

BN
364.1324
R436d

UNIVERSIDAD DE SANTO DOMIN
REPUBLICA DOMINICANA

Facultad de Derecho

EL DESFALCO

TESIS
PARA EL DOCTORADO

sustentada por

MANUEL RESUMIL ARAGUNDE

AÑO ACADÉMICO 1942-43

NUMERO 57

"La Universidad no se hace solidaria de las
opiniones emitidas por el sustentante".
(Ordenanza Núm. 21-40 de fecha 30 Setbre.
de 1940).

IMP. LISTIN DIARIO



UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO
REPUBLICA DOMINICANA

Facultad de Derecho

EL DESFALCO

TESIS
PARA EL DOCTORADO

sustentada por

MANUEL RESUMIL ARAGUNDE

AÑO ACADEMICO 1942-43

NUMERO 57

**"La Universidad no se hace solidaria de las
opiniones emitidas por el sustentante".
(Ordenanza Núm. 21-40 de fecha 30 Setbre.
de 1940).**

IMP. LISTIN DIARIO



6230
v. u.

sig

EL DESPACHO

1933
COLUMBIA UNIVERSITY

NEW YORK

LIBRARY OF THE

NEW YORK

LIBRARY

THE UNIVERSITY OF THE
STATE OF NEW YORK
LIBRARY OF THE
STATE UNIVERSITY OF
NEW YORK

STATE UNIVERSITY OF NEW YORK

BN
364.1324
R436d

A Hugo Respara
del Batista; ar-
dialmente; ar-
M. Resumil

Feb. 18/43

A la memoria de mis padres

MANUEL RESUMIL GUILLAN

y

ELENA ARAGUNDE OTERO

039692



UNIVERSITY OF PITTSBURGH

SCHOOL OF EDUCATION

EDUCATIONAL LEADERSHIP

INTRODUCCION

Al iniciar el estudio del tema que he elegido para mi tesis, deseo declarar —y perdóneseme esta ambiciosa ostentación— que aspiro a que mi trabajo, respondiendo a los fines que se propone la ordenanza que crea la tesis para el doctorado, sirva, en la medida posible, para el enriquecimiento de la bibliografía jurídica nacional y sea una verdadera, si bien modesta, contribución al desarrollo de las investigaciones destinadas a la construcción de nuestra doctrina jurídica, investigaciones que otros, con más rico bagaje de conocimientos, no han querido, por apatía o por otra razón, llevar más lejos.

Sé, sin embargo, que la capacidad de un graduando sin experiencia profesional alguna no puede prometer mucho ni dar una obra maestra por muy grandes que sean el empeño y el amor puestos en la empresa. A pesar de ello, he rehusado entrar por camino trillado y, dominado por mi aspiración, he desechado los temas seductores que ofrecen con opulencia nuestro derecho civil y nuestro derecho penal común y, entre las leyes especiales, he hecho objeto de mi estudio la Ley de Desfalco que, por estar entroncada en su origen con un sistema de derecho extraño al nuestro, tiene la ventaja de brindar al investigador una serie de interesantes problemas.

La tarea no ha sido fácil. Nuestra jurisprudencia, aferrada a las opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, presta material escaso para el estudio acucioso en los casos en que la institución legal que se analiza procede de otra fuente que no sea aquélla de que nacieron nuestros códigos.

Por otro lado, nuestros juristas, imbuídos también de las ideas jurídicas francesas, parecen mantenerse al margen, salvo muy raras excepciones, de la evolución de otros regímenes cuyo estudio, fuera de lo que éste representa para el mejoramiento de nuestro acervo cultural jurídico, nos es necesario tanto por la influencia que aquéllos tienen en muchas de nuestras leyes especiales como por la que tienen en las relaciones y los vínculos que nos unen a algunas de las naciones en que están instituidos. Quizás sea esta falta de preocupación por los problemas ajenos al derecho francés la causa de que, después de un siglo entero de vida jurídica, no tengamos una jurisprudencia y una doctrina propias, independientes de un determinado predominio extraño, ni un derecho del todo adecuado a nuestra manera de ser.

La carencia de fuentes nacionales para el estudio de una importante institución transplantada de otro derecho, la escasez entre nosotros de material bibliográfico referente a la ley de origen y la ausencia de precedentes relativos a los trabajos preparatorios (1) de nuestra ley, no fueron obstáculos a mi tenacidad ni me desalentaron en mis propósitos que, realizados o fallidos, los tomo como galardón suficiente a mi desvelo aun por el solo hecho de haberlos concebido.

(1) De los trabajos legislativos, apenas fué posible encontrar los Boletines de las Cámaras, en los cuales se informa simplemente que la ley fué votada sin discusión. La única nota digna de consideración es la actitud del entonces diputado Licdo. Vidal Velázquez, que acaso con la intención de dar un voto absolutamente consciente, pidió el aplazamiento del proyecto de ley e hizo constar su voto en contra del texto.

PRIMERA PARTE

DESARROLLO DE LA TESIS

Sección Primera

GENERALIDADES

§ I PROBLEMAS.

Sumario: 1. Planteamiento del problema.—2. Problemas particulares.

1. Frente a la Ley de Desfalco (1) se encuentran las disposiciones del Código Penal, principalmente los artículos 169, 173, 254 y 255, y 408 § 3o. que prevén tipos diversos del abuso de confianza y que no han sido expresamente derogados por aquélla. ¿Cuál es exactamente la infracción

(1) La Ley Núm. 712 del 27 de junio de 1927 ha sido publicada bajo el nombre **Ley de Manejo de Fondos Públicos** (véase Colección de Leyes del año 1927, Índice), y tanto en el lenguaje ^{como} en el de las sentencias se da al crimen el título de desfalco de fondos públicos. Pero esta designación, especialmente la de la ley, es a todas luces impropia; porque el objeto de la infracción puede consistir no solamente en fondos sino también en inmuebles y en general en cosas de valor, y además la ley protege no sólo los bienes públicos, en el sentido de pertenencia del Estado o de las instituciones de éste, sino también los bienes privados, esto es, de los particulares. (No. 12).

prevista por la Ley de Desfalco y qué disposiciones del Código Penal relativas a esta figura del delito quedan aún vigentes? Tal es la fórmula con que se plantea el problema general objeto de esta tesis. Es, pues, necesario hacer un estudio completo del delito previsto por ella y contrastar la tipicidad de éste con la de los del Código para demarcar los límites de aplicación de unas y otras disposiciones.

Al efecto, y ciñéndome más concretamente al objeto de mi investigación, en vez de hacer un examen profundo de la variedad de infracciones que tienen por base abusos de confianza cometidos por los funcionarios y agentes pú-

Los españoles denominan generalmente este delito *malversación de caudales públicos*; pero los códigos han variado y se refieren ora a *malversación*, ora a *sustracción*. Sin embargo, aunque *malversar* puede aplicarse correctamente al abuso de confianza, implica la idea de gastar, de invertir los caudales, como dice la Academia de la Lengua, y no incluye el acto de la simple apropiación de la cosa por retención fraudulenta. *Sustraer* significa para la Academia, hurtar o robar, lo que supone, en nuestro lenguaje jurídico, que no se tiene la posesión de la cosa, como muy bien critica Garçon en los arts. 169 y 408 que emplean este vocablo. (GARÇON, art. 169, No. 59, con la adhesión de GARRAUD, t. 4, 1493, n. 21).

Desfalco viene del latín *defalcare*, cortar, separar, sustraer una cantidad, compuesto de *de*, partícula privativa, y *falcare*, cortar con la hoz, encorvar, doblar, y éste del árabe *falca*, astilla, cuña. (Véase la obra de W. MEYER-LUBKE, en alemán, "*Romanisches Etymologisches Wörterbuch*", Rew. 2516, 3153, 3165, en la Biblioteca de la Universidad de Santo Domingo.) Hay también quien deriva *falcare* de *falx*, *falcis*, hoz, y y declara desconocida la etimología de *falx*. RAYMUNDO DE MIGUEL, *Diccionario Etimológico Latino-Español*, art. *Defalcare*.

La Academia Española de la Lengua trae, entre otras acepciones de *desfalcar*, la de "tomar para sí un caudal que se tiene bajo obligación de custodia", que conviene a la apropiación de la cosa confiada a título precario, el hecho material del abuso de confianza en las dos formas de la apropiación, por disposición y por retención fraudulenta de la cosa.

Creo justificado con esto el nombre de Ley de Desfalco, sin otro aditamento, que doy a la Ley No. 712 del 27 de junio de 1927, y correspondo también así, en parte, a la terminología más corriente entre nosotros y a la del mismo Código Penal que, cuando castiga en el art. 169 una de las formas de este crimen, se refiere, al definir el hecho, a los que "*desfalcaren*".

blicos en general, me limitaré a examinar el crimen de desfalco de la ley especial en cada uno de sus elementos, indicando paralelamente las diferencias e incompatibilidades de esta ley con las disposiciones del Código Penal ya citadas.

