo, apropiándose en detrimento patrimonial de la entidad, de esas sumas de dinero, independiente de si se presenta o no el riesgo financiero, o la vulneración de los intereses de la comunidad con la ejecución de la obra". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 29-07-98. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda).

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXV. PECULADO POR APROPIACIÓN. Conducta y objeto material. Instrumentos de pago.

Lo que afirma el defensor es que la simple sustracción de los instrumentos de pago no estructura el delito de peculado por apropiación, sino que es

necesario para ello que los mismos se hayan hecho efectivos y que dentro del proceso no obra prueba de que esto haya ocurrido.

“Si en realidad el Tribunal hubiera considerado que la sola sustracción de los cheques era suficiente para la consumación del peculado por apropiación, el debate en casación sobre el particular habría tenido que intentarse en el marco de una propuesta de violación directa de la ley sustancial, naturalmente sin vincular en la misma ninguna discusión sobre los hechos que se declararon probados en la sentencia ni sobre la apreciación probatoria realizada. Pero esto no sucedió y tampoco es cierto que el Tribunal haya considerado simplemente la sustracción de los títulos valores de la caja fuerte como fundamento de la imputación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR, Sentencia de Casación, 03-10-01, Acta N°.150, Expediente N° 11736)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXVI. PECULADO POR APROPIACIÓN. Custodia y administración de bienes del Estado. Hipótesis.

“Ahora bien, el punto que podría originar duda sobre la tipificación del atentado por ilícita apropiación de los valores representados en los billetes destinados a su destrucción consiste en la razón por la cual los diversos procesados accedieron al dinero del cual se apropiaron ilícitamente y la función que ellos cumplan respecto de él.”

“La información suministrada por el Banco de la República enseña que todos los procesados tenían como función específica en el ejercicio de sus cargos, operar o auxiliar la operación del equipo DLRS-3530, es decir, de la máquina destinada al conteo, clasificación y destrucción de los billetes considerados desechables por distintas razones, recibidos por Banco de la República a través de los bancos comerciales, o bien, supervisar la operación de destrucción.”

“ De la indagatoria del supervisor se sabe que la función específica de todos los procesados en el referido equipo, comenzaba a partir de la suya propia, que describe así: elaborar planillas, entregarles dinero de la bóveda de movimiento mediante vales que se hacían al cajero principal... luego paqueteaba todo el dinero...de ahí las introducía en una malla para llevar a transportarlas al recinto de las máquinas”. (Corte Suprema de Justicia, Sala

de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, Sentencia de Casación,09-04-97 , Expediente N° 9297)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXVII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Determinación de la cuantía.

Aquí resulta oportuno aclarar que para efectos de cuantificar el monto de lo apropiado a partir del patrón correspondiente al valor del salario mínimo legal mensual establecido por el legislador, se debe tener en cuenta el vigente para la época de los hechos, y no aquel que se encuentra en vigor para la fecha en que se toma la decisión, pues ello haría que la entidad económica cuantitativa del delito se trasmutara con el simple devenir del tiempo, variando también las consecuencias punitivas.

“Lo afirmado resulta de la observación del inciso 2do. del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, que para efectos de la competencia establece que “...la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho”. Si bien la norma apunta a aquello que corresponde a los jueces penales municipales, por referencia es aplicable al asunto que nos ocupa. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, Sentencia de Casación, 18/10/00, Acta N°.172, Expediente N°)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXVIII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Disposición que implique ánimo apropiativo. Hipótesis.

Es claro entonces que la tenencia de dinero por parte de los procesados fue calificada solo por razón de su función. cumpliéndose así el presupuesto de la conducta constitutiva de la apropiación de que habla el peculado, pues el dinero se les confió con el específico fin de destruirlo, para lo cual debían verificar la exactitud de lo que se les entregaba, que esa y no otra era su función; y mientras esta destrucción no se llevara a cabo, su obligación era restituirlo a su legal poseedor-el Banco-en las mismas condiciones en que lo habían recibido, porque seguía conservando el valor monetario

correspondiente; vale decir, lo recibieron en custodia, tal como lo prevé la ley penal en su artículo 133 al describir esa figura delictiva. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, Sentencia de Casación,09-04-97 , Expediente N° 9297)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXIX. PECULADO POR APROPIACIÓN. Entrega de bienes.

“... el defensor argumenta que en el caso del Dr., los bienes que le fueron entregados para facilitarle el cumplimiento de la comisión otorgada, no fueron recibidos por él en administración o custodia, sino en propiedad condicionada, y que en tal medida, no se satisfacen los ingredientes normativos del tipo que regula la conducta imputada.

