

LOS DELITOS CONTRA LA COSA PUBLICA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO *

ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ

SUMARIO

1. *LA NUEVA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO. ANTECEDENTES DE LA LEY. OBJETIVOS. SU ORIENTACION GENERAL EN MATERIA PENAL. DISPOSICIONES ANTICONSTITUCIONALES*

2. *LAS DISPOSICIONES DEROGADAS DEL CODIGO PENAL. LA NUEVA REGULACION DEL PECULADO, CONCUSION, CORRUPCION DE FUNCIONARIOS, ABUSO DE FUNCIONES Y SUPOSICION DE VALIMIENTO CON LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. LAS CERTIFICACIONES MEDICAS FALSAS Y LA OCULTACION, INUTILIZACION, ALTERACION, RETENCION O DESTRUCCION DE DOCUMENTOS*
A. El delito de peculado. B. Concusión. C. La corrupción de funcionarios. D. El abuso de funciones y su nueva tipificación. E. El lucro de funcionarios y su nueva tipificación como obtención ilegal de utilidad en actos de la Administración Pública. F. La suposición de valimiento con los funcionarios públicos. La sanción a la víctima. G. Otras disposiciones del Código Penal modificadas; las certificaciones médicas falsas y la ocultación, inutilización, alteración, retención o destrucción de documentos.

3. *REFERENCIA GENERAL A LOS NUEVOS DELITOS*

4. *OTROS ASPECTOS PENALES DE LA LEY DE SALVAGUARDA. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. EL REGIMEN DE PENAS, CONCURSO DE DELITOS, PRESCRIPCION. EXCLUSION DE LOS BENEFICIOS*

A. El principio de culpabilidad. Dolo y culpa. Casos de responsabilidad objetiva. B. El régimen de penas de la nueva ley. No procedencia de la libertad bajo fianza, sometimiento a juicio, ni suspensión condicional de la pena. C. Concurso de delitos. Prescripción.

* Este trabajo fue publicado en la edición de la *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos, N° 2, Caracas, 1983, pp. 125 a 144.

1. LA NUEVA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO. ANTECEDENTES DE LA LEY. OBJETIVOS. SU ORIENTACION GENERAL EN MATERIA PENAL. DISPOSICIONES ANTICONSTITUCIONALES

La Nueva Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público publicada en la *Gaceta Oficial* N° 3.077 Extraordinario, de fecha 23 de diciembre de 1982 y vigente a partir del 1° de abril de 1983, nos permite la oportunidad de formular diversas observaciones desde la perspectiva del Derecho Penal.

Este nuevo instrumento legal persigue el objetivo de contribuir a la lucha contra la corrupción administrativa, flagelo que ha causado grandes estragos en nuestro sistema republicano y que amenaza seriamente la estabilidad de la democracia, de manera tal que se impone la más efectiva reacción del Estado, con sus más severos y extremos recursos, entre los que se cuenta la amenaza de la pena, que encuentra precisamente su plena justificación ante hechos graves que lesionan el equilibrio ético de la sociedad o ante hechos que se resisten a otras sanciones que se muestran como francamente insuficientes o inútiles.

La gravedad y extensión de la corrupción administrativa y los grandes escándalos con el trasfondo de la seria lesión al patrimonio público, hicieron generalizado el clamor de una reforma legal que proporcionara a las autoridades competentes un punto de apoyo más firme, enérgico y eficaz para enfrentar tan grave problema.

Tal ha sido la *ratio* de la novísima ley, cuyo proceso de elaboración ha sido lento y prolongado, con etapas de paralización y sin oposición expresa. Ha habido coincidencia en la necesidad de la represión más enérgica de la corrupción administrativa; y, en definitiva, en la sucesiva revisión del texto sometido a discusión, fue cediendo de alguna manera la posición extrema de excesiva rigidez y autoritarismo de los proyectos originales, que dejaban traslucir un pernicioso y exagerado sentimiento de desconfianza hacia todo funcionario público, y se fue imponiendo una línea de mayor equilibrio, que está presente en el texto promulgado, notablemente mejorado a raíz de

las observaciones que formulara el Presidente de la República al solicitar la reconsideración de la ley aprobada por el Congreso. Prueba de lo afirmado, a título de ejemplo, y ello resulta del estudio de los materiales que precedieron la nueva ley, es la eliminación de la presunción de voluntariedad de la acción u omisión que figuraba en el Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados y que podía interpretarse como una presunción de dolo¹ y la diversa calificación de algunos hechos que la ley aprobada por el Congreso consideraba como delitos y que correctamente, a raíz de la reconsideración solicitada por el Presidente, pasaron a la categoría de ilícitos administrativos, como los casos de la adquisición o utilización de maquinarias, vehículos o materiales que excedan a las necesidades del organismo, las erogaciones excesivas de escritorio y papelería, o la realización de gastos suntuarios (Art. 77 del Proyecto aprobado en Diputados).

Sin embargo, a pesar de las modificaciones hechas al texto de la ley, subsisten algunas de las exageraciones de los proyectos originales, con lo cual, si bien considero que se trata de un instrumento legal conveniente y necesario, en mi opinión, en materia penal, en algunos aspectos, contiene disposiciones de exagerada severidad, deja traslucir tendencias objetivistas que chocan con el principio de culpabilidad, contiene tipos abiertos que se oponen al principio de legalidad, sobrelora el criterio del daño económico, y en alguna medida consagra un fuero especial para los infractores de la ley, lo que podría favorecer un tratamiento privilegiado en relación a los restantes representantes del submundo delictivo.