2. Además de este problema general se presentan otros no menos importantes, que deben ser resueltos en el curso del análisis de la infracción y que han sido suscitados, de una parte, por la difícil interpretación de un texto que, con una jurisprudencia casi del todo desconocida en nuestro medio, ha dado por resultado las consiguientes confusiones y vacilaciones en las decisiones de nuestros tribunales; y, de otra parte, por la estructura técnica de esta ley, tan extraña a nuestros métodos legislativos, así como por la terminología empleada en ella, no sólo gramaticalmente impropia sino en desacuerdo con el lenguaje tradicional de nuestro derecho común, civil y penal. (2).

(2) Gramaticalmente, la Ley de Desfalco, está también plagada de errores y defectos. Entre los muchos que hay en ella voy a señalar, a la ligera, los más gruesos.

El párrafo primero del art. 1o. empieza: "Los funcionarios o empleados nombrados por autoridad competente cuyo deber es cobrar, etc.," Aquí el pronombre relativo **cuyo** parece referirse a **autoridad competente** y da a entender, en consecuencia, que el deber de cobrar es de la autoridad competente y no de los funcionarios y empleados.

En el mismo párrafo, donde dice **rendirán** debiera decir **rendir**; y la palabra **prescrito** debiera estar en plural, ya que concuerda con la frase "dentro del período y del modo".

En el segundo párrafo, se hace uso de un pleonasma inútil, sobre todo en una ley, al decir "en la **forma y manera**", puesto que los vocablos **manera** y **forma** son sinónimos. Aquí se viola también la sintaxis al escribir "prescripta", en singular, cuando debe ser "dentro del plazo y de la **forma y manera prescritas** por la ley."

En el párrafo tercero, la expresión "**tales ventas**" es incorrecta porque el vocablo "ventas" no se menciona antes en ninguna parte.

Dice el párrafo primero del art. 3o.: "La falta, negligencia o negativa de cualquier funcionario o empleado en depositar o remitir fondos cuando deba hacerlo, o en devolver los balances cuando le sean pedidos; o a entregar a sus sustitutos en el cargo cuando o de cualquier otro modo sea ordenado entregarlos por autoridad competente, etc." Parece ser que



§ II. NOCIÓN HISTÓRICA Y ESTRUCTURA DE LA LEY.

Sumario: 3. Importancia de la noción histórica. I. Derecho romano. II. Derecho francés. III. Derecho dominicano.—4. Estructura de la ley de Desfalco. Comparación de la construcción legislativa en el derecho consuetudinario y en el derecho escrito.

3. Antes de entrar en materia, debo declarar que re-

el redactor de la ley, desconocedor de los regímenes de los vocablos "falta", "negligencia" y "negativa", quiso utilizar una preposición que les fuera común y echó mano, erróneamente, de la preposición *en*; pero, al llegar frente a "entregar", encontró que sonaba mal "en entregar" y cambió *en* por *a*. En cuanto a la frase *o de cualquier otro modo*, por muchas vueltas que le ha dado, no he conseguido armonizarla con el resto del texto.

El segundo párrafo empieza así: "La apropiación por cualquier funcionario o empleado de cualquier dinero, propiedad, suministro o valor a un uso o fin distinto etc." Aquí se ha quebrantado también el régimen y debió haberse usado *para* y no *a*.

Más adelante, en el mismo párrafo, se lee: "La apropiación etc.; o la falta, negligencia o negativa a rendir la cuenta exacta del dinero recibido, sellos de correos, ... terrenos, edificios etc., se tomará como evidencia PRIMA FACIE de desfalco, hasta prueba en contrario de tales artículos y de los cuales no se rinda cuenta". Aquí hay que observar: a) debiera decirse "rendir cuenta" y no "rendir la cuenta"; b) el uso de *a* como régimen común para "falta, negligencia y negativa" es incorrecto; c) el verbo *tomará* debiera estar en plural puesto que concuerda con "apropiación, o negligencia o negativa"; d) el vocablo *evidencia* está por *prueba*, y esto es un disparate porque *evidencia*, en buen castellano, no es prueba sino el resultado de la prueba aunque en la terminología jurídica inglesa sea correcto; e) resulta imposible lo que quiere decir la expresión "hasta prueba en contrario de tales artículos", si no se consulta la Orden Ejecutiva 89, que dice "hasta prueba en contrario del desfalco de tales artículos etc."; f) es un solemne dislate incluir en la palabra *artículos* cosas como "dinero", "terrenos" y "edificios", y g) la frase final "y de los cuales no se rinda cuenta" es innecesaria y defectuosa.

Por último, he de señalar que las palabras que subrayo a continuación, escritas con mayúscula tal como se ven en el texto de la Ley de Desfalco, son barbarismos: "sellos de **Rentas Internas**"; "para los fines de esta **Ley**"; "antes de haberse denunciado el caso a la **Justicia**"; el **Tribunal** que conozca de dicha solicitud etc."

nuncio a hacer una relación histórica de la institución que me propongo estudiar, porque habré de necesitar espacio y tiempo para abordar resuelta e inmediatamente el problema. Sin embargo, tendré que resignarme a dar una brevísima noción sobre el origen de la infracción, por las razones siguientes: a) a título de recuerdo para destacar la evolución en el elemento específico del crimen y en la pena terriblemente grave y no obstante inútil en el derecho antiguo, en comparación con la lenidad relativa de la sanción moderna; b) por las exigencias del método, y c) con el fin de derivar de esta noción consecuencias fundamentales para mis conclusiones, muy especialmente en lo que concierne al origen de nuestra Ley de Desfalco.

I. En el derecho romano, el delito de robo y distracción de las cosas del príncipe o del Estado, y más tarde de las cosas sagradas y de las religiosas, era designado con el nombre de peculado, y como podía ser cometido por un funcionario o empleado público, o por un particular, resulta que lo específico de la infracción residía en el carácter de la cosa.

La pena era la de deportación y aun la de muerte cuando el culpable era un funcionario (3).

II. En el antiguo derecho francés era desfalco el robo o la disipación de los dineros reales o públicos por

(3) Los romanos definían el desfalco: *Peculatus est furtum pecuniae publicae vel fiscalis.* (GARRAUD, t. IV, No. 1491).

La INSTITUTA dice: *Lex Iulia peculatus eos punit, qui pecuniam vel rem publicam, vel sacram, vel religiosam furati fuerint.* De modo que no eran sólo los dineros públicos sino también las cosas públicas (*rem publicam*) y hasta las sagradas y religiosas, cuyo robo constituía el desfalco. (Libro IV, tít. XVII, *De Publicis Iudiciis*).

Los jueces que durante sus funciones sustraían caudales públicos eran sometidos a la pena capital. El mismo castigo se imponía a los que les prestaban ayuda y a los que, a sabiendas, recibían las cantidades sustraídas. (CODIGO, L. IX, T. XXVIII, *De Crimine Peculatus*; DIGESTO, L. XLVIII, T. XIII, *Ad Legem Iuliam Peculatus etc.*)

aquéllos que tenían el manejo de ellos, con lo cual se une al carácter de la cosa la calidad del agente, para formar la nota característica de la infracción, sin que, no obstante, se distingan todavía el robo y el abuso de confianza.

La pena del delito era la de galeras perpetuas y confiscación de bienes, y aunque la Ordenanza de 1629 estableció la pena de muerte, hay constancia de que se siguieron aplicando las penas anteriores. Las penas duras —dice Garraud— no detuvieron, como siempre ocurre, las depredaciones de las administraciones reales y hubo que moderarlas y hasta, en muchos casos, borrar las aplicadas por medio de amnistías. (4).

El Código francés de 1791, distinguiendo entre el robo y el abuso de confianza y exigiendo cierta calidad, castigaba la infracción del art. 169 con 15 a 12 años de hierro.

El Código de 1810 con su reforma de 1863, mantiene estas distinciones, pero introduce en los arts. 169 a 173, 254, 255 y 408 un sistema complicado en matices que, a veces, apenas permite distinguir un hecho de otro, resultando así multiplicadas las especies del abuso de confianza.

En cuanto a las penas, las de la infracción del art. 169 varían según el valor de las cosas distraídas o disipadas, desde trabajos forzados a tiempo hasta prisión correccional, y multa proporcional; las del art. 173 son trabajos forzados a tiempo; las de los arts. 254 y 255 son prisión correccional y multa o trabajos forzados a tiempo, según

(4) Entre los grandes desfalcadores de la historia, sobre todo de Francia, debe recordarse a Nicolás Fouquet, Procurador General ante el Parlamento, Superintendente de Hacienda y Ministro de Estado, quien fué condenado a la pena de destierro por el crimen de desfalco. Luis XIV, en un acto de despotismo, haciendo caso omiso de la sentencia del tribunal competente, le encerró en la fortaleza de Pignerol donde pasó 16 años hasta que murió en 1680. OCKENS, Historia Universal, t. XXV, págs. 248-251.



las circunstancias, y las del art. 408 consisten en prisión correccional y multa, salvo si el autor tiene una de las calidades determinadas por la ley.

