

EDUARDO GALLARDO ARTEAGA

Estudio del Título V, Libro II
Código Penal

QUE TRATA DE

LOS CRIMENES
— y —
SIMPLES DELITOS

Cometidos por los Empleados Públicos
en el desempeño de sus funciones

MEMORIA DE PRUEBA
PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN LEYES Y
— CIENCIAS POLÍTICAS —

ESTABLECIMIENTOS GRÁFICOS DE BALCELLS & Co.
SANTIAGO DE CHILE
— 1926 —

INTRODUCCION



INTRODUCCION

Hemos elegido como tema de esta Memoria para optar al grado de Licenciado en Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, el Título V del Libro II del Código Penal, que trata de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

Como esta materia es un tanto extensa debido a que los delitos que comprende son muchos y difíciles de estudiarse en una forma completa, nos limitaremos tan sólo a tratarlos en sus líneas generales.

La mayor razón que nos ha inducido a hacer este estudio es el hecho de no haber encontrado ninguna Memoria sobre ellos.

Trataremos de cada uno de los delitos a que se refiere este Título, dando las ideas generales sobre ellos, y al dedicarnos a su estudio procuraremos examinarlos en su desarrollo histórico, como asimismo, en las diversas formas que pueden presentarse y, por último, compararemos lo que dice nuestro Código sobre esta materia con algunas legislaciones extranjeras.

Entraremos a examinar el caso de los delitos cometidos por los empleados públicos, en el ejercicio de sus funciones, entendiéndose que alcanzan este

título todas las personas que deban sus nombramientos al Gobierno y que dada la naturaleza de sus cargos puedan disfrutar de privilegios y en ellos abusar produciendo daños, lesionando o causando menoscabo en los intereses fiscales.

Tomaremos sus mayores delitos que por su magnitud se detallan y ellos son: La Prevaricación, El Cohecho y La Malversación de Caudales Públicos.

Los demás delitos de este Título tienen una menor importancia como son: Violación de secretos, Infidelidad en la custodia de documentos, Fraudes y exacciones ilegales, etc., etc.

CAPÍTULO I



CAPITULO I

DE LA PREVARICACIÓN

Nada hay más odioso y repugnante que este delito, por ser cometido por los mismos llamados a administrar justicia; aquellos a quienes la Sociedad les ha concedido el más alto honor de depositar en ellos su confianza dándoles la más amplia liberalidad al confiar en su valía y rectitud.

Las distintas épocas y diversos pueblos nos han dejado siempre testimonio de cuánto era entre ellos su prestigio.

Sabían historiadores eminentes como oradores ilustres que un Juez tenía que ser tan justo como justa era la ley.

No olvidaremos que la recta administración de la justicia, la integridad en sus actos, la moderación en sus juicios, procurando que éstos sean espejo de equidad, permitirá dar a un Juez lustre a la Magistratura y amparo a la justicia.

Pues, ejerce la más noble de las funciones, un Ministerio Augusto, un verdadero sacerdocio, llena la más sublime de las funciones; por eso si prevaricare se hace el peor de los culpables, el último de los hombres; y la Sociedad está en el deber de apresurarse a expulsarlo de su seno.

Citaremos el duro e inhumano, pero bien conocido caso de un Juez, en Persia, que convicto de cohecho fué condenado a muerte, forrándose con su pellejo la silla en que había su sucesor de dictar las sentencias.

El extraordinario prestigio respecto a los Tribunales que administraban justicia, tenían fama en los pueblos orientales, tales como Egipto, Persia, etc., no siendo sobrepasado ni por el Arcópagó de Atenas. Veamos cómo se mancharon más tarde estos Tribunales modelos de honor, por el delito de la prevaricación.

Citaremos el caso de Aristofon, que se gloriaba en Atenas de haber sido acusado setenta veces al Arcópagó y de haber sido absuelto otras tantas, mediante dádivas a los jueces.

II

En el período de Alfredo el Grande, se establecieron en Inglaterra funcionarios superiores de justicia que vigilaban a los magistrados, imponiéndoles duros pero ejemplares castigos a aquellos que no la administraban correctamente; época que estuvo a punto de apreciarse el magisterio por los honorarios que rendían y no por la justicia que administraban.

Igual cosa podremos citar de lo ocurrido en Francia en tiempo de Carlo Magno, cuando instituyó sus célebres Capitulares, que consistían en que un alto dignatario eclesiástico y un conde palatino, visitasen periódicamente las provincias y castigasen severamente a aquellos jueces que se apartaban en sus fallos de la verdad y rectitud.

No obstante, si alguna vez nos encontramos al frente de una sentencia injusta, no siempre podremos decir que ella sea producto de la prevaricación, puede serlo del error, hija de la equivocación o de una mala apreciación de los hechos ya que los humanos son falibles. Tengamos presente que para que haya dolo tiene que haber malicia, y si a sabiendas se dictare una sentencia injusta, entonces se delinque a voluntad.

En su doctrina el Código nos enseña: Que el que falta a los deberes de su oficio intencionalmente, delinque, prevarica ciertamente; pero también puede delinquir el que sin malicia falta, si lo hace por omitir en el desempeño de su cargo aquella diligencia.

III

Bien han comprendido los legisladores modernos la responsabilidad judicial. Cuanto mayores derechos, prestigio y confianza se le otorga al encargado de aplicar las leyes mayor es la responsabilidad a que está sujeto en el fiel cumplimiento de su cargo.

El Código austriaco, en su artículo 85, nos dice: «Los jueces que abusaren de cualquier manera del poder que les está confiado para perjudicar a alguna persona, se hacen por ello culpables de un delito, ya hayan obrado por interés, ya estimulados por alguna pasión, ya procedan con algún otro objeto secundario».