En particular, considero debe llamarse la atención sobre algunas disposiciones del texto vigente que chocan con principios básicos del orden constitucional y penal venezolanos. En primer lugar, se hace necesario recalcar el total rechazo a la disposición contenida en el artículo 46 de la nueva Ley que consagra la inversión de la carga de la prueba en materia de enriquecimiento ilícito, aplicable asimismo al nuevo delito con el mismo nombre consagrado en el Art. 65. Tal previsión es contraria al principio de inocencia a favor del imputado, por el cual "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad", establecido en el Art. 8, numeral 2 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y como lo ha afirmado el doctor Chiossone en informe sobre el proyecto de Ley de Salvaguarda:

1. "La acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria, a no ser que conste lo contrario" (Art. 4 del Proyecto aprobado en Diputados).

“la inversión de la carga de la prueba es un sistema indigno del Estado de Derecho...”. Ciertamente considero que en un Estado democrático no puede establecerse un principio que lesiona un interés fundamental de la persona humana como es su libertad, precisamente en juego en el proceso penal, que debe otorgar las máximas garantías al inculpado. La naturaleza del proceso penal, determinado por un interés público, impone al Estado la obligación de indagar la verdad y no puede descargarse tal responsabilidad en el inculpado que debe tenerse como inocente, y que, como lo anota Vélez Mariconde, goza de una situación jurídica que no requiere ser construida sino destruida, no teniendo el deber de probar nada aunque tenga el derecho de hacerlo. Por todo esto opino que tal inversión de la carga de la prueba en materia penal es contraria a la garantía de la inviolabilidad de la libertad consagrada en el artículo 60 de la Constitución, siendo así que a pesar de que no se enuncie expresamente el principio de inocencia, sin embargo este principio está implícito en el enunciado de consecuencias de la inviolabilidad de la libertad y seguridad personales que hace la Constitución en el artículo antes citado. Por otra parte queda, a mi juicio, sin explicación, lo que expone la Comisión Bicameral en su informe presentado a raíz de la reconsideración de la Ley solicitada por el Presidente de la República en relación al texto legal definitivo, en el que se señala que “en particular, y en virtud del contenido del artículo 8, numeral 2 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, la Comisión modificó la redacción del artículo 44 relativo al tipo de enriquecimiento ilícito, lo cual incidió también en el artículo 62 (*hoy 66*), cuya modificación había sido solicitada por el Presidente de la República”. Y señalo que queda sin explicación, ya que no parece tener sentido la referencia a la modificación del texto en materia de enriquecimiento ilícito en virtud del principio de inocencia, si se ha mantenido la inversión de la carga de la prueba, tal como se consagra en el artículo 46 de la Ley de Salvaguarda.

Asimismo, es obligada la referencia al caso del Art. 37 de la nueva ley que establece que “ningún funcionario será relevado de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden de funcionario superior, al pago, uso o disposición indebido de los fondos u otros bienes de que sea responsable, *salvo que compruebe haber advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida*” (subrayado del autor). Esta excepción, como ya lo observamos durante el período de formación de la ley, no cabe dentro de nuestro ordenamiento y choca con lo estipulado en el artículo 16 de la Constitución, según el cual no sirven de excusa a los funcionarios “órdenes superiores manifiestamente contra-

rias a la Constitución y a las leyes”, imponiéndose por tanto la responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, del funcionario y asimismo de quien dio la orden. No puede, por tanto excusar al funcionario la comprobación “de haber señalado por escrito la ilegalidad de la orden”. No hay en Venezuela obediencia ciega, ni debe, en ningún caso, por ello, un subalterno obedecer una orden manifiestamente contraria a la Constitución y a las leyes. A lo más, podrá eximirse de responsabilidad al subalterno que obedece cuando hay un supuesto de error o de no exigibilidad de otra conducta por Estado de Necesidad.

De la misma manera, considero que hay tipos que de alguna forma chocan con el principio de legalidad por su absoluta imprecisión generadora de inseguridad para la ciudadanía como es el caso, para citar un solo ejemplo, del delito contemplado en el artículo 64 de la nueva ley, que hace referencia a lo que antes se denominaba lucro de funcionarios y que ya no es tal por extenderse a cualquier persona, y que se define con una fórmula tan amplia y ambigua como la siguiente: “Fuera de los casos expresamente tipificados, el funcionario público o cualquier persona que por sí misma o mediante persona interpuesta se procure ilegalmente alguna utilidad en cualquiera de los actos de la administración pública, será penado con prisión de uno a cinco años y multa de hasta el cuarenta por ciento de la utilidad procurada”.

Formuladas estas consideraciones generales, pasemos ahora al análisis de algunos aspectos penales más concretos.