III. En nuestro derecho penal hay que distinguir:

a) En el régimen del Código Penal dominicano, que como sabemos es el mismo del Código Penal francés con las distinciones introducidas por la ley de 1863, las penas de las diversas especies del abuso de confianza varían con los numerosos matices de la ley de origen más los nuevos que el legislador dominicano ha creado después.

Las penas de la infracción del art. 169 consisten en reclusión hasta prisión correccional, según el valor de las cosas; la pena de la infracción del art. 173 es reclusión; las de los arts. 254 y 255 son prisión correccional y multa hasta reclusión; las del abuso de confianza del art. 408, reformado por la ley del 6 de mayo de 1941, consisten en prisión correccional y multa proporcional, excepto: reclusión, si el perjuicio excede de 1.000 pesos, y trabajos públicos si es cometido por personas que tienen una de las calidades indicadas en la ley o que han obtenido los fondos o valores dirigiéndose al público.

Además, la Ley del 22 de abril de 1938 introduce una nueva forma del delito del art. 254 castigando la "retención de documentos nacionales", reforma parcial ésta que junto con la anterior rompe necesariamente la unidad del código y complica aún más el sistema, ya absurdo en delicadas distinciones. No incluyo en esta consideración la ley sobre ventas condicionales del 6 de mayo de 1934, que introduce también un nuevo tipo del abuso de confianza, cuya separación, aun dentro de la unidad de un sistema cualquiera, se justifica plenamente.

b) En la Ley de Desfalco del 27 de junio de 1927, el elemento histórico hay que buscarlo en la Orden Ejecu-

tiva 89 del 29 de octubre de 1917, que le sirve de modelo; y el de esta última en la Ley Federal de los Estados Unidos del 3 de Febrero de 1879 modificada por la del 4 de marzo de 1909.

El origen de la infracción en derecho americano se encuentra en el derecho inglés, que a su vez lo toma de un estatuto de Enrique VIII, que es la primera ley que castiga el abuso de confianza cometido por un siervo contra su señor, y se supone que la institución se introdujo en los Estados Unidos conjuntamente con la "common law", pero es una infracción especial creada por la ley en vista de suplir una laguna de la "common law" en el delito de larceny, que supone que las cosas objeto de éste no se encuentran en la posesión del agente (5).

Las penas de esta infracción han variado de la manera siguiente: la Ley Federal norteamericana ya citada prescribe la pena de no más de 10 años de prisión o multa no mayor del monto del desfalco, o ambas penas, y penas diversas para hechos que identifica con la verdadera infracción; la Orden Ejecutiva 89 establece la pena de 2 a 5 años de prisión o multa no menos del monto del desfalco ni mayor de tres veces dicho monto, o ambas penas, y la Ley de Desfalco señala la pena de reclusión y multa no menor del monto del desfalco ni mayor de tres veces dicha cantidad (6).

Veamos ahora la estructura de esta última ley.

(5) CORPUS JURIS, *Embezzlement*, pág. 409, nota 2 (a); SEITZ, *Les Principes Directeurs etc.*, pág. 72, y especialmente JENKS, *El Derecho Inglés*, pág. 242, quien dice que no entrando el hecho en el larceny, que no supone las cosas en posesión del agente, "tuvo que inventarse una nueva figura del delito."

(6) Obsérvese las semejanzas de la Ley Federal y de la Orden Ejecutiva en la forma de establecer las penas. Un cuadro más completo de las analogías y diferencias de estas dos leyes y de la Ley de Desfalco se encontrará en la sinopsis comparativa que doy en el Apéndice, trabajo

4. Para quien no haya penetrado en la atmósfera del derecho consuetudinario que rige en Inglaterra y en los Estados Unidos, parecerá incongruente la construcción técnica de la Ley de Desfalco.

Así, casi todo el art. 1o, con sus cuatro o largos párrafos que señalan deberes de funcionarios y empleados públicos y enumeran para cada grupo de ellos las cosas de las cuales tienen que responder, es absolutamente inútil frente a la recapitulación que de todas estas personas y de todas las cosas de las cuales deben ellos dar cuenta hace el último párrafo del mismo artículo.

Por otra parte, este mismo párrafo, conjuntamente con los otros, resulta también supérfluo en cuanto impone a dichos servidores públicos la obligación de rendir cuentas, ya a cargo de ellos, según el derecho común, como poseedores precarios de las cosas que se les confía. Aclara mejor, sin embargo, el carácter de abuso de función que tiene la infracción, indicando que se trata de las cosas recibidas por el agente en virtud de la ley o por mandato de la autoridad competente, condición omitida en el art. 3 que, enumerando los hechos constitutivos del desfalco, es la base de la represión. (No. 9).

Como inútiles, las disposiciones del art. 1o., salvo la excepción señalada, no pueden tener sentido ni explicación congruente alguna en un sistema de derecho escrito en que el intérprete no concibe nada innecesario en la perfección relativa de la ley y se esfuerza en desentrañar el sentido de cada una de sus palabras.

que me he visto obligado a hacer por la importancia que para la solución de diversos problemas tiene esta comparación.

Además, para facilitar al lector el estudio de la tesis con respecto a las referencias que a dichas leyes se hacen, doy más adelante, en la segunda parte, la versión española de la Ley Federal, y en el Apéndice, copia y versión inglesa de la Orden Ejecutiva 89 y copia de la Ley de Desfalco.

No sucede lo mismo en el derecho consuetudinario en que, la mayor parte de las veces, la ley no es sino el reflejo de la costumbre o de un derecho preexistente que los tribunales revelan. Allí el derecho lo ha construído la práctica, se ha ido formando, como en la etapa primitiva de todos los derechos, por casos concretos, hasta llegar a la regla general que el jurisconsulto deriva de éstos. Aquí, en el derecho escrito, es el espíritu que construye la regla, y el derecho se va formando como psicológicamente procede la inteligencia, a despecho de los nominalistas, por conceptos generales, para descender en su aplicación a los casos concretos. Esto, naturalmente, haciendo reserva del derecho consuetudinario en la medida que éste puede suplir las deficiencias y lagunas de la ley o aun imponerse a ella.

La Ley Federal norteamericana lleva la huella de su formación consuetudinaria, y lo que en nuestra Ley de Desfalco aparece como incongruente y sin sentido en contraste con nuestro sistema, es vida, realidad palpitante para el sistema norteamericano, son casos concretos que entran en una desconocida regla general que el jurista angloamericano descubrirá un día, no obstante la desconfianza que a su espíritu práctico inspiran las abstracciones.

Pero, para el abogado dominicano, cuya formación jurídica es tan opuesta, la interpretación de esta ley no podrá hacerse con elementos de certidumbre científica, sino sobre vacilantes tanteos, si no se recurre a la legislación de origen. Este estudio, lamentablemente, no se ha he-

(7) Este sistema se refleja en la formación intelectual del jurista norteamericano, sobre todo después que el profesor Langdell inició en la Universidad de Harvard el procedimiento de estudio llamado "Case System". Parte éste de un principio según el cual el derecho consuetudinario, móvil, fragmentario como el uso del cual se deriva y empírico por naturaleza, no puede estudiarse convenientemente por el método dogmático sino, como la anatomía, por disección de las partes, siguiendo las reglas de un método puramente inductivo. NERINCX, *L'Organ. Jud. aux Etats Unis.*, pág. 120.

cho, y la ley continúa envuelta, a través de más de 23 años de vigencia —con la Orden Ejecutiva 89—, en una oscura interpretación en que el esfuerzo para comprenderla se traduce en expresiones como “yo creo”, “yo entiendo” etc., provocando duros reproches, muchas veces injustificados. Es verdad que la aparente incongruencia de la ley no es defendible en un país de derecho escrito como el nuestro, pero lo que para nosotros parece complicado no lo es en el derecho de origen. Hecha esta aclaración, nada se opone a que yo defienda la ley en este dominio, aunque repruebe de una manera absoluta el trasplante a nuestro sistema de la construcción consuetudinaria que hay en ella y la considere desde ahora inaceptable, en su redacción, como documento legislativo, por los graves errores técnicos que contiene y las numerosas faltas gramaticales que campean en ella. (8).

(8) V. No. 2, nota 2.

Sección Segunda

ELEMENTOS DE LA INFRACCION

§ I. DEFINICION DE LA INFRACCION

Sumario: 5. Definición de la infracción. I. Ley de Desfalco.— II. Derecho norteamericano. Otras formas de la infracción en la Ley Federal.

5. Si en este trabajo se tratara de una contribución a una doctrina ya formada, no tendría yo inconveniente alguno en comenzar con una definición autoritaria de la infracción. Pero mi intento implica el primer ensayo de doctrina sobre una ley que por su extraña estructura resulta difícil de interpretar, y los escrúpulos son legítimos.