Para responder su inquietud, basta solamente con recordar lo dicho por la Corte en la providencia calificatoria, en donde se dejó en claro que precisamente la entrega de los bienes, es una de las maneras de entrar el servido en relación funcional con ellos, y corresponde al moderno concepto de administración:

“ Precisa la Sala que el moderno concepto de administración pública lleva implícito el ejercicio de aquéllas actividades necesarias para el cumplimiento de los objetivos estatales trazados en las políticas, planes, programas y tareas a desarrollar, para cuya realización requiere de la utilización de recursos físicos, técnicos, financieros y humanos sobre la base de un soporte normativo que la regule y oriente; por ello se considera que “ administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc., es decir, todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio, que es como el legislador lo quiso emplear “(auto. Junio 14 de 1996. M.P. Dr. Calvete Rangel).En esa medida, los bienes entregados por la administración a sus servidores para el cumplimiento de los fines oficiales, son de aquélla y no pueden ser objeto de apropiación, utilización indebida o aplicación oficial diversa a la que están destinados, de ahí que tales conductas sean penalmente sancionables. Tal sucede con los elementos de consumo como los útiles de escritorio, la papelería, la gasolina para los vehículos oficiales, los alimentos y vestuario suministrados para el desempeño de la labor oficial, bienes que deben ser administrados para ser gastados exclusivamente en el ejercicio del cometido oficial. Cuando la administración precise

impartir comisión para el desplazamiento del servidor público por territorio nacional o extranjero para que temporalmente ejerza funciones propias de su cargo en lugar diferente a la sede habitual de su trabajo, cumplir misiones especiales o para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas, siendo el servidor un instrumento personal para el logro de las finalidades oficiales perseguidas, la administración debe proveerle los medios para el cumplimiento de la función legalmente asignada, entre las cuales hallan los viáticos y los pasajes de traslado.

Por ello se afirma que tales recursos, antes que ser transferidos incondicionalmente en su propiedad, son entregados a los agentes estatales para que éstos los administren, desde el punto de vista amplio que se deja expuesto, esto es, para sufragar los gastos que la misión oficial demanda.

En este sentido ha de entenderse que los emolumentos y demás bienes entregados al funcionario por concepto de comisión, no son -ipso jure. bienes de propiedad del comisionado por el cumplimiento de la condición que originó su entrega, esto es la comisión oficial impartida. Por ello su legalización no deriva de la demostración de haber sido entregados al funcionario, sino de la posterior justificación que de su utilización haga, por haber cumplido la misión encomendada. De no cumplirse la gestión o no satisfacerse los requisitos que justificaron el gasto, se impone su devolución, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal ". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL., Sentencia de Casación, 12/06/00, Acta N°.097, Expediente N° 9976)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXX. PECULADO POR APROPIACIÓN. Estructura. Evolución normativa.

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

actualmente en vigencia que reclama que la conducta sea realizada por "empleado oficial", expresión ésta cuya connotación aparece definida, para los efectos penales, en el artículo 63 del Decreto 100 de 1980.

"Para la tipificación de este atentado contra la administración pública no es suficiente la calidad funcional del sujeto, sino que además es indispensable que la conducta se realice por el servidor público a quien se le haya encomendado la administración o custodia de los bienes, por razón de sus funciones, exigencia consagrada en igual forma en las dos legislaciones.

"De otra parte hay identidad de verbo rector y la descripción de la conducta no sufrió sustanciales modificaciones, pues las expresiones recaudar, pagar, administrar o guardar que utilizaba la disposición recientemente derogada, equivalen a las de administración y custodia que utiliza la codificación vigente. El vocablo administración comprende las acciones de recaudar y pagar, pues tal como lo señala el Diccionario de la Real Academia, dentro de las distintas acepciones de administración está la actividad de quien "... tiene a su cargo la recaudación de las rentas y el pago de obligaciones...". A su vez son equivalentes las acciones de guarda y de custodia empleadas por las dos disposiciones que se comentan.

"Tampoco existe diferencia alguna en relación con el objeto material de la conducta, pues en las dos codificaciones se alude a la apropiación de bienes del Estado, o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, pues aun cuando el Decreto 1358 de 1951 no hacía referencia en forma expresa al Estado tal expresión estaba sobreentendida habida consideración de que sí constituía delito la apropiación de los bienes de empresas o instituciones en que el Estado tuviera parte, con mayor razón era ilícita la conducta de quien se apropiaba de los bienes del Estado. Es evidente, de otra parte, que tanto en la legislación derogada como en la vigente los bienes de los particulares que administra o custodia el servidor público pueden ser objeto de un atentado contra la administración pública y, finalmente, que las expresiones caudales y bienes utilizadas en el Decreto 1358 de 1951, quedan recogidas en la más amplia y genérica que emplea la nueva regulación normativa. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 6 de diciembre de 1.982, Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Aldana Rozo.)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXXII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Funciones de administración. Recaudo y manejo de impuestos.