2. LAS DISPOSICIONES DEROGADAS DEL CODIGO PENAL. LA NUEVA REGULACION DEL PECULADO, CONCUSION, CORRUPCION DE FUNCIONARIOS, ABUSO DE FUNCIONES Y SUPOSICION DE VALIMIENTO CON LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. LAS CERTIFICACIONES MEDICAS FALSAS Y LA OCULTACION, INUTILIZACION, ALTERACION, RETENCION O DESTRUCCION DE DOCUMENTOS

La nueva ley deroga en forma expresa las disposiciones del Código Penal venezolano contenidas en los artículos 195 (*Peculado*), 196, 197 (*Concusión*), 198, 199, 200, 201, 202 y 203 (*Corrupción de funcionarios*), 204 (*Abuso genérico de funciones y excitación a la desobediencia de las leyes o las medidas tomadas por la autoridad*), 205 (*lucro de funcionarios*), y 233 (*suposición de valimiento con los funcionarios públicos*); así como la disposición común del Art. 236 sobre la noción de funcionario público, todas normas del Título III del Código Penal, Libro II, que trata de los Delitos contra la Cosa Pública; y también, el Ord. 5º del Art. 466 *eiusdem*. Pero además, aunque no lo mencione

expresamente, deroga las disposiciones contenidas en los artículos 231 y 331 *eiusdem*.

Además de la derogatoria de estas disposiciones, la Ley de Salvaguarda introduce nuevos delitos que tratan de abarcar las más diversas formas de atentar contra el patrimonio público.

Nos referiremos ahora fundamentalmente a la nueva reformulación de los viejos tipos delictivos.

A. *El delito de peculado*

El delito de peculado se nos presenta ahora bajo nuevas formas y dentro de un régimen que ha introducido modificaciones sustanciales en relación a la legislación derogada. De una parte, se ha modificado la estructura del tipo básico tradicional, se añaden las figuras del peculado impropio, del peculado culposo y del peculado de uso; y se elimina el subtipo privilegiado denominado "peculado menor" o "peculadito".

En primer lugar, el peculado doloso propio, se define ahora en forma más lógica como el hecho *del funcionario que se apropia o distrae, en provecho propio o de otro, bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público, cuya recaudación, administración o custodia tenga por razón de sus funciones* (Art. 58). De esta manera, las innovaciones fundamentales consisten en la sustitución de la inapropiada expresión de la "sustracción" del Código Penal, definatoria del hurto, por la más adecuada de la "apropiación", que corresponde a la naturaleza jurídica de apropiación indebida del peculado, que supone la inversión del título por el que se posee, con el añadido de la "*distracción*" o cambio de destinación del bien, de un fin público a un fin que redunde en provecho privado, del mismo funcionario o de un tercero, excluido otro destino público o de la Administración Pública, lo que ya no constituye peculado, sino el nuevo delito específico de *malversación* contemplado en el artículo 60 de la nueva ley, que, sin embargo podría inducir a error por la redacción confusa del tipo de dar "a los fondos o rentas a su cargo una aplicación diferente a la presupuestada, *aun en beneficio público...*", lo que debe entenderse en el sentido de que la simple aplicación pública diferente constituye delito de malversación, aunque pueda redundar en beneficio de la Administración Pública.

Además, en el delito de peculado, en su nueva formulación, se sustituye la fórmula vieja referida al objeto material del delito de "los dineros u otros objetos muebles" por "los bienes del patrimonio pú-

blico o en poder de algún organismo público”, expresión amplia, comprensiva en cualquier bien, por lo que asimismo cabría plantear el problema de los bienes inmuebles. Pero debe señalarse en relación a éstos, que lo que puede darse es la inversión de su uso de modo que se produzca, como dice Manzini, la apropiación o la distracción de los frutos del inmueble.

Ahora bien, a pesar de que la nueva ley no abandonó la exigencia de que los bienes objeto del peculado deben haber sido confiados o tener una relación con las funciones del sujeto activo, a quien debe corresponder la recaudación, administración o custodia de tales bienes, ha previsto, en el mismo artículo 58, la posibilidad de que el funcionario no tenga en su poder directa o materialmente los bienes, pero pueda disponer de ellos por su condición de funcionario público, hipótesis que puede denominarse, como lo hace el Proyecto Sosa-Tamayo, como *peculado doloso impropio*. En este caso, considero que la interpretación correcta, a pesar de la imprecisión de la fórmula adoptada, es la de que la voluntad de ley ha sido la de asimilar al peculado en sentido estricto la situación de quien se apropia o distrae los bienes antes enumerados aunque no los tenga materialmente en su poder, pero de los que pueda disponer en razón de una posibilidad de hecho o legal que permita la apropiación o distracción. Tal es el caso de algunos altos funcionarios públicos que, aunque no tengan materialmente en su poder los bienes, pueden disponer de ellos, bien sea por una situación de hecho o en razón de facultades legales, y, en tal virtud, se los apropian o distraen.

Por otra parte, la Ley de Salvaguarda consagra las nuevas figuras del *peculado culposo* (Art. 59) y del *peculado de uso* (Art. 71, numeral 5). El primero consiste en el hecho del funcionario público que “por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones, diere ocasión a que otra persona se apropie o distraiga los bienes indicados en el artículo que precede...”. Se trata de una innovación en nuestro sistema penal y de acuerdo a tal disposición se sanciona ahora, no toda conducta culposa del funcionario que ocasione un daño a la Administración, sino, en forma específica, la conducta culposa que sirve de ocasión para que otro sujeto, dolosamente cometa el delito de peculado descrito en el Art. 58 de la ley. Se trata así, prácticamente, de la consagración legislativa de la *participación culposa en un hecho doloso*, figura que choca doctrinariamente con las reglas generales de la participación.