I. En efecto, aunque se desconozcan con frecuencia las prudentes reglas de Saleilles, la definición de una infracción no debe contener nada que no pertenezca al texto legal ni omitir nada que aparezca en él como esencial; y aquí nos encontramos con una ley que inversamente a las leyes penales de otros países —definan o no las infracciones que prevén— no ofrece un concepto del crimen, sino una serie de disposiciones que se completan unas con otras, de donde es necesario tomar lo esencial y desechar lo superfluo para construir la definición. Ahora, la tarea es imposible sin un análisis de toda la ley; y sería contrario a un buen método —aunque no faltan autoridades que sostengan lo contrario— avanzar una definición ocultan-

do el trabajo que el autor ha tenido para llegar a ella, en lugar de conducir al lector por el mismo camino que aquél ha recorrido.

Sin embargo, una definición puede ser un guía, no importa el método empleado para obtenerla; y si previamente se le asigna sólo esta modesta función y se prescinde de ella en el análisis, no se anticipa nada, en realidad, o, por lo menos, no se avanza conocimiento alguno con arbitrario dogmatismo. Esta reserva es suficiente, creo, para justificar mi plan.

El desfalco consite en la negligencia, falta o negativa, de parte de cualquier funcionario o empleado público, del cumplimiento de la obligación de restituir, dentro del tiempo y en la forma prescritos por las leyes y los reglamentos, las cosas de valor que ha recibido y tiene bajo su guarda y responsabilidad en virtud de la ley o por mandato de autoridad competente.

En esta definición se destacan varios elementos que me conformaré con indicar en forma de problemas para acentuar mejor el carácter simplemente directivo de ella: 1o. la calidad del agente; 2o. el título en virtud del cual han sido recibidas las cosas; 3o. la naturaleza de éstas; 4o. los hechos materiales; 5o. el elemento moral sobreentendido en la infracción (9).

II. En el derecho norteamericano la figura de esta infracción, que lleva el nombre de "embezzlement", de la cual el delito cometido por los servidores públicos no es sino uno de sus tipos, responde mejor al abuso de confianza genérico del Código Penal, como se advierte por la definición que el Corpus Juris ofrece y por la enumera-

(9) V. núms. 6, 9, 12, 15 y 17.

ción que hace de sus elementos, observando que aquélla es similar a todas las que se han dado del delito (10).

“El “embezzlement” —dice— es la apropiación fraudulenta de la propiedad de otro por una persona a quien ha sido confiada o en cuyas manos se encuentra legalmente” (11).

El Corpus Juris nos da los siguientes elementos: 1o. que la cosa desfalcada sea de tal naturaleza que entre en la protección del estatuto (ley); 2o. que pertenezca al patrono o al principal del acusado o a alguno que no sea éste; 3o. que se encuentre en poder del acusado en el momento de cometer el desfalco, de modo que no haya una violación en el hecho de tomarla; 4o. que el acusado ocupe la relación fiduciaria designada y que la propiedad venga a sus manos y sea retenida por él en virtud de su empleo o función; 5o. que su comportamiento con la propiedad constituya una conversión o apropiación de la misma; 6o. que haya una intención fraudulenta de privar al propietario de su propiedad.

(10) CORPUS JURIS, *Embezzlement*, pág. 407.

Debo advertir desde ahora que es de suma importancia, para la comprensión de las referencias de esta tesis a los cuerpos de doctrina denominados *Corpus Juris* y *Ruling Case Law*, observar que estas obras dan, en el examen de cada infracción, las reglas generales o comunes de la legislación heterogénea de los Estados que componen la Unión, pero que respecto a las desviaciones excepcionales de estas reglas se conforman con indicar algunas y no se profundiza en el análisis, puesto que, de otro modo, habría que abordar el estudio de la legislación particular de cada Estado y de las leyes federales.

Sí existe un comentario especial de la Ley Federal, cosa que dudo, no me ha sido posible obtenerlo; pero, como puede verse en la sinopsis que se ofrece en el apéndice de la tesis, esta ley agrega a la apropiación fraudulenta de la cosa por el poseedor precario algunas de las formas que de esta infracción aparecen en nuestra ley y muchas otras variedades.

(11) La palabra “embezzlement” se deriva del normando *embeasiler*, robar, ratear. OGILVIE, *English Etym. Dict.*

Una definición semejante ofrece el *Ruling Case Law* destacando también los mismos elementos (12).

Pero si en los legislaciones norteamericanas ésta es la forma común del desfalco, existen otras formas excepcionales de la infracción tanto en las leyes de los Estados como en la Ley Federal, tales la falta y la negativa de restitución de la cosa confiada, que castigan el desfalco por su resultado probable, formas que nuestra ley tomó con rectificaciones desechando la figura común de la infracción (No. 15).

La definición de estos tipos de desfalco en lo que respecta a la Ley Federal no la suministra la doctrina. Basta confrontar el texto de esta ley con la nuestra para obtener las diferencias que existen entre unas y otras formas de la infracción, y es fácil entonces componer por este medio la definición que se busca.

§ II. CALIDAD DEL AGENTE.

Sumario: 6. Calidad del agente. I. Ley Federal. II. Orden Ejecutiva 89. III. Ley de Desfalco.—7. Funcionarios de hecho. Notación. I. Derecho norteamericano. II. Derecho francés y derecho dominicano.—8. Comparación del desfalco con otras especies de abuso de confianza del Código Penal.

6. La calidad del agente parece destacarse como un elemento esencial del desfalco.

Veamos primero los precedentes legislativos de la nueva ley.

(12) *RULING CASE LAW, Embezzlement, No. 2.*

I. En la **Ley Federal**, la condición de funcionario o empleado público puede ser de la naturaleza del “**embezzlement**” agravado, pero no es de su esencia misma.

En efecto, esta ley, en la sección 182, además de asimilar al desfalco una especie de complicidad cometida por banqueros, corredores u otras personas no autorizadas como depositarios de dinero público que reciban éste, a sabiendas, de un agente de los Estados Unidos, extiende, en la sección 178, las disposiciones de las secciones 172 a 176 a “todas las personas encargadas de conservar, transferir o desembolsar dinero público si tales personas son acusadas como receptores o depositarios”. Por otra parte, ya la sección 173 supone que el agente puede ser un oficial pagador o que actúe como tal.

II. En el sistema de la **Orden Ejecutiva 89**, no obstante ser ésta una edición corregida y abreviada de la **Ley Federal**, la calidad de funcionario o empleado público es condición de la infracción, como resulta de los tres primeros párrafos del art. 1, que se refieren, el primero, a los “funcionarios y empleados del Gobierno Dominicano”, y los otros dos, a los “funcionarios y empleados nombrados por autoridad competente”, lo que implica también que son públicos, y aunque en las demás disposiciones se habla sólo de funcionarios o empleados, por los deberes de restitución o de entrega a que se refieren, se induce que se trata siempre de agentes públicos en general.

No hay duda, pues, de que la aplicación de esta ley no se puede extender a los particulares ni restringir a los funcionarios o empleados del Gobierno Dominicano únicamente, invocando en este caso el primer párrafo del art. 1 de la ley. Sobre este último punto una sentencia de la Suprema Corte de Justicia rechazó un recurso fundado en esta disposición particular declarando que un funcionario público municipal puede ser agente del delito (Sent. 18 nov. 1921, B. J. No. 136, p. 34).

III. La Ley de Desfalco se expresa respecto a este elemento de un modo textualmente idéntico a su precedente inmediato, salvo dos modificaciones que aclaran definitivamente la interpretación. En el primer párrafo del art. 1, las palabras “Gobierno Dominicano” que seguían a las de “funcionarios o empleados”, fueron substituídas por “nombrados por autoridad competente”, con lo que se da razón a la sentencia que ha sido citada antes; y el art. 4 declara ahora que “cualquier funcionario o empleado público convicto de desfalco según se define en la presente ley, será castigado etc.”, de donde resulta claro que para ser castigado por desfalco es necesario ser funcionario o empleado público; en resumen, que esta calidad es una condición de la infracción.

7. Pero, al lado de los funcionarios cuya investidura es regular, existen los usurpadores que actúan como funcionarios aunque sin investidura ninguna, situación indiferente para este problema, y los funcionarios de hecho.

I. En Francia se llama funcionarios de hecho a “aquellos que desempeñan un cargo público con una investidura irregular o que ha perdido sus efectos, pero que el público ha tomado o ha podido creer razonablemente válida”, por ejemplo, la persona designada para un cargo público que antes de tomar posesión está en la obligación legal de depositar una fianza y entra en funciones sin haber dado esta garantía; un funcionario que, legalmente designado, toma posesión de su cargo sin prestar el juramento que demanda la ley; el funcionario o empleado público que, habiendo transcurrido el plazo para el cual fué nombrado, o habiendo sido destituido, continúa en el desempeño de sus funciones y realiza actos jurídicos (13). ¿Pueden estos funcionarios de facto ser perseguidos por

(13) CAPITANT, *Vocab. Jurid.*, págs. 255 y 256; JEZE, *Princ. Gen. de Der. Adm.*, págs. 480 y sig.

desfalco en el caso de que distraigan los caudales que les están encomendados?