Desde una concepción de administración como actividad compleja, en los términos expuestos por la Corte en sentencia de casación de 6 de diciembre de 1982 (Gaceta Judicial CLXX - número 2408, Pág. 711), con ponencia del Magistrado Aldana Rozo, debe admitirse que la gestión de recaudo y manejo de impuestos, dado el mecanismo de controles a que está sometida, corre a cargo de un número plural de personas, todas las cuales poseen una genérica función de administración, dentro de los límites de sus atribuciones, sobre los dineros que por tal concepto pagan los contribuyentes. De esta suerte, como allí mismo se expone, además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma órbita funcional cumplen la tarea de administrar, señalándose como ejemplos los de ordenador, pagador, revisor, auditor, etc., si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad de determinados bienes que, de otra manera, hubiera escapado a su acción.

"Lo anterior permite concluir que la función de la procesada al liquidar el impuesto, en el sentido de determinar el monto a pagar, y la de expedir el comprobante de ingreso por el pago, desde el alcance que al concepto de administración se ha dado, le permitían la disponibilidad del dinero apropiado dentro de su propia órbita funcional. Luego, si como lo dicen las personas que hicieron los pagos, ellos se cumplieron durante el proceso de liquidación y expedición del respectivo comprobante de ingreso, el hecho de su apropiación constituye peculado y no delito contra el patrimonio económico. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Abril 24 de 1990. Magistrado Ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia.)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXXIII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Hipótesis de perfeccionamiento.

“ Es evidente que el aforado ..., en acción paralela al ejercicio de las atribuciones congrasacionales de disposición de auxilios con cargo al presupuesto nacional, constituyó la “ Corporación Presente y Futuro de ...”, que utilizó para destinar, entre otros auxilios, \$65.452.000, incorporados al presupuesto de gastos de la Nación durante la vigencia fiscal de 1990 que contribuyó a cobrar en su condición de Presidente de la mencionada “ Corporación “. Es decir, actuó de manera simultánea como gestor,

colector y coadministrador de los dineros públicos, de parte de los cuales se apropió para su propio y personal provecho, en suma de \$36.000.000, que incorporó a su patrimonio personal e hizo suya, en ponderada sucesión de actos consumados el 26 de septiembre de 1990 y el 3 de enero de 1991, cuando constituyó los certificados de depósito a término por \$25.000.000 y \$11.000.000, convertido este último en otros depósitos a término propio o de la " Corporación Presente y Futuro de ...", o de fingidos nombres, finalmente consignados en su cuenta personal o la de su hermano ..., tras la conversión en cheques de gerencia de los caudales, sobre los cuales logró adquirir disponibilidad jurídica, el aforado ejecutó actos de señor y dueño, en desarrollo de un plan que incluía la gestión de las partidas, engendrando y señalando como beneficiario a su " Corporación Presente y Futuro de ...", y preordenando los pasos siguientes, que corrían a cargo de la administración de un ente del cual se hizo representante legal, como Presidente elegido el 15 de septiembre de 1989, cuando aún fungía en la condición de Representante a la Cámara. Los aportes públicos, una vez recibidos, fueron objeto de los movimientos concebidos desde antes, a través de los cuales se materializó la apropiación previamente ideada." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. NILSON E. PINILLA PINILLA, Sentencia de Casación, 19/05/00, Acta N°. 080, Expediente N° 8067)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXXIV. PECULADO POR APROPIACIÓN. Manifestación del fenómeno apropiativo.

Cuando la ley exige que las cauciones se presten ante las entidades crediticias correspondientes, implícitamente quiere que el funcionario judicial no las reciba y menos aún, que pueda tener la posibilidad de disposición.

(...)

"Recibir las cauciones directamente por el Juez que las impone es una práctica que no sólo desatiende el mandato legal que disponía hacerlas en el Banco Popular o en su defecto en las oficinas de la Caja de Crédito Agrario, sino que constituye alto riesgo para quien asume la custodia de esos dineros bien por acción de los amigos de lo ajeno, ora como seductora tentación para quien los guarda....."