Veamos con cuánto rigor trata al Juez el Código de Suecia, en su Capítulo 25, cuando dice: «El Juez que por una sentencia o una decisión hubiera voluntariamente cometido una injusticia, será desti-

tuído y declarado por siempre incapacitado para ser empleado en servicio del Estado».

Con igual rigor trata el Código alemán la prevaricación, en su artículo 336: «Todo funcionario o árbitro que en la instrucción o resolución de un proceso se hiciera reo de prevaricación en favor o en perjuicio de una de las partes, será castigado con la pena de reclusión por cinco años».

No menos severo e implacable es el Código de Ginebra, pues, en su artículo 161, dice: «Todo Juez, Jurado o árbitro nombrados por el Tribunal o por las partes que se dejaren corromper, serán castigados con reclusión de tres a diez años o con prisión de uno a cinco años».

Hábilmente legisla el Código español a este respecto, en su artículo 453: «El Juez que cometiere la prevaricación contra alguna persona en una causa criminal, sufrirá igual tiempo de prisión y la misma pena que injustamente hubiere hecho sufrir a aquella persona».

Como deducción de este artículo del Código español, sacaremos de comentario que él llega a aparejarse a la pena del Talión.

Ciertamente, qué horrendo crimen cometería un Juez que dictare una sentencia condenando a sahiendas a muerte a un inocente. No quedaría más que agregar que si éste subió al patíbulo también el Juez a él debe subir. La mente humana no puede concebir crimen mayor por el grado de perversidad que reviste, porque toca los límites de lo irreparable.

Venturosamente, la buena estrella que ha guiado a la República, ha libertado a este país de semejantes delitos, tocándole en suerte de contar en to-

da época, con magistrados ilustres, dignísimos funcionarios, que han hecho de su magisterio un sacrosanto sacerdocio, colocándose fuera del alcance de las pasiones, procurando no salirse jamás del sitial de la justicia y el derecho. Tengamos fe al confiar que la luz divina les acompañe siempre y hagamos votos para que ella sea eterna en la República.

CAPÍTULO II



CAPITULO II

EL COHECHO

He aquí un delito bien temible, que con justicia puede ser el horror en una Sociedad bien organizada, porque él va corrompiendo poco a poco al individuo, hasta llevarlo a la delincuencia en daños máximos.

Si tenemos en cuenta que este vicio se apodera en el hombre fácilmente, sabiendo que él le proporciona un desahogo o bienestar, ya una vez en el plano inclinado hacia el mal va cayendo en el Sibaritismo y amor al lujo, y difícilmente rehuye a la tentación del fácil lucro.

La historia nos habla de grandes delitos de esta especie que trajeron grandes perturbaciones en la formación de los pueblos; así es que él es tan antiguo como la organización misma de las Sociedades. En ella vemos aparecer en los Anales chinos el caso de un gobernador que en la demarcación de Pekín, fué cohechado por una gran suma en oro; fué condenado a extrangulación. Salvóse porque probó no haber causado el daño que se le pedía y por haber devuelto la cantidad recibida por su cohecho.

En los pueblos indostánicos que representan la más antigua civilización, que conocemos en el li-

bro sétimo de su ley, Manava Dharma Sastra, del tiempo del Righ Veda, que se remonta a la Sociedad Indo-Aria, al tratar la conducta funcionaria, dice:

«Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos, deben ser despojados por el Rey, de todos sus bienes y desterrados del Reino».

Es un axioma que el cohecho pertenece a la clase de delitos que para que un funcionario sea corrompido es necesario que haya quien procure su corrupción. Sin la incitación ajena no existiría el delito. Por eso el legislador debe tener presente la mayor culpabilidad del sobornante y no olvidar que el corruptor puede presentar la dádiva, ofrecer los regalos y hacer las promesas, y ser rechazados por el empleado público; entonces la responsabilidad surge y afecta sólo para el que intente obligar al funcionario a faltar a sus deberes.

En el concepto del cohecho, en el Imperio Romano, se podía acusar de este modo a las siguientes personas. He aquí sus disposiciones:

«1.º Al Magistrado de la Comunidad Romana, elegido en elección popular, o a aquel otro que se equiparase al elegido por el pueblo, incluso al tribuno de una legión que tuviese carácter de magistrado, los cuales hubiesen recibido regalos o gratificaciones mientras ejercieran sus funciones.

«2.º A los Senadores romanos que desempeñasen funciones públicas, ora como auxiliares de los magistrados, ora votando en el Senado, ora ejerciendo el cargo de jurados, y acaso también interviniendo como acusadores en el procedimiento público o funcionando en concepto de procuradores, siempre que

durante el desempeño de las dichas funciones hubieran recibido dinero de algún no ciudadano romano.

«3.^a A los hijos de las personas mencionadas, por las dádivas o el dinero que recibiesen mientras sus padres estuviesen ejerciendo sus funciones. Las esposas de los presidentes de las provincias no podían ser perseguidas judicialmente por las dádivas que recibiesen; pero, según el derecho de tiempos posteriores, se hacía responsable en tales casos al marido. Este problema fué desatendido en tiempos posteriores, después de la caída del Imperio Romano y por la legislación contemporánea .

«4.^a Es posible que, con arreglo a la ley Julia, pudiera acusarse por el delito de que se trata a toda persona en general, que sin ser funcionario del Estado hubiese ejercido funciones públicas o equivalentes a éstas.

«5.^a Los funcionarios imperiales cuasi magistrados pertenecientes al orden de los Caballeros; verdad es, sin embargo, cómo éstos funcionarios regularmente respondían de sus actos ante el Tribunal del Emperador, no llevándoseles sino muy raras veces ante el Tribunal del Senado; son pocos los procesos contra los mismos que nos refieren los anales.