En la doctrina francesa apenas se trata la cuestión. Garcon la estudia en lo que se refiere únicamente a los "comptables" públicos de hecho, respecto a los cuales se cita un decreto del 31 de mayo de 1862 y la ley municipal del 5 de abril de 1884 que establecen que cualquier persona que sin ser "comptable" en virtud de la ley o de los reglamentos, se inmiscua en el manejo de los fondos públicos, se considerará como "comptable" de hecho y estará sometida a las mismas jurisdicciones de cuentas y asumirá la misma responsabilidad que los "comptables" de derecho. Pero estas reglas son de derecho administrativo, dice Garcon, y distingue entre el "comptable" de hecho simple particular, y el "comptable" de hecho funcionario público. En el primer caso, no admitiendo la consecuencia de castigar a la mujer o al hijo del funcionario público que se inmiscua en el manejo de los fondos a cargo del marido o del padre, considera un error la aplicación del art. 169 por extensión de las reglas de la responsabilidad del derecho administrativo; y en el segundo caso, aunque el ilustre profesor encuentra más delicada la cuestión, responde, para mí victoriosamente dentro del art. 169, que no es en virtud de la ley o de los reglamentos que él tenía entre sus manos los objetos distraídos. Cita una sentencia de la Corte de Casación, que considera "más bien" favorable a su opinión, y otra, en contra, de la Corte de Apelación de Montpellier. (14).

(14) He tratado de hacer una traducción fiel de la palabra "comptable", pero me he encontrado sin su equivalente en español en el sentido en que está tomada en el art. 169 del Código Penal francés. *Compter*, de donde se origina *comptable*, es el equivalente de nuestro verbo *contar*. Ambos proceden del latín *computare* (de *cum*, con, y *putare*, contar, calcular); mas el verbo francés tiene también la acepción de *pagar*, *dar*, que no tiene el español. El Decreto de mayo 31 de 1862, art. 14, define así el *comptable*: "Agent public préposé a la réalisation des recouvrements et des paiements de deniers publics".

II. En el derecho angloamericano, se distingue con sutileza también el simple usurpador del funcionario de hecho, y el concepto de éste es semejante al del derecho francés. Dice el profesor Goodnow (15) después de hablar de los usurpadores de funciones públicas: “Pero existe otro principio general de la “common law”, inspirado en motivos de utilidad pública, según el cual los individuos que, no siendo jurídicamente funcionarios, han obrado con apariencia de legalidad, esto es, los individuos que han sido declarados elegidos o nombrados, o que han ocupado de buena fe cargos más allá de la duración fijada por la ley, o que han ejercido la función largo tiempo con el asentimiento del público, se consideran, en muchos casos, como funcionarios, mereciendo sus actos —en todo asunto en que son partes— la misma autoridad y el mismo crédito que si los hubiesen realizado los funcionarios de jure. Estos individuos son llamados “funcionarios de hecho”. (States vs. Carroll, 38 Comm., 449).

En cuanto al punto concreto de la responsabilidad penal de estos funcionarios por *embezzlement*, se expresa así el CORPUS JURIS: “Puede mantenerse acusación y persecución por desfalco contra el que es oficial “de facto” como contra el que es oficial “de jure”. Así, la falta del acusado de prestar la garantía (*bond*), o de prestar el juramento prescrito del cargo (*office*), no constituye defensa contra la persecución por desfalco, cuando aquél ha ejercido de hecho las funciones de su cargo; tampoco un oficial delegado será relevado de responsabilidad por razón de tal vicio por parte de su superior que lo ha designado. Un funcionario público que ha cumplido el término completo de su función y comete luego un desfalco, puede ser procesado y convicto como funcionario “de facto” (16).

(15) GOODNOW, *Les princ. du Der. Adm. des E.-U.*, pág. 287.

(16) CORPUS JURIS, t. 20, pág. 452 y sentencias.

El RULING CASE LAW dice también: “El *embezzlement* por oficiales públicos está expresamente previsto en la mayoría de los estados; y

III. En nuestro derecho, la doctrina, representada por el ilustre profesor Manuel de Jesús Troncoso de la Concha, acepta la noción francesa de los funcionarios de hecho (17) y podrían citarse sentencias que confirman este criterio.

En cuanto al problema de la responsabilidad penal de estos funcionarios no puedo rehusar mi adhesión a Garcon con respecto a la inaplicación del art. 169 del C. Penal, suponiendo en vigor esta disposición; pero frente a la Ley de Desfalco, que establece que las cosas objeto del delito deben ser recibidas "en virtud de la ley (*latu sensu*) o por mandato de autoridad competente", el argumento de que las cosas no se encontraban en las manos del agente en virtud de la ley o de los reglamentos es ineficaz si el funcionario de hecho ha recibido estas cosas por mandato de autoridad competente.

Resulta que si el funcionario de hecho ha recibido las cosas como si fuera en virtud de la ley, no incurre en el crimen de desfalco por las razones invocadas por Garcon; pero si tiene en su posesión estas cosas por mandato de autoridad competente, la Ley de Desfalco le será aplicable (No. 9,III).

8. Contrastando la Ley de Desfalco con los artículos 169, 173, 255 y 408 § 3o. del C. Penal, que castigan infracciones semejantes cometidas por diversas clases de funcionarios y empleados públicos, es fácil notar que la Ley de Desfalco es más extensa y los abraza a todos en la expresión general "funcionarios y empleados públicos". No por esto deben considerarse como derogadas estas disposicio-

no es necesario que los oficiales públicos comprendidos en los estatutos, sean designados "eo nomine". Las palabras "oficiales públicos" deben interpretarse en el sentido de incluir cualquier oficial que esté debidamente dentro de la definición de este término, ya sea "de facto" o "de jure". (Embezzlement, Núm. 29, y sentencia Estados Unidos versus Hartwell).

(17) TRONCOSO DE LA CONCHA, Elem. de Der. Adm., págs. 79 y sig.

nes, ya que por la variedad de infracciones que prevén, existen en cada una de ellas otros elementos específicos que se harán resaltar en el curso del análisis de los demás elementos del desfalco, poniéndolos de relieve frente a la Ley de Desfalco.

§ III. TITULO EN CUYA VIRTUD DEBEN SER RECIBIDAS LAS COSAS.

Sumario: 9. Título en cuya virtud deben ser recibidas las cosas objeto de la infracción. I. Código Penal. II. Ley Federal. Orden Ejecutiva 89. III. Ley de Desfalco.—10. Entrega real o ficticia. I. Código Penal. II. Derecho norteamericano y Ley Federal. III. Orden Ejecutiva 89. IV. Ley de Desfalco.—II. Comparación del desfalco con las demás especies de abuso de confianza del Código Penal.

9. Castigando la Ley de Desfalco la negligencia, falta o negativa de restitución, supone por esto que el agente tiene la obligación de restituir y, por tanto, que se trata de un poseedor precario. He aquí la esencia del delito: un abuso de confianza de forma específica.

Pero ¿incurre en la infracción cualquier poseedor precario, funcionario o empleado público, que cometa uno de los hechos característicos del desfalco, cualquiera que sea el título en virtud del cual hayan llegado a sus manos las cosas objeto de aquélla? De otro modo, ¿constituye o no este crimen un abuso de función?

Además, si es necesaria una entrega, ¿cómo puede ser hecha?

I. En el régimen del Código Penal, la distracción del art. 169 es un delito de función y, en consecuencia, no basta que las cosas hayan sido recibidas a cualquier título por

el funcionario sino que es necesario que éste las haya recibido en razón de sus funciones, tal como formalmente lo dice el citado art. 169. En otros términos, es preciso que el funcionario o empleado actúe en virtud de sus funciones, esto es, en razón de una confianza necesaria, y no como particular o por la confianza que puede inspirar el cargo. Por ejemplo, el alguacil que distraiga fraudulentamente el precio de una adjudicación hecha por su ministerio. (18).

II. En la Ley Federal no se hacen distinciones relativas a las condiciones en que deben ser recibidas las cosas, pero aunque algunas leyes estatales exigen que el agente las reciba en virtud de sus funciones, otras se conforman con que sea en el curso de éstas (19).

III. La Ley de Desfalco sigue también el sistema del Código con algunas variaciones, pues el art. 1, párrafo 3o.,

(18) GARCON, art. 169. Nos. 41 y sig.

(19) Dice el CORPUS JURIS: "La apropiación o conversión fraudulenta por los funcionarios públicos, del dinero u otra propiedad que viene a su posesión en el curso de su empleo y por virtud de su posición oficial, es casi universalmente declarada desfalco por los estatutos. (t. 20, pág. 451).

A este respecto, es interesante la solución que la jurisprudencia norteamericana ha dado a la cuestión relativa a la distracción o sustracción de la cosa entregada por error, en la cual la doctrina y la jurisprudencia francesas se dividen, considerando unos el hecho como robo en razón a que la entrega no es voluntaria, y otros que es abuso de confianza, porque éste se caracteriza por la inversión fraudulenta de la posesión.