Y por lo que respecta al *peculado de uso*, éste se consagra en el ya citado Art. 71, numeral 5, donde se expresa: Serán penados “con prisión

de uno a cinco años al funcionario público o a cualquier persona que utilice en obras o servicios de índole particular, para fines contrarios a los previstos en las leyes, reglamentos, resoluciones u órdenes de servicio, a trabajadores, vehículos, maquinarias o materiales que por cualquier título estén afectados o destinados a un organismo público". Se trata, sin duda, de una novedad en materia de delitos contra la Cosa Pública.

De acuerdo con este tipo delictivo se sanciona penalmente, lo que no sucede en la mayoría de las legislaciones extranjeras, no ya la inversión del título por el cual se posee como en el peculado, sino el simple uso momentáneo de fuerza de trabajo o de bienes públicos en beneficio particular y contraviniendo las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes. Ahora bien, aparte de lo amplio del tipo, que traerá no pocas dificultades en su aplicación, se extiende la condición de sujeto activo del delito a "cualquier persona", además del funcionario público. ¿Cómo entender tal previsión? Para no desvirtuar el funcionamiento de los diversos tipos delictivos y, en particular, para no desnaturalizar el delito de peculado, del que constituye esta hipótesis un subtipo, creo que lo lógico es entender que sólo pueden cometer este delito además de los funcionarios públicos, aquellos particulares que tengan de hecho a su cargo trabajadores o bienes públicos. Además, cuando el funcionario público permite que un particular use los bienes públicos en el sentido expresado, responderían ambos por este mismo delito a título de coautores.

En materia de peculado, finalmente, la nueva ley elimina completamente la atenuación que contemplaba la norma derogada del artículo 195 del Código Penal, conocida con el nombre de "peculado menor" o "peculadito". Considero que si bien era conveniente la eliminación de la mención al perjuicio leve como atenuante, lo que daba lugar a abusos interpretativos de comparación de la cantidad apropiada con la cantidad global de la asignación presupuestaria, no parecía indicado eliminar la atenuación cuando el perjuicio resulta enteramente reparado, tal como se encontraba previsto en el Proyecto Sosa-Tamayo.

B. *Concusión*

En el artículo 62 de la Ley de Salvaguarda se consagra el delito de concusión, con el señalamiento de que incurre en él: "el funcionario que, abusando de sus funciones, constriña o induzca a alguien a que dé o prometa para sí mismo o para otro, una suma de dinero o cual-

quier otra ganancia o dádiva indebidas, será penado con prisión de dos a seis años y multa de hasta el cincuenta por ciento de la cosa dada o prometida”.

No hay modificación de fondo en la tipificación del delito de concusión, unificándose tan sólo en una sola disposición las figuras que algunos han denominado de la *concusión positiva violenta* y de la *concusión positiva fraudulenta*, o mejor, de la concusión *explícita e implícita* que figuraban en los artículos 196 y 197 del Código Penal; y eliminándose la figura atenuada de la *concusión negativa* (recepción de lo no debido aprovechándose del error ajeno) y la atenuación por el escaso valor de lo dado o prometido (Art. 197 del Código Penal).

Este delito, como es sabido, se constituye básicamente por la conducta del funcionario público explícita o implícitamente, abusando de sus funciones, por medio de violencias o amenazas o de alguna otra manera, en virtud del temor que es capaz de infundir su condición de funcionario público, esto es, en razón del *metus publicae potestatis* determina la promesa o entrega de una suma indebida.

C. *La corrupción de funcionarios*

En materia de corrupción de funcionarios la Ley de Salvaguarda, al igual que las normas derogadas del Código Penal (Arts. 198 a 203 inclusive), consagra las clásicas figuras de la *corrupción impropia* y la *propia*, según el hecho de corrupción tenga por objeto un acto funcional o legal, o se trate de omitir o retardar un acto funcional o de realizar un acto contrario a los deberes del cargo. Y en la descripción de cada hecho, por otra parte, con mejor técnica que el Código, en el mismo dispositivo legal, para recalcar, a mi juicio, que se trata de un delito único en el que se requiere la concurrencia de dos sujetos, se hace referencia a lo que algunos han denominado corrupción pasiva y activa, según se vea el delito desde la perspectiva del funcionario (*intraneus*) que se deja corromper o desde la perspectiva del que corrompe (*extraneus*). De esta manera, pues, en el Art. 65, se define la *corrupción impropia* como el hecho de “cualquier funcionario público que por razón de sus funciones reciba para sí mismo o para otro, retribuciones u otra utilidad que no se deban, o cuya promesa acepte” y se le asigna una pena de prisión de uno a cuatro años y multa del cincuenta por ciento de lo recibido o prometido; y “con la misma pena será castigado quien diere o prometiére el dinero, retribuciones u otra utilidad...”. Y en el artículo 67 se hace referencia a otra forma de corrupción, al señalarse: “cualquier funcionario público que por hacer, retardar u omitir algún acto

de sus funciones, o que por efectuar alguno que sea contrario al deber mismo que ellas impongan, reciba o se haga prometer dinero u otra utilidad, bien por sí mismo o mediante otra persona, para sí o para otro, será penado con prisión de tres a siete años y multa de hasta el cincuenta por ciento del beneficio recibido o prometido". A continuación, en el mismo artículo se establecen agravaciones, si la conducta ha tenido determinados efectos, como conferir empleos públicos o subsidios, etc., y asimismo, para el caso de *corrupción judicial*, si de ello resultare una sentencia condenatoria restrictiva de la libertad que exceda de seis meses. Y finalmente, en el mismo dispositivo se señala que "con las mismas penas, y en sus casos, será castigado quien diere o prometiére el dinero u otra utilidad indicados...". Ahora bien, cabe observar que el legislador, creemos inadvertidamente, al describir este tipo delictivo que en su esencia corresponde a la corrupción propia, incluyó la mención por "*hacer... algún acto de sus funciones...*", lo que corresponde a la corrupción impropia y que está comprendido en el artículo 65, con lo cual incurre en una inútil repetición a este respecto.