"Ello entonces, es revelador de un claro propósito de usar indebidamente esos caudales que en forma innecesaria y contra norma expresa recibió, comportamiento que aun cuando recae sobre dinero, ciertamente tipifica un peculado por apropiación, como acertadamente lo destaca la Delegada y lo tiene determinado la jurisprudencia." (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 30 de Mayo de 1990. Magistrado Ponente: doctor Dídimo Páez Velandia.)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXXV. PECULADO POR APROPIACIÓN. Manifestaciones de fenómeno apropiativo.

Está dentro de la esfera del rudimentario conocimiento de todo juez, la apreciación básica de que los dineros recibidos por disposición de carácter oficial, no pueden ir a cuentas particulares, ni del juez, ni de nadie. Su consignación o entrega por ese mismo carácter, tampoco conforma los elementos propios y esenciales del contrato de depósito.

"Interesa, únicamente, observar el comportamiento de la juez acusada desde el momento en que recibió el dinero de manos de Isaza y empezó a llevarlo a poder de la NN.

"Por los resultados de la averiguación sumarial no es dable estimarlo como producto de la ignorancia, de la buena fe aunque equivocada ni tampoco de peculado por uso indebido. Está dentro de la esfera del rudimentario conocimiento de todo juez, la apreciación básica de que los dineros recibidos por disposición de carácter oficial, no pueden ir a cuentas particulares, ni del juez ni de nadie, y ni siquiera deben permanecer en el despacho, pues esto último si bien no genera de manera fatal una responsabilidad penal si suele suscitar mercedamente el juicio de reproche disciplinario. Son normas legales demasiado conocidas, de fácil entendimiento y demás expedita aplicación. El juez, cualquiera juez, sabe que los dineros no pueden ingresar sino a entidades expresamente indicadas por la Ley y que el esfuerzo por desconocer esta obligación, constantemente infructuoso, resulta todavía más impropio e inadmisibles cuando la pretensión busca conseguir una autorización del ordenamiento jurídico para disponer caprichosamente del dinero recibido a título de gestión oficial.

"Constituye enunciado evidente que exigencias monetarias sólo pueden hacerse cuando la ley lo manda, en la forma, cuantía y circunstancias que aquella indique; y, su movimiento, devolución o pérdida, también los condiciona el precepto legal.

"De donde cuando el juez resuelve desplazar a cuenta personal esos dineros sin que exista ni se insinúe medio eficaz para entender y asegurar qué parte le pertenece a él y cuál a la administración de justicia o a terceros que han obedecido una orden de ésta, no puede verse en esa conducta lo que es imposible de diferenciar o percibir. Ese dinero tiene que entenderse como propio y exclusivamente propio del cuenta-correntista que así figura en la entidad crediticia y correr las contingencias a que su titular pueda verse enfrentado, dándose su afectación por obra del mismo, sin límites de tiempo, cuantía o destino, o por la acción de terceros como respuesta a compromisos adquiridos. El señorío del mismo lo demuestra la forma como puede ejercer el amplio e integral atributo de ser y de tenérsele por dueño. (Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Enero 27 de 1.987. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez.)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXXVI. PECULADO POR APROPIACIÓN. Objeto material. Atipicidad.

Es atípica la conducta del funcionario judicial que aun dejando de asistir a su oficina, recibe su salario al final del período, porque en momento alguno despliega actos constitutivos de apropiación.

"El delito -como se ha dicho- es un hecho jurídico voluntario y una de sus formas de expresión es la conducta. En el tipo citado, supra, la acción constitutiva del injusto consiste en la apropiación de bienes del Estado lo que significa que el sujeto cualificado debe disponer indebidamente de esos valores -objeto material real en provecho personal o de un tercero, conducta que es menester agotar dentro de las actividades de su órbita funcional.

"En el supuesto examinado le resulta jurídicamente imposible a la Corte predicar con el sentido penal de la voz rectora que caracteriza la figura subexamen, que el sentenciado se apropió de dineros ajenos, esto es, que violando las funciones propias del cargo tomó para sí, con ánimo de señor

y dueño, los valores correspondientes a dos (2) días de salario que no trabajó.