La jurisprudencia norteamericana decide que no hay embezzlement (CORPUS JURIS, íd.). Y es la solución cierta entre nosotros respecto al desfalco, porque la cosa entregada de este modo no ha sido recibida ni en virtud de las funciones del agente ni por mandato de autoridad competente.

Sobre el mismo punto, afirma el RULING CASE LAW: "Para autorizar la convicción de un oficial público por desfalco, debe generalmente demostrarse... que el dinero de cuya apropiación se le acusa vino a su posesión en virtud de su función o empleo y que lo desfalcó o convirtió para su propio uso." (Embezzlement, No. 16, y sentencia de la Corte de Georgia, *Robinson versus State*)

establece que los funcionarios o empleados deben recibir las cosas ya en “virtud de la ley”, ya por “mandato de la autoridad competente”. De este modo la ley impone al juez el deber de investigar si las leyes o los reglamentos le atribuyen al agente del delito el deber de recibirlas, o si el funcionario que ha dado mandato a aquél es competente, esto es, si de acuerdo con la ley o los reglamentos, él mismo las ha recibido en virtud de sus funciones.

Resulta, pues, que si el agente, funcionario o empleado público, recibe las cosas simplemente como particular, o aun por la confianza que inspira su función, lo mismo que en el régimen del Código, no hay desfalco. Así, no comete desfalco el Síndico de un Ayuntamiento que recibe fondos de la común, sin mandato de la autoridad competente, —la común o su tesorero—, puesto que él no es, según la ley, el funcionario encargado de recibir fondos, sino el tesorero. Tampoco comete desfalco el colector de rentas internas respecto a una suma consignada en caso de ofrecimientos reales, porque a pesar de que es de uso que reciba éstos, no actúa en virtud de sus funciones a falta de una ley que el Código Civil continúa prometiendo desde su promulgación (20); ni lo cometen el procurador fiscal, el secretario u otro subordinado de aquél que distraiga las consignaciones de pensiones alimenticias hechas por los padres en cumplimiento de la ley 1051. Y en estos dos últimos casos, no es posible el mandato de la autoridad competente, porque ningún funcionario recibe estas cosas en virtud de funciones que ninguna ley o reglamento le atribuyen.

En cambio, caen bajo las sanciones de la Ley de Desfalco, los colectores de rentas internas, con relación a las fianzas de libertad provisional, y el Tesorero Nacional respecto a las fianzas de las compañías de seguros y

(20) “...2o. Que se desprenda el deudor de la cosa ofrecida, entregándola en el depósito público que indique la ley para recibir las consignaciones...” (Cód. Civ., art. 1259, párr. 2o.)

de los sucesores y donatarios, porque están encargados por la ley de recibir estas fianzas (No. 12 *in fine* y nota).

10. ¿Cómo puede hacerse la entrega? es el segundo problema formulado sobre este tema. ¿Puede ser la entrega real o ficticia?

I. En el régimen del Código Penal, la jurisprudencia francesa no ha resuelto el problema, a pesar de que algunos autores han creído ver la solución en una sentencia de la Corte de Casación del 17 de abril de 1847, la cual casa la decisión de una Corte que había condenado a dos guarda-almacenes que, habiendo recibido efectos, hacían constar en los registros como entrados y consumidos una parte de ellos que en realidad no habían sido consumidos, y, por un acuerdo con los proveedores, éstos fingían en los nuevos suministros, entregar cantidades iguales a las que no habían sido consumidas, con el fin de repartirse el precio. Pero la Corte de Casación rechazó, sin dar razones, el recurso en el cual los prevenidos alegaban que nunca habían recibido tales efectos y que los hechos constituían simple economías.

En el caso no hay ciertamente una entrega real, pero sí ficticia o simbólica, de los efectos que debieron entregar los proveedores. Garcon considera que el art. 169, como toda ley, estatuye de *eo quod plerumque fit* y que, en consecuencia, la entrega puede ser real o ficticia. El argumento lo estimo decisivo y ninguna otra consideración puede robustecerlo más en el aspecto puramente jurídico (21).

II. En el derecho norteamericano, siendo la noción de la infracción, en principio, la misma que en el régimen del Código Penal, —una especie particular del abuso de confianza—, aunque el punto no parece haber sido tratado, no hay inconveniente alguno en aceptar la doble regla de

(21) GARCON, art. 169, No. 67.

que es necesario que haya una entrega y que ésta puede ser real o ficticia.

Sin embargo, la Ley Federal parece derogar la primera de estas reglas al establecer en la sección 177 que “cualquiera que, teniendo dinero de los Estados Unidos en su posesión o bajo su control, falte en depositar..., será considerado culpable de desfalco”; pero no se concibe cómo quien, no teniendo el dinero en su posesión sino simplemente bajo su control, pueda estar obligado a depositar y cometa el delito por dejar de hacerlo. No ha sido posible encontrar jurisprudencia al respecto; pero es posible que la ley se refiera a aquél que en hecho no tiene la cosa, aunque sí en derecho, o que se trate de castigar un caso de complicidad asimilado al desfalco.

III. La Orden Ejecutiva 89 castigaba también a los funcionarios o empleados que, aunque no tenían la posesión de las cosas, tenían su control; pero, más clara que la Ley Federal, no imponía a éstos la obligación de restituir, —la cual no podía estar a su cargo—, y se refería a la apropiación fraudulenta. Se trata, pues, de un robo, de la complicidad en un desfalco cometido por el poseedor, de una estafa, o de cualquier otro hecho que la ley castigaba con el título de desfalco.

De este modo, una decisión de la Suprema Corte dominicana del 18 de noviembre de 1921 (22) ha casado una sentencia de un tribunal que había condenado por abuso de confianza a un funcionario que, aunque no tenía la posesión de los fondos apropiados, éstos se encontraban bajo su control en razón de que las órdenes de pago de ellos debían ser visadas, según la ley, por el acusado.

IV. En la Ley de Desfalco desaparece esta incongruencia, y no haciendo ella distinción alguna en cuanto a la forma de la entrega, el intérprete no puede exigir lo que

(22) Bol. Jud. Núm. 136, págs. 34 a 36.

la ley no exige. La entrega puede ser real o simbólica; es suficiente y necesario que el agente tenga jurídicamente la cosa en su posesión.

11. Procede ahora hacer el contraste de rigor con todos los tipos de abuso de confianza del Código Penal.

a) El art. 169, como se ha señalado (No. 9,1), requiere la condición de que las cosas sean recibidas en virtud de las funciones del agente, en tanto que la Ley de Desfalco agrega "o por mandato de autoridad competente", y resulta por consiguiente, más amplia que las disposiciones del art. 169.

b) El art. 173 castiga la distracción de títulos o actos (ciertos papeles únicamente) sin valor pecuniario en sí, cuando es cometida por los depositarios públicos o sus encargados, y, en ambos casos, exige que los títulos o actos hayan sido recibidos por los depositarios en virtud de sus funciones. Es fácil comprender que, pudiendo no ser funcionarios o empleados públicos los encargados de los depositarios, no puede exigirse esta condición en ellos; pero siempre es necesario que los títulos o actos hayan sido entregados a sus superiores en virtud de sus funciones. La Ley de Desfalco no alcanza, como se ha visto, a estos encargados, que no son funcionarios o empleados públicos.

c) El art. 255 prevé la distracción o el robo cometidos en los depósitos públicos —oficinas y archivos— por los depositarios y cualesquiera otras personas cuando las cosas objeto de la infracción han sido recibidas en virtud de las funciones de los depositarios, pero como especialmente encargados de la guarda de un depósito público, por ejemplo, de la secretaría de un tribunal, de un museo, de una biblioteca (23).

(23) GARRAUD, Dr. Pen. Franc., t. 4, Núm. 1709.

En consecuencia, la Ley de Desfalco no colide, en este aspecto, con el art. 255.

d) En relación con el art. 408, párr. 3o., la cuestión ha sido vivamente discutida en Francia frente al art. 169, y en nuestro derecho cobra mayor importancia aun por la modificación de que ha sido objeto el art. 408 por la ley del 6 de mayo de 1941, que eleva la pena, en cuanto a los oficiales públicos o ministeriales, a trabajos públicos.

La calidad de oficial público o ministerial es, pues, también una circunstancia agravante del abuso de confianza. ¿Cómo conciliar la Ley de Desfalco con el texto del art. 408, párr. 3o.?

Traslado el debate, provocado en derecho francés por los arts. 169 y 408, a nuestro campo jurídico.