En materia del delito de corrupción debe notarse asimismo que la Ley de Salvaguarda derogó expresamente el artículo 200 del Código Penal en el que se sancionaba la instigación a la corrupción o el empeño en persuadir o inducir a algún funcionario público a la comisión de un acto de corrupción, sin conseguir tal objeto. Ahora bien, derogada esta disposición, no cabe la posibilidad de sancionar tal conducta como tentativa de corrupción, ya que este delito exige la concurrencia de dos voluntades, no siendo suficiente la actividad ejecutiva de un solo sujeto.

D. *El abuso de funciones y su nueva tipificación*

El artículo 69 de la Ley de Salvaguarda derogó también el Art. 204 del Código Penal que consagraba el denominado *abuso genérico de funciones*, y de paso, también, la *excitación a la desobediencia de las leyes por parte del funcionario público*, contenido en el único aparte del mismo artículo del Código Penal. Pero, en este caso, el nuevo artículo 69, no se limitó a perfeccionar el tipo básico y modificar su penalidad sino que, inexplicablemente, a mi juicio, alteró completamente el sentido de la anterior disposición borrando del mapa penal venezolano el abuso "genérico" de funciones, para consagrar un nuevo hecho punible por el que se sanciona, no el hecho del "funcionario público que abusando de sus funciones, ordene o ejecute en daño de alguna persona cualquier acto arbitrario que no esté especialmente previsto como delito o falta por

una disposición de la ley" (artículo 204 del Código Penal, derogado) sino, específicamente, el hecho del funcionario que, *con la finalidad de obtener algún provecho o utilidad*, ordene o ejecute en daño de alguna persona un acto arbitrario que no esté especialmente previsto como delito o falta por una disposición de ley (Art. 69 de la Ley). Ahora bien, el añadido de esta finalidad o de este elemento subjetivo, impide que de ahora en lo adelante pueda sancionarse penalmente al funcionario que ejecuta un acto arbitrario en daño de otra persona y ello lo hace, no por un fin de lucro, sino como sucede en tantos casos, por otras motivaciones como la soberbia, la retaliación política o el odio. En definitiva, en los otros delitos contra la Cosa Pública hay una finalidad económica, de provecho; pero en éste, que ha debido mantenerse, no se da tal finalidad, sino que se protege al particular frente al abuso tan frecuente de la autoridad por otros fines. Por lo demás, debe señalarse que tal añadido se hizo, a raíz de la reconsideración solicitada por el Presidente de la República, aunque tal punto no fue objeto de señalamiento crítico alguno, ni la mencionada norma tenía relación alguna de conexidad con otras disposiciones modificadas.

E. *El lucro de funcionarios y su nueva tipificación como obtención ilegal de utilidad en actos de la Administración Pública*

El delito denominado de lucro de funcionarios que figuraba en el artículo 205 del Código Penal ha quedado también derogado por la nueva Ley de Salvaguarda, la que, además de algunos nuevos delitos que, en definitiva, se resuelven en casos específicos de lucro de funcionarios (Art. 63, por ejemplo o, en alguna medida, algunos supuestos de los Arts. 70 y 71 de la Ley), consagra un nuevo tipo sumamente amplio y de naturaleza subsidiaria, por el cual, "fuera de aquellos casos expresamente tipificados, el funcionario público o cualquier persona que por sí misma o mediante persona interpuesta se procure ilegalmente alguna utilidad en cualquiera de los actos de la Administración Pública, será penado con prisión de uno a cinco años y multa de hasta el cincuenta por ciento de la utilidad procurada" (Art. 64 de la Ley).

Este nuevo delito, prácticamente, hace posible la sanción penal por la obtención ilegal de cualquier utilidad en razón de algún acto de la Administración, con la característica que puede ser cometido el hecho por "*cualquier persona*", por lo que no puede ya hablarse de lucro de funcionarios.

Por lo demás, el exceso de la disposición nueva, se ve restringido paradójicamente por la expresión "ilegalmente" que no era requerido

por el tipo sustituido y que hacía posible la existencia del delito por el simple hecho del interés privado en los actos de la Administración, aunque el acto fuese legítimo.