"Al doctor nn le pagó la Administración una determinada suma de dinero correspondiente a un concreto tiempo de servicios, No se le entregó un mayor valor ni una suma que hubiera excedido el pago normal y corriente de sus emolumentos. En condiciones tales y aun dejando de asistir a su oficina judicial por tracto que se, conoce, no es de recibo afirmar que se apropió de ese dinero por hacer propios valores ajenos pues el importe pagado emanó de una relación objetiva, existente entre el cargo y el servicio del cual era titular. En el medio es usual que el empleado elabore o firme con días de anticipación un documento (nómina) donde consta a priori que aquél ha prestado sus servicios a la judicatura en el lapso allí indicado. No obstante acaece -y ordinariamente así suele suceder que por razones varias el sujeto no asiste al cumplimiento de sus deberes funcionarios parte del día o el día entero sin que por esto pueda predicarse que al recibir su salario al final del período incurra en conducta ilícita, pues, se reitera, en momento alguno despliega actos típicos constitutivos de apropiación. Si se dieran otros alcances al texto legal con base en presuntos criterios rigoristas, una tal interpretación conduciría a desatinos como éstos: la involucración del funcionario -en un proceso penal por peculado- que permanece en su casa estudiando las complejidades de un asunto y que, por requerir silencio, concentración, consulta inmediata de su biblioteca, etc., no asiste al lugar de trabajo por uno o dos días o, el del juez que debiendo cumplir compromisos personales deja de asistir unas cuantas horas a su despacho. En estos supuestos es evidente la ausencia física del empleado al lugar de trabajo y, sin embargo, nadie se atreverá a sostener que las acciones examinadas conducen a tipificar un delito de peculado por apropiación si el funcionario recibe su sueldo de manera integral. Solo un demente codificador penal erigiría en conducta prohibida acciones de este juez donde ni la conciencia ni la voluntad de quebrantar la ley están presentes. Y si la Corte con inaudito error prohijara tal punto de vista, inundaría a la justicia de denuncias y quejas sólo porque el juez no concurra a su oficina no ya por uno o dos días sino por algunas horas al lugar de su destino. Naturalmente que los abusos en esta materia encuentran adecuada respuesta en el ámbito del derecho disciplinario si es que la inasistencia al despacho resulta del todo injustificada. Nada más pero tampoco nada menos. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Julio 5 de 1989. Magistrado Ponente: doctor Jorge Enrique Valencia M.)

N.V.A. Arts. 10, 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXXVII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Objeto material. Concepto de administración

Ocurre, sin embargo, que la administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona, pero que en ocasiones requiere la participación de varias. La actividad estatal con su necesario mecanismo de controles lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. Por este motivo además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material, pueden cometer el delito de peculado todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto por cuanto éste tiene respecto de aquellos la llamada disponibilidad jurídica.

"Un concepto amplio de administración supone, pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos compete, dentro de los límites propios de sus atribuciones, la genérica función de administrar.

"En estos casos la vinculación previa del individuo a la administración pública, asume una señalada importancia en cuanto, si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera, hubieran escapado a su acción, esa relación lo hace responsable, a título oficial, por la suerte de los mismos y si se los apropia, los usa indebidamente, o les de aplicación oficial diferente de la que les corresponde, incurre en peculado como si la ley los hubiera puesto expresamente a su cargo y lo hiciera, en forma explícita, responsable de su suerte." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 6 de diciembre de 1.982, Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Aldana Rozo.)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXXVIII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Objeto material. Determinación.

"...en los delitos en los que la conducta punible es la apropiación de dinero, en el pliego de cargos se debe precisar su monto, pues al no hacerlo se deja

sin concretar el objeto material, que como se sabe es elemento del tipo y pieza fundamental de la imputación, cuya individualización no puede dejarse para la etapa del juicio,..."

(...)

"...si lo apropiado es una cosa mueble distinta al dinero, lo importante es que en la acusación se individualice y se le aprecie económicamente para efectos de deducir las circunstancias agravantes que con base en ese factor se imputan, de suerte que no haya ninguna duda sobre lo que constituye el objeto material del ilícito, pero su valor definitivo puede ser debatido durante el juicio, y será el juez quien finalmente diga a cuánto asciende. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Calvete Rangel, Sentencia de Casación 27-05-1999, Acta N° 77, Expediente N° 11162)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XXXIX. PECULADO POR APROPIACIÓN. Objeto material. Relación funcional y disponibilidad. Hipótesis.

Del análisis de las actividades que cumplió ZZ como cajero principal del Banco Central Hipotecario, Sucursal Bogotá, se desprende con claridad que su relación con los dineros a su cuidado no era meramente física o material, sino funcional, en cuanto que los recibía de los demás cajeros a quienes, por función les verificaba la correspondiente confrontación al final de cada jornada, luego quedaban bajo su custodia y responsabilidad en cajas de seguridad cuyas claves manejaba él y a las que obviamente tenía acceso por razón de su cargo, de esos mismos dineros proveía diariamente a los otros cajeros de las "bases" con las cuales trabajaban para efectos de devoluciones y cambios; y de esos mismos dineros y de los demás que le fueren suministrados por la entidad, hacía el pago de la nómina de los empleados del banco.