«6.^a Los Jurados, los Acusadores, o demandantes y los procuradores, en general.

«7.^a Los guías o acompañantes, sobre todo los de los gobernantes de provincias, sin diferencia de clase o condición social.

«8.^a Los oficiales subalternos».

Y después otras leyes que introdujeron pequeñas modificaciones, como La Cincia y otras de escasa importancia que sería prolijo enumerar.

Podemos dividir el cohecho en dos formas: una que podríamos llamar el cohecho oficial, que es el que regula todas las leyes penales del mundo y otra el privado, que no está regulado en ningún Código Penal, hasta hoy día.

Esta primera división del cohecho es la que tiene que cometerse por funcionarios públicos, ya sean éstos los que otorguen las dádivas a otros, ya sean los que la reciban. Y ella consiste en la entrega o aceptación de la dádiva o promesa a condición de una violación de los deberes de funcionario.

Cuando el funcionario público exige la recompensa para cometer el delito, que sin duda ha de aprovechar al que la otorga, ambos se han puesto de acuerdo y ambos son actores por participación directa; cuando el particular ofrece y otorga el soborno para que el funcionario cometa el delito, lo induce a realizarlo y entonces es autor por inducción, por precio o promesa. Su culpabilidad no puede dejar de existir.

Creemos que cuando un individuo tiene el concepto erróneo o no, de que ha cometido una falta o de que no tiene derecho a ciertas cosas, ofrece o da dinero a un funcionario público, creyendo que va a obtener un beneficio con exigirle el incumplimiento de sus deberes, concurre en él el dolo específico del delito.

Su peligrosidad no desaparece, pues, las condiciones de su espíritu fueron reveladas plenamente desde que otorgó la dádiva, y en cuanto al funcionario que pactó o que exige la recompensa teniendo el pensamiento erróneo de que hacemos mención, demuestra también con su acto, su peligrosidad y esto basta para que la condena recaiga; y si el funcionario sabía que la condición que se le imponía no debía o no podía cumplirla por error en la apreciación de los hechos del que la dádiva le otorga, y acepta ésta, además, del dolo natural del cohecho surge el dolo específico de la estafa y su acto es aún más despreciable, por el engaño que en él encierra, convirtiéndose aún en un ser más temible.

La idea del delito surge en la mente del que otorga la dádiva, y no en la del que la recibe y que el sobornante sin decirle al funcionario las consecuencias de su acto, lo induzca a realizarlo, resultando después un delito el acto ejecutado por la dádiva, que para el sobornado es culpable; como por ejemplo, un ciudadano que da a un funcionario público una dádiva o promesa para que firme determinado documento que es falso, sin expresar la naturaleza del mismo, y al tomar la dádiva el funcionario realiza la acción pedida por el corruptor y surge el delito, que para él entonces es culpable; pero en este caso, que es posible, estimamos que no surge esta acción delictuosa que analizamos, porque para que ella exista, es necesario que el funcionario público sepa que va a cometer un delito por la dádiva que acepta, y con ese conocimiento exige o acepta la recompensa referida: en una palabra, su dolo de-

be ser el de cometer el delito que forma la condición.

El Código de Chile, dice en su artículo 248, lo siguiente: «El empleado público que por dádiva o promesa cometiere alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este título, además de las penas señaladas para ellos, incurrirá en las de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa de la mitad al tanto de la dádiva o promesa aceptada.

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

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

«250. El sobornante será castigado con las penas correspondientes a los cómplices en las respectivas, excepto las de inhabilitación y suspensión.

«Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge, de algún ascendiente o descendiente legítimo por consanguinidad o afinidad de un colateral legítimo consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive o de un padre o hijo natural o legítimo reconocido, sólo se impondrá al sobornante una multa igual a la dádiva o promesa.

«251. En todo caso caerán las dádivas en comiso».

CAPÍTULO III



CAPITULO III

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

En esta materia concuerdan universalmente los Códigos, en estimar que los caudales del pueblo son cosas sagradas, y los que se atrevan a sustraerlos o malversarlos deben ser severamente castigados. Ya que el funcionario malversador no sólo se apodera de lo ajeno, sino que falta a la confianza que en él se deposita.

El Estado necesita organizar y sostener una buena administración general; necesita dividir el poder público y delegar sus funciones, nombrar un número considerable de empleados y atribuirles derechos y obligaciones especiales. Al elegirlos, debe ciertamente procurar asegurarse de su moralidad, de su inteligencia y de su celo y retribuirlos bien para que puedan vivir con decoro y atender a sus necesidades y a las de sus familias; pero como por grandes que sean las precauciones que se adopten, el abuso es posible y aún fácil, cuando ese abuso llega y se rompe el vínculo de la confianza entre la administración y sus agentes establecidos, la fe pública se quebranta y padece, la alarma cunde y el delito va apareciendo en el seno de la Sociedad como obra de aquellos mismos encargados

de velar por los intereses de todos, adquiere las proporciones extraordinarias que caracterizan los atentados contra los derechos sociales.

Pero dada la necesidad de tener empleados para atender a los servicios públicos, y funcionarios que recauden fondos, que custodien caudales, que hagan pagos, que administren en nombre del Estado la fortuna común; contra las infidelidades de este círculo de defraudadores y traidores, no hay previsión bastante. La fe pública puede ser por ellos fácilmente burlada, y si lo es, los perjuicios que sufren los intereses generales a consecuencia de esta clase de depravaciones administrativas, piden con imperio la reparación por medio de un castigo que el legislador debe señalar mediante un criterio clasificador inspirado en la naturaleza del deber social quebrantado en el orden moral.

