

# El dinero como objeto material del peculado

*Erleans de Jesús Peña Ossa*

Exmagistrado interino de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva. Juez 2° Superior de la misma ciudad

## 1. NOCIÓN

No se discute que la diferencia entre peculado por apropiación y peculado por uso indebido radica en que, mientras en aquel el sujeto activo no tiene ninguna intención de restituir el bien, en este sí, y hace, por tanto, mero aprovechamiento o disfrute momentáneo del objeto. Recordemos que, de manera por demás absurda, el art. 3° del decreto extraordinario 1858 de 1951 (normatividad que se convirtió en la ley 141 de 1961 y derogó los arts. 151, 152 y 153 del C. P. de 1936) traía en esa misma disposición ambas clases de peculado con un igual tratamiento punitivo. El estatuto en vigor desde el 29 de enero de 1981, a partir de su anteproyecto, restableció la lógica y la equidad, describiéndolos de manera separada, dándole a cada uno de ellos penas diferentes y estatuyendo una más severa para el peculado por apropiación<sup>1</sup>.

En efecto, usar es, desde el punto de vista tanto gramatical como penalístico, hacer que un bien preste un determinado servicio, utilidad o beneficio, uso que dado el elemento normativo de contenido jurídico involucrado en el tipo penal, debe ser indebido, vale decir, no autorizado por normatividad alguna. Por manera que el empleado oficial que comete peculado por uso, realiza sobre el bien actos de dueño sin serlo, después de los cuales no tienen ningún interés en seguir disfrutándolo.

<sup>1</sup> *Anteproyecto del Código Penal colombiano*, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1974, pág. 352.

El asunto no ofrece ninguna dificultad en aquellos casos en que el aprovechamiento temporal no permitido legalmente, en modo alguno imposibilita que se devuelva el mismo bien. Un vehículo oficial del que se hace uso indebido puede de nuevo seguir siendo empleado en actividades del órgano público para el cual fue adquirido. Las divergencias surgen en torno a aceptar o no el peculado por uso, cuando el dinero es el objeto material.

Quienes están por la viabilidad de la hipótesis, sostienen que ella es una realidad cuando se logra establecer el propósito claro de devolver<sup>2</sup>. Quienes se identifican con la negativa, aducen que en los supuestos en que el uso implique consumisión, destrucción o transformación, lo que existe es sustracción o apropiación, como ocurre con el dinero o las cosas consumibles<sup>3</sup>.

## 2. POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En vigor del citado decreto extraordinario, fue reiterativamente copiosa la tesis del alto tribunal de justicia, según la cual "... lo mismo comete peculado por uso indebido quien se apropia los fondos oficiales como quien los distrae para hacer préstamos, aunque los reintegre. El dinero, los liquores, etc., son bienes fungibles que no pueden usarse sin consumirse. Lo cual quiere decir que quien hace de ello un uso conveniente a su naturaleza, se los apropia aunque después los reintegre o devuelva"<sup>4</sup>.

Como fácil resulta advertirlo, el planteamiento se identifica con el de quienes no admiten el dinero como objeto material del peculado por uso.

Ya en vigencia del actual estatuto, los siguientes hechos dieron ocasión a otro pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia: una juez consignó un dinero entregado por un obligado alimentante en su cuenta personal en vez de hacerlo a nombre del juzgado, suma de la cual hacía entregas mensuales a la esposa de aquel, quedando un remanente que vino a devolver cuando, trasladada a otro municipio, su sucesora se lo exigió.

Fue así como por auto del 27 de enero de 1987, con ponencia del doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y con el salvamento de voto del doctor JAIME GIRALDO ÁNGEL, en lo pertinente consignó la Corte:

"Se ha querido ver, por el a quo y para fundamentar el sobreseimiento definitivo, o para advertir que se trata de un peculado por uso indebido —salvamento de voto—, que el art. 2246 del Código Civil obliga a quien se apropia del dinero depositado, por lo mismo que puede disponer de él, a «restituir otro tanto en