"Tenía, por tanto, sobre ellos una disponibilidad jurídica orientada al cumplimiento de unas funciones que le eran propias, disponibilidad que el trocó en ilegal al apropiarse de ellos en provecho personal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 24 de junio de 1982. Magistrado Ponente: Doctor Darío Velásquez Gaviria.)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XL. PECULADO POR APROPIACIÓN. Prescripción de la acción penal.

”Consagra el artículo 83 de la actual codificación penal, al regular lo pertinente al término prescriptivo de la acción penal, que: “La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20).

(...) Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.”

Y, sobre la interrupción de dicho término de prescripción de la acción penal, el artículo 86, prevé que éste: “se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)”

En efecto, como acertadamente lo expuso el señor Procurador Delegado, el artículo 133 del Código Penal derogado, modificado por el artículo 19 de la ley 190 de 1.995, y aplicable para el caso en estudio dada la fecha en que ocurrieron los hechos, consagraba para el delito de peculado por apropiación como pena privativa de la libertad la de seis (6) a quince (15) años de prisión, además de disponer en su inciso 2º que si lo apropiado no superaba un valor de 50 salarios mínimos mensuales vigentes, dicha pena se disminuiría de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

Verificando la asignación salarial mínima vigente para la época en que sucedieron los hechos, encontramos que éste era de \$118.933.50, lo cual nos permite deducir que el valor de lo apropiado (\$3´052.000.00) no superaba los cincuenta salarios mínimos mensuales vigentes de que trata la norma precitada, razón por la cual deviene en procedente la aplicabilidad de la diminuyente punitiva allí descrita, por lo que los límites para la sanción privativa de la libertad oscilarían entre dieciocho (18) y noventa (90) meses, lapso que al aplicarle el incremento de que trata el artículo 83 del

C.P.P, arrojaría como resultado una pena máxima de privación de la libertad de diez (10) años de prisión.

Ahora bien, teniendo en cuenta, como ya se anotó, que a voces del artículo 86 ibídem, el término prescriptivo se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada, la cual para la caso que ocupa la atención de la Sala habría quedado en firme el día el día 25 de junio de 1.996 – fecha de la providencia que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la acusación - y considerando que a partir de ese momento procesal se reanuda el lapso de prescripción el cual tendrá una duración equivalente a la mitad del señalado en el precitado artículo 83, es claro que resulta plausible la solicitud del Procurador Delegado, pues, atendiendo que el nuevo término prescriptivo sería de cinco (5) años, la acción penal habría prescrito el 25 de junio del año pasado, por lo que en consecuencia no queda otra alternativa más que la de cesar todo procedimiento a favor de A.A. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 11-03-02, Magistrado ponente: Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE)

N.V.A. Arts. 83, 86, 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XLI. PECULADO POR APROPIACIÓN. Presupuestos de estructuración. Objeto material.

Si el delito de peculado por apropiación precisa como condición de punibilidad que los bienes cuya administración o custodia se hayan confiado a empleado oficial por razón de sus funciones sean aprovechados por él o por un tercero, síguese que esta ilicitud no se configura cuando tales bienes han sido objeto de extravío o sustracción sin el concurso del empleado, porque en tales condiciones no habrían mediado entonces actos de improbidad o de infidelidad a la confianza que el Estado le ha dispensado en el manejo de bienes de carácter oficial o particular, sino circunstancias ajenas a su voluntad”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 67, 17-05-95, Gaceta Judicial No. 2475, t. CCXXXVI, p. 885, con salvamento parcial de voto de los magistrados Guillermo Duque Ruiz y Jorge Enrique Valencia M.).

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XLII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Sujeto activo. Agente retenedor.

Debe precisar la Sala, en primer lugar, que encontrándose vigente el artículo 10° de la Ley 38 de 1969 la apropiación de las sumas retenidas en la fuente por parte de los retenedores era constitutiva del delito de peculado por apropiación. Y es lo que continúa ocurriendo a partir de la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma, codificada en el Estatuto Tributario como artículo 665. La misma lo que hizo fue tipificar como hecho punible la no consignación de lo retenido dentro de los plazos legales establecidos. No el apoderamiento de esos recursos del Estado. En consecuencia, como lo concluyó la Sala en la sentencia de casación de julio 15 de 1998 (fue Magistrado Ponente el doctor Ricardo Calvete Rangel), el hecho de que la norma aludida haya sido retirada del ordenamiento jurídico en manera alguna tiene como alcance el desaparecimiento del peculado respecto de los retenedores que en desarrollo de esa función pública que les encarga la ley, se apropian de los dineros recibidos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 07-04-99, Magistrado ponente doctor Carlos E. Mejía Escobar)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XLIII. PECULADO POR APROPIACIÓN. Sujeto activo. Agente retenedor. Naturaleza.