El hurto lo hemos clasificado como el acto de apoderarse de lo ajeno contra la voluntad de su dueño. Sustraer el que se apropia de las cosas de otro, apartándolas, separándolas, extrayéndolas. La sustracción que da vida a la malversación, requiere que el agente haga suyo lo ajeno contra la voluntad de su dueño; éste debe quitar, tomar, arrebatarse arbitrariamente. Pero el funcionario no necesita arrebatarse, le basta apropiárselo, rompiendo el vínculo de lealtad que bajo su custodia confiaba el Estado.

Les está vedado invertir los caudales públicos que administran sino a lo que a ellos está consagrado, aunque haciéndolo resultase un beneficio positivo a la Hacienda o a la Administración Pública.

También delinquen, si como tenedores de fondos públicos rehusaren efectuar sin causa alguna las

cancelaciones que para ellas están previstas. Veamos lo que dice a este respecto nuestro Código, en su artículo 237: «El empleado público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondo del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio. Esta disposición es aplicable al empleado público, que requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración».

A pesar de no tratarse aquí aparentemente de malversación de caudales públicos, cae en responsabilidad criminal en el artículo 237, ya citado. Se pena la falta administrativa de desobediencia que comete el funcionario público que, habiendo recibido fondos para hacer un pago a que estaba obligado por razón de su cargo, deje de realizarlo sin motivo legítimo, sin que por esto haya sido su ánimo de apoderarse de esos fondos en provecho propio ni de nadie, ni en perjuicio del Estado.

Siguiendo el análisis del artículo 237 que comentamos, supongamos que el empleado en la obligación de su cargo tenga que efectuar un pago determinado, y no pueda hacerlo en ciertas circunstancias por motivos legítimos e inexcusables; tales, por ejemplo, serían el no haberle suministrado los fondos necesarios al efecto, o el haberle prevenido autoridad competente que suspendiese la entrega o recuviese todo o parte de las cantidades consignadas para responder a determinadas obligaciones. En estos o parecidos casos, la responsabilidad criminal del funcionario desaparecería.

Otra circunstancia que es prevista, también, por nuestro Código: Y es que no sólo es responsable el

funcionario público que sustrae fondos a su custodia, sino también lo es, el que permite que otro lo sustraiga. Conveniencia sería que la ley lo expresase y lo haga extensivo en todos los casos, tales como en los siguientes: se hará reo si diere el dinero a crédito, o lo prestare o pagare antes del vencimiento, si estando encargado de la recaudación o cobranza, diere tregua o prolongada espera al deudor; delitos son éstos que bien pueden estar consultados en nuestro Código.

La circunstancia de ser un funcionario público el malversador, agrava el delito, pues recae en los bienes del Estado, ya sea fiscal o municipal o corporación oficial de otro orden, y porque de esos bienes depende el sostenimiento de sus hospitales, asilos, cárceles, presidios, escuelas y servicios de todo orden. El daño inmediato que produce al país sustrayendo el dinero del Erario, es inmenso, porque se extiende a un sinnúmero de aspectos de la actividad humana, pudiendo hasta llegar a desorganizar la vida misma de la nación, que para lograr encauzarla de nuevo es necesaria la contratación de empréstitos que gravan al país por largos años.

La alarma que produce en una nación esta clase de hechos, entre sus habitantes, es muy justificada; todos temen por la seguridad de los dineros que ellos han colectado por impuestos, muchas veces onerosos, han contribuído a su reunión, mermando sus propias entradas; se teme también por la desaparición del factor dinero que es el que sostiene las instituciones de la Patria.

Al peligro de los daños ya enumerados, tendremos que agregar uno mayor, muchísimo más poderoso, que es la pérdida del crédito internacio-

nal, sin el cual no se puede vivir en el concierto de los Estados.

Pensemos lo que significa este delito cometido por hombres sin escrúpulos que no miren el perjuicio que hacen a sus conciudadanos, y sólo miren enriquecer su peculio propio a expensas del Erario.

Hemos dicho que el dolo del malversador, es el dolo del ladrón, pero agravado, por no haberse detenido recapacitando en su condición de funcionario público, ni por no haberse detenido en sus delitos criminales, el respeto que a todos deben infundir los dineros de la nación.

En su artículo 233, nuestro Código, dice: «El empleado público, que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga, será castigado, con la pena, etc.»

Hemos dejado bien establecido que el dolo del malversador está en el hurto, apropiación de la cosa y su fin requerido es lucro; por lo tanto, no es posible que él que pasivamente permite que otro sustraiga esos fondos, tenga la misma pena que tiene el ladrón.

También puede realizarlo sin la idea de lucro; puede llevarlo a efecto por sectarismo político; pensando en el triunfo de un partido; puede hacerlo por miedo individual a alguno que se lo imponga; puede cometerlo por completa ineptitud para el desempeño de ese cargo o por otras causas de esta índole; entonces su culpabilidad es otra bien distinta, a la que comete el que se apropia del dinero, para su lucro.

El artículo 233, que comentamos de nuestro Código Penal, dice que tienen que ser caudales o efectos públicos los sustraídos por el funcionario que los tiene a su custodia. La palabra caudales se refiere a toda clase de bienes, dándole toda su extensión civil, y especialmente al dinero, y la palabra efectos públicos, se refiere a títulos de rentas, bonos, obligaciones, títulos al portador, cupones de empréstitos, timbres de todas clases y otros bienes de análoga naturaleza. Es, pues, bien general la expresión del Código al usar las palabras Caudales o Efectos Públicos, porque con ellos ha expresado todo lo que el Estado puede tener como de su patrimonio.

Estudiada la naturaleza de este delito, llegamos a la conclusión que el castigo que debe imponerse a esta clase de delincuentes, debe estar en relación con el grado de maldad que revela el hecho cometido; ya hemos estudiado a grandes rasgos la gravedad del delito con relación a su daño; como también la perversidad de quien lo realiza; por lo tanto, su pena debe encontrarse entre los grados del hurto y entre las penas más graves.