la misma moneda». Conviene a este respecto comentar la tesis y fijarla en su exacto alcance. El legislador, en materia civil, ha regulado el depósito (libro 3º, título 31, capítulo 1º) y, ciertamente, para señalar prestaciones y contraprestaciones de este rango, establecer tal normatividad sobre la base de considerar el dinero como bien fungible. Pero tal disposición presenta una limitante, o sea, que se trate del «depósito». Se parte, entonces, de la posibilidad de un contrato en que las partes tienen libertad para acordar su realización y al cual la ley, para suplir la voluntad silenciada, establece algunas previsiones, entre ellas la que se comenta. Pero la actividad analizada no responde a este marco jurídico, pues bien distinta es la relación que se establece entre un juez que, en ejercicio de una función pública, determina el cumplimiento de una obligación de parte de quien ha sido demandado o se comporta como demandante. En este caso ninguno de los elementos propios y esenciales del contrato de depósito, se da para una situación de esta índole. De ahí que no puedan aplicarse una serie de conceptos, de carácter privado, a una relación eminentemente pública, regida por otras disposiciones de diferente contenido, desarrollo y alcance. El obligado se ve compelido a cumplir con la entrega de un dinero que no «deposita» aunque verifique una consignación bancaria a órdenes del despacho judicial, o por mandato de este para un tercero, a fin de que uno y otro, según los términos de la decisión que la causa, lo afecten. El juez, en este caso, nada recibe en depósito ni puede disponer en provecho suyo ese dinero. La ley le veda toda intervención al respecto. De donde mal puede aplicarse un precepto con notoria connotación de relación privada, en la cual el punto de partida lo constituye la posibilidad de «emplearlo» para personal provecho o de un tercero ligado al depositario. Tan cierto resulta esta consideración, que si se llega a admitir la eventualidad de este «empleo», no puede ni siquiera hablarse de uso indebido sino de un obrar conforme a derecho, pues se está haciendo con base en mandatos de la ley, en el campo civil, que auspician esta conducta".

El solitario disenso se registró de la siguiente manera:

"1. Es claro que al recibir y consignar la juez D. G. O. unas sumas de dinero entregadas por una de las partes en un proceso por inasistencia alimentaria, consignándolas en su cuenta personal, incurrió en un apoderamiento indebido de dinero del Estado.

"Es claro también que su comportamiento no puede justificarse con base en la facultad que da el art. 2246 del Código Civil al depositario para disponer del dinero que se da en depósito, pues un juez en ningún caso puede recibir a este título los dineros que la ley obliga a las partes a consignar por razón de los procesos que se tramitan en su despacho.

"2. Sin embargo, el apoderamiento y disposición de un bien no constituye por sí solo el delito de peculado por apropiación, pues con relación a los bienes fungibles, su uso implica la capacidad del usuario para disponer de los mismos, tal como lo prevén las normas del Código Civil.

"Por tanto, para poder definir si en estos casos se trata de un peculado por apropiación o por uso, es necesario tener en cuenta la intención del sujeto activo de la infracción, colegida de su comportamiento concreto.

<sup>2</sup> ANTONIO J. CANCINO MORENO, *El delito de peculado en el nuevo Código Penal (análisis histórico y dogmático)*, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 121 y ss.

<sup>3</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. VII, Córdoba-Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1974, pág. 115; CARLOS CREUS, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1984, pág. 327.

<sup>4</sup> Casación penal del 10 de abril de 1958. Magistrado ponente, Dr. ANTONIO VICENTE ARENAS.

"En el caso en estudio, está plenamente demostrado en el proceso que la doctora G. no tuvo nunca la intención de apropiarse de las sumas de dinero recibidas, pues periódicamente entregaba a la demandante las mesadas acordadas, y cuando fue requerida por la funcionaria que la sustituyó en el juzgado, reintegró el remanente que estaba pendiente de entrega, poniendo de manifiesto su ignorancia con relación a la obligación que tenía de consignar a nombre del juzgado la mencionada suma. En mi opinión se configura, por tanto, un peculado por uso y no apropiación"<sup>5</sup>.

### 3. NUESTRO CRITERIO

Creemos que en el aprovechamiento de los réditos de una determinada suma de dinero entregada al empleado oficial por alguna razón del cargo, el comportamiento lleva insito el ánimo restitutorio, como que el sujeto agente en modo alguno se apropia del capital —que es el bien, *stricto sensu*, en el evento en examen— sino de sus beneficios, lo que constituye una manera de hacer uso de él.

Tratándose de la disposición del dinero adquiriendo con él bienes y servicios, el asunto amerita precisiones, pues la intención restitutoria solo puede colegirse en aquellas conductas en que, de una parte, el agente sepa con certeza que puede hacer la devolución de la suma que toma para sí o para un tercero dentro de un lapso relativamente breve y, de otra, que la acción típica se realice en ese espacio de tiempo, como sucedería, a título de ejemplo, si un juez recibe dinero de quien desea participar en un remate y dispone de él sabiendo que a la realización de la diligencia tiene la manera de responder, pues ya habría recibido su sueldo.

Aceptar una permanente e incierta vocación de reintegro del dinero, sería tanto como sostener que el peculado por apropiación nunca tendría estructuración, cuando de tal bien material se trate, pues siempre habrá alguna posibilidad de devolución (un préstamo, la generosa donación de un pariente o amigo y hasta un golpe de fortuna), inclusive para los efectos de atenuación punitiva —C. P., art. 139—.