Ciertos ingresos, como se sabe, están sujetos a gravamen tributario. Y para facilitar y asegurar el recaudo de los respectivos impuestos, lo mismo que para lograr que el Estado cuente en sus arcas con ese dinero de manera rápida, fue ideada la figura de la retención en la fuente. Según ésta, quien realiza el pago le descuenta en el mismo momento que lo hace al sujeto pasivo del tributo de renta o beneficiario del ingreso la suma correspondiente al gravamen. El retenedor en tal caso actúa como recaudador de impuestos, si no lo es adquiere para ese efecto la calidad de funcionario público y queda obligado a trasladar el dinero a la Administración de Impuestos dentro del término legal establecido.

El total de lo pagado, en consecuencia, le pertenece en un primer momento al beneficiario del ingreso y la suma correspondiente al impuesto se deduce por lo tanto de una cantidad que ya no es del retenedor sino del

contribuyente, que en el acto cumple con su deber de pagar el tributo que le corresponde. Tanto es así que desde el punto de vista contable el retenedor registra el pago o gasto en la cuenta respectiva (sueldos, intereses, honorarios, etc.) por el monto total de lo causado (con las implicaciones obvias que ello genera en el estado de pérdidas y ganancias), y no por dicha suma menos lo retenido en la fuente.

Lo que quiere dejar la Sala supremamente claro es que el pago, sin restarle el impuesto, de no existir la figura de la retención en la fuente, lo recibiría en su totalidad el beneficiario, quien quedaría en tal evento obligado a declararlo en la oportunidad establecida, lo mismo que a calcular y a cancelar el tributo respectivo.

Tal lógica no cambia por el hecho de que el descuento del tributo se produzca en el mismo momento de la percepción del ingreso, ya que el recaudo allí realizado por el retenedor recae sobre una suma que ya no es suya sino del contribuyente, quien por disposición de la ley le confía el pago de su impuesto a la renta, suministrándole para el efecto la parte del ingreso con la cual debe contribuir al fisco y que el agente retenedor tendría que dejar disponible en caja, independientemente del sistema contable utilizado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 07-04-99, Magistrado ponente doctor Carlos E. Mejía Escobar)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XLIV. PECULADO POR APROPIACIÓN. Sujeto activo. Capacidad funcional.

Además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma órbita funcional cumplen la tarea de administrar.

"La nulidad propuesta por el Ministerio Público: se sustenta en una concepción estricta de la exigencia típica de que la apropiación en el peculado se realice en razón de las funciones propias del cargo. De acuerdo con ella, el delito se estructura cuando el funcionario legalmente facultado para custodiar o administrar se apropia de los bienes que en tal virtud le han sido confiados.

"Conforme con ello, para el presente caso, la procesada estaría en imposibilidad de ejecutar el delito. Como lo acredita la prueba testimonial

se sostiene en las funciones como liquidadora de impuestos en la Tesorería de Melgar que desempeñaba, no le estaba asignada la de recibir dineros de los contribuyentes, por lo cual le eran entregados en horas diferentes a las de atención al público, la posterior apropiación efectuada, no constituye delito contra la administración pública, sino contra el patrimonio económico.

"Para la Corte, esta apreciación sólo toma en cuenta un aspecto: Si la procesada tenía o no asignada la función de recaudo. De esta forma, descartada ella, se descarta el peculado, asumiéndose que la apropiación de dinero llevada a cabo, se produjo al margen de la función de administración.

"Diversa es la conclusión si se toman en cuenta los términos como refieren la forma en que se efectuaron los pagos materia de apropiación, zz y xx. De acuerdo con ellos, debe darse por sentado que lo fueron durante el proceso de liquidación del impuesto y la expedición del respectivo comprobante de ingreso, funciones propias de la procesada. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Abril 24 de 1990. Magistrado Ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia.)

N.V.A. Art. 397 C.P.
COMENTARIOS

TEMA XLV. PECULADO POR APROPIACIÓN. Sujeto activo. Relación funcional.