F. *La suposición de valimiento con los funcionarios públicos.
La sanción a la víctima*

El delito contemplado en el artículo 233 del Código Penal denominado también de *venta de humo*, subtipo de estafa, de suyo agravada, por implicar además una ofensa a la Administración Pública, pero que el Código privilegiaba con una pena de prisión de seis a treinta meses, ha quedado reivindicado como hecho más grave que el tipo básico de estafa por la nueva ley, que señala, en el artículo 77, que "la persona que alardeando de valimiento o de relaciones de importancia con cualquier funcionario público reciba o se haga prometer, para sí o para otro, dinero o cualquier otra utilidad, bien como estímulo o recompensa de su mediación, bien so pretexto de remunerar el logro de favores, será penado con prisión de dos a siete años". Por otra parte, la nueva disposición ofrece la absoluta novedad en nuestro sistema de sancionar asimismo penalmente a la víctima o sujeto engañado, sin duda, por su mala fe, la cual no excluye, como es lógico, el delito principal. Y de esta manera, en la misma disposición se señala que será sancionado con "prisión de seis meses a dos años a quien dé o prometa el dinero o cualquier otra utilidad de las que se indican en este artículo...". Sin embargo, se prevé una especial causa de extinción de la responsabilidad penal para la víctima cuando "haya denunciado el hecho ante la autoridad competente, antes de la iniciación del correspondiente proceso judicial".

Cabe asimismo señalar que, con evidente lógica, ante la constatación del legislador de que este tipo de delito abarca el supuesto contemplado por el vigente artículo 466, Ord. 5º del Código Penal, la nueva ley derogó expresamente este ordinal en el artículo 109, quedando así eliminado el superfluo inciso.²

G. *Otras disposiciones del Código Penal modificadas: las certificaciones médicas falsas y la ocultación, inutilización, alteración, retención o destrucción de documentos*

A pesar de que la nueva ley no hace referencia expresa a la derogatoria de otros artículos del Código Penal, fuera de los indicados antes,

2. Esta observación la había formulado en mi trabajo, *La Estafa y otros Fraudes en la Legislación Penal Venezolana*, en 1971.

las nuevas disposiciones de la Ley de Salvaguarda derogan implícitamente otras normas del Código Penal. Entre éstas, cabe hacer referencia al caso de las certificaciones médicas falsas, contemplado en el artículo 331 del Código Penal, que queda ahora derogado por el nuevo artículo 74 de la Ley de Salvaguarda que establece: "El médico o cualquier otro profesional de la salud que expida una certificación falsa, destinada a dar fe ante la autoridad o ante particulares, de enfermedades de personas amparadas por el Seguro Social Obligatorio, o extienda certificado de reposo o de hospitalización en clínica, instituto hospitalario o local *ad hoc* a persona sana, será penado con prisión de seis meses a dos años". Y añade: "Con la misma pena se castigará a quien forjare tales certificaciones o altere alguna regularmente expedida; a quien hiciere uso de ella, o a quien diere o prometiére dinero u otra recompensa para obtenerlas". Y finaliza el artículo señalando que: "Si el hecho se cometiere mediante recompensa para sí o para otro, la pena se aumentará en una tercera parte".

Asimismo otro artículo del Código Penal, el 231, ha quedado sustituido, al menos en su tipificación básica, por el artículo 76 de la Ley de Salvaguarda que señala: "El funcionario público o cualquier persona que maliciosamente ocultare, inutilizare, alterare, retuviere o destruyere total o parcialmente, un libro o cualquier otro documento que curse ante cualquier organismo público, será penado con prisión de tres a siete años".

En relación a este último dispositivo debe señalarse que, a diferencia del Código Penal, la Ley de Salvaguarda no contempla en la acción delictiva la referencia a la sustracción, perteneciente sin duda a otro tipo delictivo, aunque menciona la retención; suprimió del objeto material la mención de los instrumentos o efectos del hecho punible; y no incluyó los apartes correspondientes del Código en materia de agravación, cuando el culpable fuere el funcionario que tenía los efectos o documentos bajo su custodia en razón de sus funciones, ni la atenuación por lo leve del perjuicio o por la restitución antes de toda diligencia procesal.

Por otra parte, el nuevo texto legal incluyó en el tipo básico la expresión "maliciosamente".

Considero que no ha sido afortunada la nueva redacción que deja un vacío en la estructura del nuevo hecho punible, sobre todo en lo referente al objeto material. Por otra parte, en mi opinión, no habiendo una derogatoria expresa del artículo 231 del Código Penal, bien pueden considerarse subsistentes los dos apartes que no fueron afectados por la

nueva Ley. Finalmente, debe quedar en claro, como lo ha asentado la doctrina, casi unánimemente, que la expresión "maliciosamente" no añade en este caso nada al tipo, recalcando tan sólo el carácter doloso del hecho, lo que, por lo demás, siempre queda sobreentendido en nuestro sistema penal. Simplemente, queda excluida la responsabilidad a título culposo.

3. REFERENCIA GENERAL A LOS NUEVOS DELITOS

Sin entrar ahora en la consideración en detalle de las disposiciones de la nueva Ley que crean nuevas figuras delictivas, sólo queremos destacar la importancia de la Ley de Salvaguarda al considerar como delitos hechos que hasta ahora no quedaban sujetos a la represión penal. Sin embargo, debe señalarse que no todas las figuras o supuestos delictivos que aparecen como nuevos son tales, ya que muchos de ellos bien pueden quedar enmarcados en otros tipos penales, como en los ya analizados, de los que constituyen simples ejemplificaciones que el legislador ha querido resaltar, en algunos casos, por las dudas sobre su tipificación, o en otros, por su incidencia o por su triste notoriedad en la historia de la corrupción en Venezuela.