Y así, lograremos que no se mire con indiferencia este círculo de delincuentes que puede invadir y agotar las fuerzas vitales de la República.

Podemos llamar delincuente o malversador a un individuo que sustrae de las arcas fiscales dinero, simulando que sirve un destino.

Tomando estos elementos, pudiéramos considerar que estamos en presencia de una estafa, y que el delito, no tendría los caracteres más graves que le da la difundibilidad de su daño; pero el agente pasivo engañado, que aquí es la entidad político-

administrativa que da el cargo, no se engaña, pues obra por medio de representantes y éstos, como representantes del Estado, son los que otorgan la prebenda, es decir, los que nombran a una persona para un cargo y le permiten que no trabaje, y sí, que lo disfrute, cobrando su sueldo. No es estafa, pues, porque le falta el elemento característico de esta clase de delitos, cual es la entrega de las cosas objeto del lucro del culpable, por medio de la coacción mental que produce el engaño.

También el agente activo, la nómina, firma y los documentos que se cruzan, todo lleva en sí el germen de la mentira, pero no son más que elementos que van a dar aspecto de legalidad a un hecho que puede ejecutarse sin la mediación de esos documentos; porque el fin querido por el delincuente es, como decíamos al principio, apropiarse de un dinero sin derecho, es la sustracción de fondos públicos que se hace para un tercero; hay falsedades cometidas por los funcionarios públicos, que certifican los servicios que no se prestan, hay falsedades en el que cobra sueldo, cuando firma la nómina, en que se dice que trabajó, sin ser verdad; pero todo ello no es más que el medio, como decíamos, de justificar la sustracción de fondos públicos, hecha en favor de un tercero, que se apropia de esos fondos; y, además, estos elementos, no pueden tenerse en cuenta para la calificación, porque no se hace con el deliberado propósito de obtener un lucro, el lucro es independiente de los documentos, la intención y el fin querido, por el sujeto que delinque, es sustraer dinero de las arcas fiscales, y el destino es el pretexto y los documentos la coartada; el

delito cometido es una sustracción de fondos públicos con aspecto de legalidad; y debe estar previsto y castigado en la ley que trata de la sustracción de fondos públicos, sobre todo desde que estamos observando nuevas formas inventadas para sustraer y apropiarse fondos del Fisco, burlando los Códigos Penales, sin caer en sus redes.

A esta forma de delinquir, veamos el reverso al hacer un paralelo lo que significa la horrenda injusticia entre éstos y los empleados que trabajan y entregan toda su actividad y energía a la Administración Pública, por un pequeño sueldo, y el que disfruta de un salario soberbio sin trabajar conservando toda su actividad y energía para desarrollarse en su vida extra-oficial; esta comparación tiene que producir honda tristeza en el empleado que trabaja, pues, con el dinero que se pierde con esta clase de empleados, que no lo son, se podría mejorar la situación de los que luchan; y primero, se siente descontento, no rindiendo al Estado la labor que antes rendía, después se coloca en la línea del menor esfuerzo, no trabajando más que lo absolutamente necesario para conservar su mísero puesto, o surge en él la idea de buscarse un mejoramiento por medios ilícitos, ya que el Estado realiza la inmoralidad de repartir el dinero entre seres amorales que no trabajan, y lo lanzan al cohecho, a la malversación, al fraude o a las exacciones ilegales, y la Administración Pública sufre el perjuicio inmenso de tener empleados infieles, y el público en general, porque los asuntos se demoran, los expedientes se duermen en los negociados de las oficinas, y todo sufre una paralización en todos sus órdenes.

PROLONGACIÓN INDEBIDA DE FUNCIONES

El primer delito que aparece en este Título es el de «*Anticipación y prolongación indebida en las funciones públicas*».

Artículo 216. El que hubiese entrado a desempeñar un empleo o cargo público sin haber prestado en debida forma el juramento o fianza o llenado las demás formalidades exigidas por la ley, quedará suspenso del empleo o cargo hasta que cumpla con aquellos requisitos, incurriendo además en una multa de 100 a 500 pesos.

Artículo 217. El empleado público que continuare desempeñando su empleo, cargo o comisión, después de que hubiere cesado conforme a las leyes, reglamentos o disposiciones especiales de su ramo respectivo, será castigado con las penas de inhabilitación especial, temporal para el cargo u oficio, en su grado mínimo y multa de 100 a 300 pesos (de 3 años y un día a 5 años).

Artículo 218. El empleado culpable de cualquiera de los delitos penados en los dos artículos anteriores, que hubiere percibido emolumentos por razón de su cargo o comisión, será además obligado a restituirlos con la multa del 10 al 15% de su importe.

Artículo 219. El empleado público que legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo antes que se decida la contienda, será castigado con multa de 100 a 500 pesos.

El artículo 216 tiene sin duda alguna su importancia ya que él castiga, lo que es muy justo, al que sin haber reunido previamente los requisitos pres-

critos se haga cargo de un puesto en la administración pública. Esta disposición establece que no se puede prescindir de los trámites determinados en cada caso especial por la ley respectiva sin incurrir en la sanción de este artículo.

Sabemos que para ser considerado como empleado público se necesita un nombramiento previo del Gobierno, además, la ley exige a ciertos funcionarios, en algunos casos, otros requisitos tales como el juramento.

Así un juez para comenzar a desempeñar sus funciones necesita prestar el juramento y la fianza para los Notarios, Conservadores, Secretarios de Juzgado, etc.

La razón anterior obedece a una mejor garantía del servicio que el empleado va a desempeñar y a lo delicado de las funciones que tiene a su cargo.