Pero, igualmente, negar antes de todo análisis la estructuración del peculado por uso y dar por establecido el peculado por apropiación cuando se disponga de especies monetarias, puede constituir la más flagrante violación de uno de los principios básicos del derecho penal moderno, cual es el derecho penal de hecho, en una de sus variantes: imputarle al sujeto activo más de lo que en realidad quiso y realizó, lo que desdice de un derecho penal liberal y democrático.

Ciertamente que *de lege data* el viejo planteamiento de la Corte Suprema de Justicia se imponía. Al fin y al cabo en la ley positiva a la sazón vigente peculado por apropiación y peculado por uso eran comportamientos alternativos de un mismo tipo penal. Actualmente resulta insostenible, teniendo en cuenta que ambas formas de peculado se han separado y contienen penalidades diversas. Además, y lo decimos

con nuestro acostumbrado respeto, acusa el defecto de la postura doctrinante que descarta apriorísticamente la configuración del peculado por uso cuando el objeto material es el dinero, con base en la consideración de que este es un bien fungible.

Y es cierto que en la terminología jurídico-civil la moneda es un bien fungible, pero no porque perezca o se destruya por el primer uso "sino por la equivalencia que preside toda obligación de pagar dinero ..." <sup>6</sup>. Así los cien mil pesos, pongamos por caso, que el mutuario devuelve al mutuante se entiende, obviamente, de igual valor a los cien mil pesos que recibió de este y de los cuales dispuso. De igual suerte el empleado oficial que realiza la acción descrita en el art. 134 del C. P. sobre especies monetarias, devuelve la suma numérica de la que hizo uso indebido. De tal modo que el dinero es un bien fungible, no por su naturaleza —ya que no se consume ni se transforma cuando de él se hace uso— sino por disposición expresa de la ley, la cual, en los contratos en donde es objeto, permite que su devolución se cumpla con una suma equivalente, lo que no podría ser de otra manera debido a su activa circulación.

En este orden de ideas, discrepamos de los autorizados argumentos consignados en la providencia mayoritaria del máximo organismo jurisdiccional del 27 de enero de 1987. No se trata de utilizar caprichosamente categorías iusprivatistas en una relación eminentemente pública, sino de determinar si en ese caso concreto, la forma de reintegro por estar regulada por el derecho civil constituye un obstáculo insalvable para emplearla en el ámbito penal, o si, por el contrario, es una relación jurídica universal y válida para ambas ramas del ordenamiento, como creemos es evidente.

A este respecto resultan atinadas las observaciones de GUARNERI<sup>7</sup> cuando, abordando el tema de si en sede penal han de recogerse las relaciones jurídico-privadas, acota: "... de ninguna manera podemos hablar de una autonomía o subordinación absolutas ... Prescindiendo de generalizaciones estériles y apriorísticas, cuyo único motivo de justificación es la relación terminológica, el intérprete debe atender a la situación concreta e individual protegida por la norma penal para identificar sus elementos esenciales". MANTOVANI<sup>8</sup> más recientemente puntualiza, por su parte, que "negar *a priori* toda posibilidad de correspondencia o divergencia entre conceptos civiles y los penales resulta, desde el punto de vista de la aplicación concreta, arbitrario. Por ello, tanto la denominada corriente civilística como la autonomista pecan de apriorismo porque intentan postular una convergencia de conceptos allí donde puede haber una mera convergencia terminológica, o una divergencia allí donde puede darse plena concordancia tendiéndose, por tales vías a imponer al intérprete del derecho penal un itinerario diverso del típicamente inductivo, que es propio del conocimiento científico en general".

<sup>6</sup> JOSÉ J. GÓMEZ, *Bienes*, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1981, pág. 87.

<sup>7</sup> *Diritto penale ed influenze civilistiche*, Milano, 1974, págs. 64-65, citado por SUSANA HUERTA, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, 1ª ed., Madrid, Edit. Civitas, S.A., 1980, págs. 21 y 22.

<sup>8</sup> *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1962, pág. 26, también citado por SUSANA HUERTA, ob. cit., pág. 22.

<sup>5</sup> *Jurisprudencia penal*, primer semestre, 1987, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, págs. 21 y ss.

Y los conceptos civiles referentes a la manera de realizar el reintegro del dinero, trátase de un contrato de depósito, de mutuo, etc., o simplemente del uso ilícito que de tal bien haga un empleado oficial al que se le haya confiado por razón de sus funciones, no pueden ser diferentes, vale decir, el depositario, el mutuario y el empleado oficial incurso en peculado por uso, solo pueden devolver la suma numérica recibida o usada indebidamente.

Además, resulta incuestionable —como lo registra el magistrado que salvara el voto— que el comportamiento de la juez no puede justificarse con base en la regulación que del fenómeno restitutorio del dinero hace el Código Civil. Otra cosa es que ontológicamente no dispusiera de otra vía para devolver lo que usó indebidamente y de lo cual no tuvo en mente apropiarse.