Entre los nuevos tipos cabe señalar que la Ley de Salvaguarda ha convertido en delito, lo que no aparece del todo claro, considerando algunos que sólo debería ameritar sanciones administrativas o disciplinarias, el hecho que se conoce entre nosotros como *malversación*, por el cual se sanciona con prisión de seis meses a tres años a los funcionarios que dieran a los fondos o rentas a su cargo una aplicación (pública) diferente a la presupuestada o destinada, "aun en beneficio público" (Art. 60);

El "enriquecimiento ilícito", por el cual se sanciona con prisión de tres a diez años al funcionario público que durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación se encuentre, sin poder justificarlo, en posesión de bienes, por sí o por interpuesta persona, que sobrepasen notoriamente sus posibilidades económicas (Art. 66);³

Las erogaciones o compromisos que excedan ilegalmente las disponibilidades presupuestarias (Art. 61);

La utilización con fines de lucro de datos reservados obtenidos por razón del cargo (Art. 63);

3. Sobre este tema, *Vid.* Arteaga Sánchez, Alberto: *El Enriquecimiento Ilícito en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, en Ponencias presentadas a las IX Jornadas "Dr. José María Domínguez Escovar", Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, enero de 1983, pp. 175-485.

Las exacciones ilegales o cobro indebido de impuestos (Art. 68);
El acuerdo o concierto del funcionario público con los interesados en la celebración de contratos, concesiones, licitaciones o liquidaciones (Art. 70);
Las ventajas o ganancias en negociaciones de bienes o servicios por pago de precios superiores o inferiores al valor real o corriente en el mercado (Art. 71, numeral 1);
El aprovechamiento o distracción de los representantes sobre dinero o valores concedidos a sus representados por organismos públicos por concepto de crédito, aval u otra forma de contratación (Art. 71, numeral 2);
Las declaraciones falsas sobre ejecución de obras o suministros públicos (Art. 71, numeral 3);
La desincorporación ilegal de bienes públicos (Art. 71, numeral 4);
El cobro o pago de utilidades ficticias o que no deban distribuirse (Art. 71, numeral 6);
El tráfico de influencias (Art. 72);
La falsedad en la declaración jurada de patrimonio (Art. 73);
La expedición indebida de documentos y certificaciones (Art. 75);
La obtención de beneficios económicos con ocasión de faltas administrativas (Art. 78, numeral 1);
Las órdenes de pagos por obras o servicios no realizados o defectuosamente ejecutados (Art. 78, numeral 2);
La certificación de terminación de obras o servicios inexistentes o en calidad o cantidad inferior a la contratada (Art. 78, numeral 3);
La apertura y manejo irregular de cuentas bancarias con fondos públicos (Art. 79), y
La calumnia específica por la presunta comisión de los hechos punibles contemplados en la Ley de Salvaguarda (Art. 80).

4. OTROS ASPECTOS PENALES DE LA LEY DE SALVAGUARDA. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. EL REGIMEN DE PENAS, CONCURSO DE DELITOS, PRESCRIPCIÓN. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS

A. *El principio de culpabilidad. Dolo y culpa.*
Casos de responsabilidad objetiva

En materia de culpabilidad no hay normas expresas en la Ley de Salvaguarda, aplicándose por tanto los principios generales que regulan

esta materia. Acertadamente, como ya lo notamos, el legislador eliminó la disposición que figuraba en los Proyectos y que podía haberse interpretado como una presunción de dolo, la cual rezaba: "la acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario" (Art. 4 del Proyecto aprobado en Diputados). Rige por tanto la regla general de la responsabilidad a título de dolo, que no se presume, y ello, aunque no exista referencia alguna al elemento intencional. Sin embargo, innecesariamente, para recalcar el carácter doloso de algunos hechos, se hace referencia a expresiones tales como "maliciosamente". Y, asimismo, en forma expresa, como debe ser, ya que la responsabilidad por culpa es excepcional y nosotros seguimos el sistema del *numerus clausus*, se describen algunos supuestos de delitos culposos, entre los que se cuenta el peculado culposo (Art. 59).

Algunos casos, sin embargo, reflejan la adopción, contraria al principio de culpabilidad, de una criticable responsabilidad objetiva. Tal podría parecer el supuesto del Art. 60, en el delito de *malversación*, en el que se aumenta la pena si "como consecuencia del hecho resultare algún daño o se entorpeciere algún servicio público". Y en el mismo sentido, no puede menos que llamar la atención el nuevo tipo penal del Art. 78, numeral 1, que hace referencia a la obtención de ventaja, utilidad o beneficio económico con ocasión de las faltas administrativas previstas en el Art. 41, donde, a lo menos, pueden surgir dudas sobre el elemento culpabilista que, en mi opinión, deben resolverse sobre la base de afirmar la necesidad de que tal efecto quede abarcado por la voluntad del sujeto.

B. *El régimen de penas de la nueva ley. No procedencia de la libertad bajo fianza, sometimiento a juicio, ni suspensión condicional de la pena*

En general podemos afirmar que el sistema de penas de la Ley de Salvaguarda pone en evidencia la rigidez y severidad del nuevo sistema para la represión penal de la corrupción administrativa que se instaura con el nuevo instrumento legal. La pena básica para todos los delitos es la "prisión" a la que se añade en muchos casos la pena de *multa*, siendo sin duda elevado el número de años que se impone de restricción de la libertad individual, sin que, por lo demás, sean procedentes los beneficios de la libertad bajo fianza o de sometimiento a juicio, durante el proceso, ni la suspensión condicional de la pena, como sustitutivo penal, ni la anticipación de la libertad definitiva, por el sistema consagrado en

la Ley de Régimen Penitenciario, de la libertad condicional (Art. 103 de la Ley de Salvaguarda).