Uno de los aspectos especialmente controvertidos es el atinente a la exigencia típica de que el comportamiento se realice por razón de las funciones propias del cargo. A este respecto se advierten diversas posiciones, desde la restringida que considera que este delito solo puede estructurarse cuando el funcionario legalmente facultado para custodiar o administrar se apropia de los bienes que en tal virtud se le han confiado, hasta las concepciones más amplias que con diversos matices, aceptan un concepto más dilatado de administración para incluir dentro de la descripción comportamental los actos de servidores públicos que, aun cuando no vinculados al manejo de los bienes por una disposición legal o reglamentaria, tienen con relación a ellos un nexo material derivado de la actividad funcional genéricamente considerada.

"Punto de partida para la solución del problema planteado es la aceptación de que toda función pública es reglada, tal como se desprende del texto de los artículos 20 y 63 de la Carta Fundamental, pues todo empleo debe tener

detalladas sus funciones en ley o reglamento y su ejercicio, por fuera de la órbita legal, implica responsabilidad.

"Por manera que en virtud de los textos constitucionales citados y en obediencia al principio de tipicidad que tiene su origen en el artículo 26 de la Constitución Política, el delito de peculado se comete no solo por un empleado oficial sino que además es indispensable que los bienes de que se apropia el agente sean de aquellos cuya custodia o administración se le haya confiado por razón de sus funciones. En otras palabras no es suficiente la calidad oficial en el agente y en los bienes, sino que es indispensable la relación funcional entre aquél y éstos que supera el simple nexo material para ubicarse en la órbita de lo que doctrinariamente se ha dado en llamar la disponibilidad.

"Ahora bien, las funciones propias del cargo no provienen exclusivamente de la ley ya que ellas pueden tener origen en distintas fuentes de atribución de competencia; esto es, que bien pueden tener origen en la constitución, en una ley en sentido formal, en un decreto legislativo, en un reglamento constitucional, en una ordenanza, en un acuerdo, en un reglamento, en una resolución, en una orden o en cualquier regulación proferida con poder vinculante por la competente autoridad. (Casaciones de agosto 3 de 1976 y de noviembre 18 de 1980).

"En la casación del 3 de agosto de 1976 se recordó el fundamento legal de la precedente afirmación, cuando se señaló que el artículo 1o. del Código de Régimen Político y Municipal dispone: "Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural".

"A su vez el artículo 239 del C. de R. P. y M., prescribe: "a los empleados nacionales no se les puede imponer deberes sino por las leyes, por los reglamentos del Gobierno, y por las órdenes de sus respectivos superiores".

"En este orden de ideas la primera persona que se halla en situación propicia para la comisión del delito de peculado es el funcionario de manejo, o sea quien tiene la disponibilidad material de los haberes. En alguna ocasión una resolución reglamentaria de la Contraloría General de la República señaló que eran empleados de manejo quienes "recauden, reciban, paguen o administren fondos y bienes nacionales y los que tienen a su cargo la custodia, provisión o suministro de especies, materiales o elementos de propiedad de la Nación, de los establecimientos públicos que fiscaliza la Contraloría y de las instituciones de utilidad común". Es claro

que esta precisión debe entenderse modificada con las nuevas regulaciones introducidas en la reforma administrativa de 1968; además, es obvio que el delito de peculado lo cometen también los empleados del orden departamental y municipal y los de los establecimientos e instituciones de estos niveles. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 6 de diciembre de 1.982, Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Aldana Rozo.)

N.V.A. Art. 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XLVI. PECULADO POR APROPIACIÓN Y HURTO. Determinación. Conducta y objeto material.

Es obvio que la ofensa a la administración pública se produce, en el peculado por apropiación de bienes, cuando se perturba la capacidad o el poder jurídico de disponer del patrimonio oficial, puesto que ello será la ruptura de las reglas de un buen servicio de la administración. El simple apoderamiento del bien, así sea oficial, es un delito de hurto si el agente no actúa con infidelidad al deber de administrar dichos bienes oficiales. Por ello se ha entendido que no es riguroso afirmar que la ofensa al interés jurídico de la administración pública se produzca por el apoderamiento de los bienes (que en ello coincide con el hurto) sino en el desapego a los deberes jurídicos de administrador del patrimonio estatal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No 98, 28-10-93, Gaceta Judicial No 2466, t. CCXXVII, p. 297).

N.V.A. Arts. 299, 397 C.P.

COMENTARIOS

TEMA XLVII. PECULADO POR USO. Consumación.

La utilización ilegal del bien sin su menoscabo material o funcional basta para la configuración del ilícito, como quiera que es suficiente el choque con el normal funcionamiento de la administración pública, traducido en la asignación sin soporte fáctico ni jurídico, en razón a que se demostró que las amenazas y coacciones eran irreales, y que el programa de protección de víctimas y testigos no existían. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 02-09-02, Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla)

N.V.A. Art. 398 C.P.

COMENTARIOS