Debemos entender cuando la ley dice: «o llenado los demás requisitos y formalidades exigidas por la ley» que se refiere sólo a las formalidades externas análogas al juramento o fianza, condiciones propias del funcionario como sería la edad, por ejemplo.

Respecto al artículo 217 es necesario hacer notar que la pena establecida es un tanto excesiva por cuanto muchas veces por olvido o por alguna otra razón un empleado puede continuar en el desempeño de su cargo sin que haya de su parte intención de cometer ningún acto delictuoso, como sería el caso de un Intendente, por ejemplo, que por un simple olvido o error en la fecha en que debe expirar su período constitucional continuara en el desempeño de su puesto.

La ley lo equipara en este artículo a un criminal sujeto a todas las consecuencias de un reo condenado a pena aflictiva que es la que le correspondería a tal funcionario.

Cómo se ve que la ley en este caso es injusta y debe disminuirse un tanto la pena.

El artículo 218 no tiene una mayor importancia.

El artículo 219 dice: «que mientras no se decida la contienda de competencia no se podrá aplicar la sanción aquí establecida».

El párrafo segundo de este título se refiere a los *nombramientos ilegales* y le dedica el artículo 220 que dice como sigue: «El empleado público que a sabiendas nombrare o propusiere para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales sufrirá las penas de suspensión del empleo en su grado mínimo «de 61 día a un año» y multa de 100 a 500 pesos».

En este artículo se castiga al empleado público que «a sabiendas propusiere o nombrare para algún cargo a persona que no reúna los requisitos establecidos en las leyes respectivas». Esta disposición obedece a evitar que por razones de parentesco, amistad u otros, se hagan estos nombramientos que van en perjuicio de un servicio público.

Este artículo es copia del 290 del Código español que en sus comentarios el señor Pacheco dice: «La disposición de este artículo evidentemente justo era un punto que faltaba en nuestra antigua legislación, como falta en casi todas las legislaciones».

Verdad es que este precepto no se ejecutará muchas veces, y verdad es que esa cualidad de a sabiendas es de difícil probanza y no se presume, y

verdad es que cuando un Gobierno conozca que la persona propuesta o nombrada para cualquier cargo no tiene los requisitos legales, sólo hará por lo común, que quede su nombramiento sin efecto. A pesar de todo no hay ningún mal en el artículo en cuestión.

Citaremos algunas leyes que exigen ciertos requisitos para ser empleados de alguna repartición pública: La Ley Orgánica de Ministerios de 2 de Julio de 1887; del Tribunal de Cuentas de 20 de Enero de 1888; de la Dirección del Tesoro del 30 de Enero de 1883, etc.

El párrafo 3.º se ocupa del delito llamado «*Usurpación de atribuciones*».

Artículo 221. El empleado público que dictare reglamentos o disposiciones generales maliciosamente sin atribuciones, será castigado con suspensión del empleo en su grado medio «de un año y un día a dos años».

Artículo 222. El empleado del orden judicial que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas o impidiere a estos el ejercicio legítimo de las suyas, sufrirá la pena de suspensión del empleo en su grado medio «de un año y un día a dos años».

En la misma pena incurrirá todo empleado del orden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales e impidiere la ejecución de una providencia dictada por tribunal competente. Las disposiciones de este artículo sólo se harán efectivas cuando entablada la competencia y resuelta por la autoridad correspondiente, los empleados administrativos o judiciales continuaren procediendo indebidamente.

El artículo 221 emplea la palabra «maliciosamente», pero en el proyecto primitivo a indicación de los señores Ibáñez y Altamirano se había puesto la palabra «manifiestamente» que en la discusión del proyecto fué suprimida por considerar más adecuada la que actualmente emplea el Código.

El elemento de la malicia o intención es requisito indispensable para la existencia de este delito, porque sucede a veces que se suscitan cuestiones de competencia entre diversas autoridades sobre extensión de sus facultades, lo que manifiesta que no siempre es posible deslindar con claridad los poderes de cada uno, ni es equitativo imponer penas al que en esta situación ambigua adopta el camino que cree más acertado, y no es justo entonces castigarlo ya que puede haber procedido de buena fe.

El artículo 222 es más importante que el anterior y merece un estudio más detenido.

En este artículo se emplea la palabra «arrogare» y para saber lo que se ha querido decir con ella, es necesario recordar lo que disponen los artículos 4 y 10 de la Ley Orgánica de Tribunales, que dicen así respectivamente: «Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes». El número 10, dice: «Para hacer ejecutar sus sentencias y para practicar o hacer practicar los actos de instrucción que se decreten, podrán los Tribunales requerir de las demás autoridades el auxilio de la fuerza pública que de ellos dependiere, o los otros medios de acción conducentes de que dispusieren. La autoridad legalmente requerida debe prestar

el auxilio sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pide, ni la justicia o legalidad de la sentencia que se trata de ejecutar».

Se desprende de la lectura de estos artículos que al Poder Judicial le está vedado inmiscuirse en asuntos que no le son de su incumbencia y también que a la autoridad administrativa le está prohibido el tratar de averiguar la razón que ha tenido el Poder Judicial para solicitar su cooperación. Debemos, entonces, entender por «arrogarse atribuciones», el hecho de que un poder se mezcle, en los asuntos que no le pertenecen por estar encomendados a otra autoridad.

Los delitos a que nos referimos sólo son penados según se desprende del inciso 3.º del artículo 222, cuando se ha entablado la consiguiente cuestión de competencia.

La usurpación de atribuciones entre las autoridades constituidas, ha sido siempre materia de grave importancia porque al producirse no sólo se provoca un conflicto entre los Poderes Públicos, sino que se perturba la independencia que entre ellos debe existir. El legislador ha establecido los casos que con más frecuencia se producen como son los que tienen lugar entre el poder administrativo y el Poder Judicial. De modo que la sanción establecida es de todo punto de vista, justa.