Por otra parte, se establece, como innovación en esta materia, la pena accesoria a la prisión de la inhabilitación para ejercer cargos o funciones públicos, una vez cesada la condena, y por un tiempo igual al de ésta (Art. 104).

Sin embargo, resulta paradójico constatar que a pesar de tal severidad que parece justificada, sobre todo tomando en cuenta la naturaleza de estos delitos y el perfil de sus autores, en materia de penalidades, la consagración de un solo tipo de pena restrictiva de la libertad, como lo es la prisión, al insertarse en el sistema vigente de penas en el que se consagra el presidio para los hechos más graves, se produce la incongruencia de que un delito como el peculado que antes tenía asignada la pena de presidio, ahora tiene la de prisión, y que otros hechos graves también tienen la misma pena, que no se corresponde con los demás delitos consagrados en el Código Penal. Y como bien lo sabemos, subsisten las diferencias entre el presidio y la prisión, sobre todo en materia de penas accesorias y cómputo de la detención preventiva, y en otros efectos no penales, como la causal de divorcio referida al presidio.

En materia de penas asimismo ha previsto la Ley de Salvaguarda, en el Art. 106, la posibilidad de conversión de la pena de multa, cuando no pudiere ser satisfecha, en prisión, a razón de un día por cada mil bolívares, y ello, sin la limitación del Código Penal que prescribe que la prisión por conversión de multa no podrá exceder de seis meses (Art. 51 del Código Penal).

Considero, por lo demás, que resulta adecuada la eliminación de los beneficios antes señalados, sobre todo, en el plano teórico, del sometimiento a juicio y de la suspensión condicional de la pena, que suponen en sí un tipo de delincuentes de quienes no cabe esperar, en un régimen de prueba, la conformidad con las exigencias de la justicia o la enmienda de su conducta. Ante los hechos de corrupción administrativa parece puede ser efectiva la más seria amenaza de la privación de un bien como la libertad, sin que exista la perspectiva de regímenes sustitutivos.

C. Concurso de delitos. Prescripción

Finalmente cabe hacer referencia dentro de la temática general del Derecho Penal a las disposiciones de la Ley de Salvaguarda en materia de concurso de delitos y de prescripción.

Por lo que respecta al concurso de delitos, en el artículo 105 de la Ley se señala que "al culpable de dos o más delitos, sea que merezcan pena de prisión o de prisión y multa, sea que los hubiere cometido con una o varias acciones, se le aplicará la pena mayor y acumulativamente la mitad del tiempo correspondiente a la pena del otro u otros delitos". En relación a esta disposición, cabe señalar que si bien podría parecer conveniente regular específicamente el problema del concurso de delitos, unificando el criterio de aplicación de la pena, que ahora resulta el mismo para el concurso real y para el concurso ideal de delitos contra la Cosa Pública, no entendemos por qué el legislador tenía que entrar en consideraciones teóricas innecesarias y sustituir, para este caso, la fórmula de la unidad o pluralidad de hechos por el errado criterio de la unidad o pluralidad de acciones. Por otra parte, debe advertirse que la nueva Ley, en relación a la penalidad, en estos casos, adopta el principio de la *acumulación jurídica*, estableciendo que se aplicará, en caso de concurso, la pena mayor, que puede ser de prisión o de prisión y multa, y además, la mitad del "tiempo" correspondiente a la pena del otro u otros delitos, lo que parece estar referido sólo a otras penas privativas de libertad.

Y en cuanto a la *prescripción*, en materia penal, sólo se refiere la Ley de Salvaguarda a la prescripción de la acción penal, para la cual, en todos los delitos contemplados en la Ley especial, fija un lapso de *cinco años*, lo que evita toda discusión sobre el término medio o máximo. Por otra parte, acertadamente y, para evitar la impunidad de muchos hechos, si bien prescribe que el cómputo se hace a partir del momento que señala el Código Penal, establece que "cuando el infractor fuere un funcionario público la prescripción comenzará a contarse desde la fecha de cesación en el cargo o función, y si se tratare de funcionarios que gocen de inmunidad, se contará a partir del momento en que ésta hubiere cesado o haya sido aianada" (Art. 102).

Por supuesto debe entenderse que los otros aspectos de la prescripción (inclusive la denominada *prescripción judicial* que ha debido quedar derogada), así como también otros problemas penales no regulados por esta Ley, como los supuestos de tentativa o frustración o las diversas hipótesis de participación, quedan regulados sobre la base de los principios generales consagrados en el Código Penal venezolano.

Con este breve recuento hemos querido suministrar una visión de conjunto sobre el tratamiento de la materia penal en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Muchos temas apenas apuntados

deberán ser objeto de estudios detallados posteriores. Queda ahora en manos de los Tribunales la aplicación de la nueva ley, de manera tal que se restablezca en Venezuela la confianza perdida en la posibilidad de sancionar adecuada y oportunamente los hechos que al lesionar el patrimonio público y poner de manifiesto la "corrupción administrativa", constituyen un serio atentado contra las bases éticas de nuestra sociedad.