I. En lo que se refiere a los **oficiales ministeriales** (24), la conciliación con el art. 169 parece a Garcon muy difícil, y sostiene que la distracción fraudulenta de la cosa entregada en virtud de las funciones del agente constituye a la vez ambas infracciones —la del art. 169 y la del art. 408, párr. 3o.— porque implica también que la cosa ha sido entregada por la confianza que inspira la función. (25). Pero la jurisprudencia y la práctica, según el mismo señala, no admiten esta opinión y se persigue al agente por abuso de confianza agravado, con lo cual resulta abrogado el art. 169, en lo que concierne a los oficiales ministeriales en ambos casos, esto es, tanto en el caso en que la cosa es entregada en virtud de las funciones del

(24) La situación de los funcionarios llamados "oficiales ministeriales" es, en la República Dominicana, muy oscura, lo que no ocurre en Francia, donde la ley del 28 de abril de 1816 establece, en su art. 91, que los oficiales ministeriales son: "Los *avocats* de la Corte de Casación, notarios, *avoués*, secretarios, alguaciles, agentes de cambio, corredores y *venduteros* públicos."

(25) GARCON, art. 408, Núms. 567 y sig.



agente como en aquél en que es puesta en sus manos por la confianza que inspira su calidad. Solamente se aplican las penas del abuso de confianza ordinario si el agente recibe las cosas como simple particular, tal el caso en que éstas hayan sido confiadas al oficial ministerial a título únicamente de amigo o vecino del depositante.

La solución del conflicto entre el art. 408 y la Ley de Desfalco no ofrece dificultades si se atiende el intérprete a los motivos de la ley de 1863 que introdujo en el art. 408 la circunstancia agravante relativa a la calidad de los oficiales ministeriales. En efecto, en Francia, antes de esta reforma, la jurisprudencia llegaba a esta distinción: a) si el oficial ministerial recibía las cosas sustraídas en virtud de sus funciones, aplicaba el art. 169; b) si, por el contrario, la cosa no había sido confiada al agente en virtud de sus funciones, aplicaba el art. 408, y como esta última era la forma más frecuente de entrega a los oficiales ministeriales, la ley debió prever el caso en que la cosa no es confiada a ellos ni como particulares ni en virtud de las funciones que les atribuye la ley, esto es, cuando la cosa es entregada al agente por la confianza que inspira su calidad.

En conclusión, pues, mi opinión es que el agente será castigado según el título en razón del cual le haya sido entregada la cosa; a) conforme a la Ley de Desfalco, si es en virtud de las funciones atribuidas por la ley o los reglamentos al oficial ministerial, o por mandato de autoridad competente; b) de acuerdo con el art. 408, párr. 3o., en caso de entrega al agente por la confianza que inspira su calidad, y c) como abuso de confianza ordinario si la entrega se realiza sin que el tradens tome en consideración la calidad del agente, esto es, a título de persona particular.

II. Frente a los oficiales públicos, se está de acuerdo en reconocer que esta expresión es muy vaga y que com-

prende todos los funcionarios públicos y, en consecuencia, los perceptores y depositarios del art. 169.

La conciliación de las dos disposiciones se considera imposible y todos los sistemas propuestos pueden ser atacados con argumentos igualmente justificables.

Garcón propone —coincidiendo con una sentencia de casación dictada en el momento en que su libro entraba en prensa— que a los oficiales públicos que sean perceptores o depositarios se les incluya en el art. 169 cuando reciben las cosas distraídas en virtud de las funciones atribuídasles por la ley o los reglamentos, y que a los oficiales públicos no perceptores ni depositarios se les aplique el art. 408.

Pero si la primera distinción parece jurídica no lo es la segunda, según el mismo Garcon lo reconoce, porque no es lógico que el oficial público, que es perceptor o depositario y que no ha recibido las cosas distraídas en virtud de sus funciones, sea castigado con prisión correccional y los oficiales públicos que no sean perceptores o depositarios sean castigados con la pena de reclusión atribuída a la circunstancia agravante del art. 408.

La jurisprudencia generalmente decide, para evitar inconsecuencias y objeciones, que el art. 408 no se aplica sino a los oficiales ministeriales; pero se le reprocha que para ella las palabras “oficiales públicos” son letra muerta en la ley, lo que constituye una falta a las reglas de interpretación. Sin embargo, yo creo que debe reconocerse que es preferible cargar con este pecado que llegar a consecuencias contrarias no sólo a los principios de la lógica, que es también instrumento de interpretación, sino además a las reglas de la equidad misma. Con esta réplica, mi adhesión a la solución jurisprudencial es decidida.

✓ § IV. COSAS OBJETO DEL DESFALCO.

Sumario: 12. Bienes públicos y bienes privados. I. Código Penal. II. Derecho norteamericano y Ley Federal. III. Orden Ejecutiva 89. IV. Ley de Desfalco.—13. Bienes muebles e inmuebles y condiciones. 14. Comparación del desfalco con las demás especies de abuso de confianza del Código Penal.

12. En el lenguaje popular dominicano la palabra desfalco implica una distracción de fondos públicos pertenecientes al Estado o a sus organismos, y esta confusión prevalece en el lenguaje de nuestros juristas (26). Pero ¿se justifica esta doble restricción? ¿La ley nueva protege solamente bienes públicos, y más particularmente los bienes públicos muebles, mejor dicho, fondos?

Responderé a estas dos preguntas separadamente.

I. Remontándonos a los antecedentes del Código Penal, se descubre que en el derecho francés antiguo esta infracción tomaba su carácter especial en la relación de los bienes desfalcados con el propietario. Eran solamente los bienes públicos que se protegían de este modo, cualquiera que fuera la calidad del agente del delito, del mismo modo que ocurría en derecho romano con el *peculatus*. En el Código de 1791 no se hace ninguna distinción con respecto al propietario, y el de 1810, que nosotros hemos tomado, expresa formalmente en el artículo 169 “fondos públicos o privados”.

II. En derecho norteamericano, según el principio general, son solamente las cosas indicadas por los estatutos las que pueden ser objeto del delito; y la Ley Federal, en

(26) V. Núm. 2, nota 1.

las secciones 183 y 188, señala formalmente “el dinero o propiedad de los Estados Unidos o de cualquiera otra persona” (27).

III. La Orden Ejecutiva 89 se aparta de esta ley al precisar en el párrafo 4o. del artículo 1o., en el cual se hace la enumeración de las cosas que pueden desfalcarse, que éstas deben pertenecer al Gobierno Dominicano, aunque en la reproducción de esta enumeración, en el artículo 3, que pretende definir el crimen, no se señala tal condición. No obstante esta aparente contradicción, la jurisprudencia de la Suprema Corte dominicana, con muy buen sentido, había considerado los bienes municipales incursos en las previsiones de la Orden Ejecutiva (28).

IV. La Ley de Desfalco, en los inútiles párrafos segundo y tercero del art. 1, en los cuales señala los deberes de los funcionarios y empleados, se refiere a los que están encargados de desembolsar fondos públicos o de guardar y vender especies timbradas —lo que supone bienes públicos—; pero en el párrafo 4o. del art. 1, correspondiente al mismo de la Orden Ejecutiva 89, suprime significativamente la expresión “pertenecientes al Gobierno Dominicano”, y en el art. 3, que intenta definir el delito, no

(27) V. Ley Federal, en la sección de Legislación Extranjera de la Segunda Parte de esta tesis.

El CORPUS JURIS dice: “La naturaleza de la propiedad que puede ser objeto del desfalco está gobernada por los estatutos y por la aplicación que hacen de ellos los tribunales. Estos términos son usualmente generales, siendo los más comunes “propiedad”, “dinero”, “dinero y propiedad”, “certificados de propiedad (securities) o garantía”, “efectos”, “cualquier cosa de valor”, y expresiones similares.

“Propiedad”, según se usa en el estatuto de desfalco, incluye todas y cada una de las cosas que comúnmente se conocen y designan como propiedad personal. Así, pruebas de deudas como pagarés a la orden, cheques, giros, letras de cambio, acciones de una compañía o bonos municipales, pueden ser desfalcadas. (CORPUS JURIS, t. 20, pág. 414 y nota 31 (e), Estatuto 23 de Texas).

(28) V. Bol. Jud. Núm. 136, págs. 35 y 36.

hace ninguna distinción. *Ubi lex no distinguit, nec nos distinguere debemus*. Resulta, pues, claro que tanto los bienes públicos como los privados están protegidos por esta ley.

Con este sistema, la Ley de Desfalco toma en la función infiel de los servidores públicos la nota característica del delito, y se muestra así más conforme con los principios que predominan actualmente en la materia.

Por tanto, constituyen el desfalco las distracciones de las diversas fianzas que la ley obliga a suministrar a ciertas personas, cuando son cometidas por los funcionarios encargados por la ley para recibirlas y culminan con uno de los hechos calificados desfalco (29).

13. Resta resolver el segundo problema planteado en cuanto a la naturaleza de los bienes protegidos por la ley y a las condiciones que eventualmente pueda exigir ésta. Los antecedentes legislativos sobran en esta cuestión en que la ley es muy clara. Basta, pues, dar en nota la posición de la jurisprudencia norteamericana y hacer una distinción de los bienes.

I. En cuanto a los bienes muebles, la ley señala, en el art. 3 que trata de definir el desfalco, "fondos, sellos de correo, de rentas internas, papel sellado (sic), útiles, muebles, equipos, materiales y suministros", y agrega, en síntesis, las palabras "otras cosas de valor". En con-

(29) El art. 3 de la O. E. 419 del 17 de marzo de 1920, que modifica la ley del 15 de diciembre de 1915 sobre libertad provisional bajo fianza, establece que la "fianza podrá ser entregada al alcalde", quien está obligado a depositarla en la **Colecturía de Rentas Internas**.