Con este artículo se ha querido mantener el principio de la separación de los Poderes Públicos que aunque en ninguna parte se ha establecido se desprende de diversas disposiciones y aquí nos encontramos con uno de ellos. Sobre la separación de los Poderes Públicos se podría hablar extensamente ya que es un tema tan amplio, pero nos saldría-

mos del plan que nos hemos trazado. Solamente diremos que en la práctica es imposible pensar en una separación absoluta entre los poderes, debido a que el Estado para realizar sus fines, necesita de la cooperación de todos ellos, ni olvidemos que tampoco la independencia del Poder Judicial de los demás poderes, es la mejor salvaguardia de los derechos de los ciudadanos.

Dejaremos aquí también establecido que los Tribunales, por la índole de su misión, no es fácil que invadan la esfera administrativa; por el contrario, las autoridades administrativas, son propensas a mandar en lo propio y en lo ajeno.

Aplaudamos sin reserva al legislador que ponga barrera eficaz contra cualquiera arbitrariedad invasora de otros poderes o avance gubernativo.

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS

Veamos el daño que ocasiona semejante traición y la trascendencia que lleva consigo la infidelidad en la custodia de documentos.

Nuestro Código, en su artículo 242, expone: «El eclesiástico o empleado público que sustraiga o destruya documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo será castigado, 1.º con las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de mil a tres mil pesos, siempre que del hecho resulte grave daño de la causa pública o de tercero; 2.º con reclusión menor en sus grados mínimos y multa de 100 a 1,000 pesos, cuando no concurren las circunstancias expresadas en el número anterior.

Que destruya, sustraiga u oculte documentos. La sustracción u ocultación de documentos que les estén confiados por razón de su cargo no es igual al delito de destruirlos; sustraer puede ser un perjuicio pasajero transitorio, no puede equipararse al delito de destruirlo; por lo tanto, no vemos la razón que ha tenido el legislador para medir equiparando estos actos o delitos y dar en castigo una misma pena; no encontramos equidad en su definición.

También debemos observar que la destrucción o sustracción cometidas por personas extrañas al servicio, que hayan podido hacerlo burlando la vigilancia funcionaria, que por negligencia, por falta de cuidado en su custodia lograran su sustracción o destrucción, para lo cual el legislador debe hacer un distingo ni debe jamás medir con igual responsabilidad. Y también no olvidar que siempre debe ir aparejada la pena al delito con relación al daño material que ella origina.

DE LA VIOLACIÓN DE SECRETOS

Estimamos que un delito de esta índole debe el Código sancionarlo con toda severidad, porque no sólo abarca la infidelidad sino que llega al límite de la traición, si él recae en el campo de la milicia o bien, de la diplomacia, ya que las consecuencias que arrastraría divulgar secretos de Cancillería o dando a conocer la clave de ella facilitando al extranjero enemigo de la patria conocer sus secretos.

Veamos en qué forma nuestro Código pena este delito en su artículo 246: «El empleado público que revelase los secretos de que tenga conocimien-

to por razón de su oficio o entregase indebidamente papeles o copias de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión del empleo, en sus grados mínimo a medio, o multa de 100 a 500 pesos, o bien en ambas conjuntamente.

«Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública, las penas serán reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de 1,000 a 5,000 pesos».

«Art. 247. El empleado público que sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere, con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de 100 a 500 pesos».

Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo algunas de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubiese confiado. En este último artículo pueden caer en sanción, eclesiásticos, médicos, cirujanos, matronas, boticarios, a pesar que el Código no es bien explícito, si los deja a éstos fuera del escalafón de empleados públicos.

También debemos calificar en este último caso en la revelación de un secreto de un particular si le ocasionan o no en su divulgación perjuicio que se le infiera en su posición, en su honor, en su dignidad que pueda afectarle para que haya la condición de un verdadero delito o si no bastaría que el Código indicara un agravio social.

DESOBEDIENCIA Y DENEGACIÓN DE AUXILIO

En el orden administrativo para su propio mecanismo tiene que existir una organización que dé su distribución jerárquica dentro de un escalafón de puestos dando a cada uno sus atribuciones, siempre con sus jefes directivos; por esto será obligación en los empleados inferiores obedecer las órdenes y mandatos dictados por sus superiores dentro del desempeño de sus labores.

El capítulo que tratamos estipula el castigo a los que faltaren a estos deberes; para su efecto, nuestro Código en su artículo 252, lo establece: «El empleado público que se negare abiertamente a obedecer a las órdenes de sus superiores en asuntos del servicio, será penado con inhabilitación especial perpetua, para el cargo u oficio».

En la misma pena incurrirá cuando habiendo suspendido por cualquier motivo la ejecución de órdenes de sus superiores las desobedeciere después que éstos hubieren desaprobado la suspensión. En uno y otro caso, si el empleado no fuere retribuído, la pena será de reclusión menor en cualquiera de sus grados o multa de 100 a 1,000 pesos.

Irrefutable lógica ha tenido el Código en este artículo, en su inciso 2.º, al querer que en el ejercicio de los Poderes Públicos, hacer fecundos los derechos recíprocos de las personas que viven dentro del Estado. Y, por esto, en todos los casos y en todo momento los funcionarios públicos deben prestar su debida cooperación, según sea la índole de sus cargos para la mejor realización de sus servicios.

FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES

Con este título de lucro fraudulento, sufre la moralidad pública y el prestigio de la autoridad va en detrimento de la administración, por eso nuestro Código sanciona estos abusos con debido rigor en su artículo 239.

El empleado público que en las operaciones en que intervinere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las Municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdidas o privándole de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medios a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.

Art. 240. El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del 10 al 50 por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto a los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas, tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarios. Las mismas penas se impondrán a las personas relaciona-

das en este artículo, si en el negocio u ocupación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, alguno de sus ascendientes, o descendiente legítimo por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo, etc.

Los empleados públicos que, con los intereses del contratista, mezclen sus propios intereses, convirtiéndose ellos mismos en contratistas ocultos y anteponen los intereses del Estado a los suyos propios. La ley debé castigarlos con severas penas, tanto que sea su intervención directa como indirecta.

En rigor nada tenemos que objetar en este artículo, bajo el punto de vista moral y de justicia, pues la ley ha sido previsora al fijar la responsabilidad en los funcionarios que realizan estas exacciones.

Al finalizar esta Memoria, debemos agregar que el estudio de estas causas que dañan a la Sociedad y que al procurar buscar su remedio no olvidemos que, el remedio de estos males, no es obra de uno, sino que es obra de una colectividad entera, que conozca sus perjuicios y la intensidad de su mal que ponga tanto en su educación como eficacia en sus leyes represivas.

El arte en legislar consiste que él sea gradual y progresivo con relación al estado de cultura social y que ella pueda asimilarse sin trastorno.

El progreso mismo crea cada día nuevos problemas, amplía mayores horizontes, que deben ser estudiados para incorporarlos en las leyes, las resoluciones y principios respectivos.

Las leyes son la codificación de las necesidades sociales, la lección de la experiencia convertida en precepto. Pero las necesidades varían y la experiencia adquiere latitud y desarrollo, de manera que los legisladores deben estar siempre alerta de las nuevas exigencias del progreso.

Tengamos presente que trabajar por el bien de todos, por el bien común, es la más preciada de las virtudes cívicas. Pero tomar por pretexto el bien de los demás, para ir a buscar en la vida pública tan sólo la satisfacción de vanidades personales es una de tantas mistificaciones de la honradez y talvez la más perjudicial de todas ellas.

JURISPRUDENCIA

E. Gallardo.—4.



JURISPRUDENCIA

Revisando la *Gaceta de los Tribunales*, hemos hallado las sentencias de los delitos de Cohecho, Malversación de Caudales Públicos y Prevaricación que más adelante insertamos:

DELITO DE COHECHO

<u>Sentencia N.º</u>	<u>Pág.</u>	<u>Año</u>
749	274	1863
102	57	1874
879	601	1800
1076	733	1800
2049	1132	1883
2396	1376	1883
371	239	1884
2705	1741	1887
3992	2331	1887
3823	2445	1887
4011	946	1890
1654	85	1892
1731	144	1892
3028	892	1895
3066	418	1896
3170	498	1896
3233	553	1896
5548	813	1896

<u>Sentencia N.º</u>	<u>Pág.</u>	<u>Año</u>
1976	1222	1897
1976	1273	1897
3225	730	1897
807	749	1900
271	238	1900
541	546	1902

DELITO DE PREVARICACION

2161	1125	1877
2930	1498	1877
1225	642	1883
1088	571	1883
671	385	1887
1579	1035	1886
1752	1132	1886
3753	2406	1886
4699	1541	1886
3594	1094	1893
1324	1017	1894
3748	568	1894
3056	59	1894
1397	1016	1895
2338	287	1895
1511	1048	1896
2868	275	1896
4885	362	1896
2550	402	1897
3166	683	1897
3549	946	1897
3985	1209	1897
3225	730	1897
231	218	1900
1768	1806	1900
1277	1350	1907
514	490	1903
1277	1350	1903
709	1151	1912

MALVERSACION CAUDALES PUBLICOS

<u>Sentencia N.º</u>	<u>Pág.</u>	<u>Año</u>
88	40	1873
892	613	1879
1227	848	1800
594	376	1881
2350	1315	1881
9	8	1881
597	344	1884
2111	1195	1884
2049	1132	1884
564	348	1884
1593	947	1885
1627	972	1885
2091	1293	1887
148	80	1886
2644	1655	1886
3081	446	1889
3877	981	1889
1654	85	1892
1949	1277	1893
314	240	1893
1641	1063	1893
1895	1253	1893
3143	106	1893
3382	909	1893
3433	953	1893
3594	1094	1893
3698	76	1893
4678	713	1893
4993	719	1893
968	757	1894
114	77	1894

<u>Sentencia N.º</u>	<u>Pág.</u>	<u>Año</u>
220	145	1894
1324	1017	1894
4166	655	1895
4160	651	1896
3774	873	1895
4076	1025	1896
4102	1041	1896
47	26	1897
977	621	1897
2020	1303	1897
662	415	1897
1973	1497	1898
1975	1499	1898
2304	1799	1898
1136	1111	1900
1471	1438	1900
1286	1246	1900
1537	1577	1902
1097	38	1902
2096	458	1902
805	980	1904
806	981	1904
670	821	1904
238	249	1904
554	678	1904
607	950	1905
888	362	1906
746	90	1909
874	299	1909
619	1082	1910
1088	613	1911

BIBLIOGRAFIA



BIBLIOGRAFIA

- Código Penal de Chile.
GROIZARD.—Código Penal.
PACHECO.—Código Penal.
VIADA.—Código Penal.
BAÑADOS ESPINOZA.—Código Penal.
FUENZALIDA.—Código Penal.
TEJEDA.—El Cohecho.
TEJEDA.—Malversación Caudales Públicos.
-

INDICE



INDICE

	Página
Introducción.	7
Capítulo I. —De la Prevaricación.	11
Capítulo II. —El Cohecho.	19
Capítulo III.—Malversación de Caudales Públicos.	27
Jurisprudencia.	51
Bibliografía.	57