La ley sobre fianzas de las compañías de seguros de fecha 24 de enero de 1941 dispone, en su artículo 9, que las fianzas podrán prestarse "depositando su importe en metálico en la **Tesorería Nacional** o en el Banco que indique el **Secretario de Hacienda**" (hoy **Secretaría de Estado del Tesoro y Comercio**).

Por último, la ley sobre sucesiones, particiones y donaciones dispone asimismo que las fianzas en esta materia deben ser depositadas en la **Tesorería Nacional**.

secuencia, la enumeración de los objetos individualizados no tiene otro fin que aclarar, a título de ejemplo, el sentido general de la expresión "cosas de valor". Todos los objetos muebles a condición de tener un valor, en el sentido económico, que es el empleado en el lenguaje corriente, cuando no se hace especificación alguna.

Otro argumento no menos decisivo en cuanto a esta condición de las cosas se encuentra en el art. 4o. de la misma ley, que graduando la pena de multa —obligatoria— según el valor de la suma desfalcada (30), supone únicamente el desfalco de cosas susceptible de estimación en dinero (31).

En resumen, la ley protege todos los bienes muebles sin otra restricción que la señalada, y abraza entonces: a) las cosas que tienen un valor representativo en dinero, como cheques, billetes de banco, letras de cambio, pagarés a la orden, bonos, acciones de compañías comerciales, etc.; y b) todas las demás cosas susceptibles de ser apreciadas en dinero, como piezas de un mobiliario, géneros, mercancías, etc.

No quedan, por tanto, fuera de la protección de la Ley de Desfalco, sino las cosas que no son susceptibles de una

(30) "...será castigado con una multa no menor de la suma desfalcada y no mayor de tres veces dicha cantidad".

(31) Como generalmente se incluye en las leyes la fórmula "cosas de valor", es bueno notar que esta expresión parece que tenía primitivamente en el derecho angloamericano un sentido muy restrictivo, pues Jenks dice: "En los primeros tiempos, era también necesario que las cosas fuesen de valor (of value), para que pudieran ser objeto de este delito; y por "value" se entendía el valor material; por lo que a cosas como billetes de banco, acciones, letras de cambio, obligaciones y otras análogas, no se le reconocía otro valor que el del papel o pergamino en que estaban extendidas; aquel que las hurtaba o robaba, sólo era considerado como autor de un petty larceny, que en ningún caso llegaba a ser constitutivo de felonía, hasta que así se estableció por las leyes de manera expresa." JENKS, *El Derecho Inglés*, pág. 232).

estimación en dinero, tales como las que tienen únicamente un valor moral, por ejemplo, una carta a la cual se atribuya importancia puramente afectiva, un diploma que sólo tiene valor para su titular; y los títulos y actos sin valor pecuniario, como las piezas de un proceso, los actos que comprueban una convención, etc.

II. En lo que se refiere a los inmuebles, el mismo art. 3 de esta ley pone bajo su amparo los terrenos y los edificios, en pugna con los principios de nuestro derecho de origen y rompiendo la tradición del derecho del Código Penal. Pero la expresión "terrenos y edificios" no abraza sino los inmuebles por naturaleza, y por tanto no puede tomarse en consideración la clasificación técnica del Código Civil.

La ley no permite, pues, duda ninguna respecto a la protección de estos bienes. Solamente podría discutirse la utilidad de estas previsiones. Sin embargo, es cierto que los inmuebles por naturaleza pueden ser objeto de una apropiación fraudulenta (no obstante el descuido del Código Penal) porque pueden ser retenidos por el agente con el propósito de apropiárselos y aun ser vendidos o hipotecados por el poseedor precario, y aunque la adquisición de ellos está sometida a largas prescripciones y la eventualidad de despojar al propietario es mínima, ya que éste puede reivindicar su bien durante los plazos de la prescripción, el peligro no desaparece del todo. Por otra parte la nueva ley, a diferencia del Código Penal, castiga no solamente la apropiación o distracción fraudulenta que culmina en la falta o negativa de restitución, sino también la negligencia en la entrega, y el sistema se armoniza perfectamente con la protección de los inmuebles.

14. Veamos ahora la relación de este delito en cuanto a dicho elemento con sus demás especies.

a) El art. 169 del Código Penal, según Garraud, no se

aplica sino a las piezas, títulos, actos y efectos mobiliarios cuyo carácter general es tener un valor pecuniario cierto, esto es, un valor representativo en dinero, según ha sido señalado precedentemente, y el mismo autor estima que la expresión efectos mobiliarios se refiere a actos auténticos o bajo firma privada que constatan la existencia de un derecho apreciable o convertible en dinero. Blanche considera que el art. 169 comprende, además de dinero, los efectos que lo reemplazan, piezas, títulos y actos, cuya enumeración se encuentra en el Código Civil. Pero Garcon opina que si las palabras “piezas, títulos y actos” del texto del art. 169 se refieren a cosas cuyo carácter yo he designado con la denominación de cosas que tienen un valor representativo en dinero —documentos en los cuales concurre esta condición— la expresión “efectos mobiliarios” comprende todos los muebles que pueden ser objeto de un depósito en manos de un depositario público con tal que tengan un valor estimable en dinero, tales como provisiones, mercancías, etc., que son excluidos en la interpretación de Garraud y de Blanche, y cita varias sentencias de la Corte de Casación en su apoyo (32).

Se advierte, pues, que dentro de las dos primeras opiniones, el art. 169 es menos extenso que la Ley de Desfalco ya que no comprende las cosas susceptibles de ser apreciadas en dinero, una de las dos divisiones que he hecho de las cosas en el No. 13, I. Sin embargo, dentro de la opinión de Garcon y de la jurisprudencia, comprende las dos divisiones aludidas, pero no los terrenos y edificios, esto es, los inmuebles. De modo que la Ley de Desfalco deroga, en este aspecto, el art. 169.

b) Con respecto al art. 173, según su texto, son solamente los actos y títulos que pueden ser objeto de esta in-

(32) GARCON, art. 169, Núms. 68 y sig., y sents. C. Cas. 26 Nov. 1842 (S. 3. 1.91); 9 Ene. 1852 (D.52.1.63). GARRAUD, t. 4. Núms. 1493 y 1497; BLANCHE, t. 3, Núm. 350.

fracción; pero, mientras la jurisprudencia no parece comprender en éstos los actos o títulos que contienen una disposición o una obligación, los autores no están todos de acuerdo.

Blanche considera que se trata de escritos por los cuales los funcionarios competentes o las partes mismas constatan la existencia de un derecho estimable y convertible en dinero; Garraud comprende por actos y títulos un escrito susceptible de causar un perjuicio; Garcon estima que el art. 173 se refiere a todos los escritos que prueban una disposición o una obligación, y además a aquellos que aunque no tengan este carácter llegan a ser un título de prueba, por ejemplo, una carta ap ortada a un proceso (33).

De todos modos, es necesario un escrito cuya distracción pueda causar un perjuicio. De acuerdo con estos principios, se ha descargado a carteros y empleados de correos que habían distraído simple correspondencia. Sin embargo, la distracción de la copia de un acto cuyo original existe, no podrá constituir el delito, porque falta el perjuicio.

Las cosas muebles que, según la Ley de Desfalco, pueden ser objeto del crimen son las cosas representativas de dinero o las cosas susceptibles de ser apreciadas en dinero, y no estando ninguno de los actos o títulos señalados en el art. 173 comprendidos en ninguna de estas dos categorías, no hay incompatibilidad entre éste y aquélla. La Ley de Desfalco no deroga, entonces, el art. 173 en este aspecto.

c) Con relación al art. 255, la jurisprudencia francesa ha decidido, por numerosas sentencias, que esta disposición se aplica según lo dispone el texto del art. 254: a) a la sustracción o destrucción de piezas, procesos u otros papeles, registros y actos, y b) a efectos en general, en

(33) GARCON, art. 173, Núms. 18 y sig.; GARRAUD, t. 4, Núm. 1497; BLANCHE, t. 3, No. 350.

los cuales están comprendidos todos los objetos mobiliarios.

La doctrina no discrepa de este criterio de la jurisprudencia.

Pero el art. 254 del Código Penal dominicano, que enumera las cosas cuyas sustracción o destrucción castiga el art. 255, señala los documentos, autos, registros, actos, expedientes y papeles, y omite los efectos, que cita el texto francés y que la jurisprudencia francesa interpreta como **objetos mobiliarios de todas clases**. De modo que es evidente que las sustracciones o destrucciones de estos últimos no caen bajo la sanción del art. 255 en nuestro derecho. Que no se diga que es un error de traducción, porque la palabra efectos es muy clara; lo más que puede decirse es que ha sido una omisión involuntaria, que el intérprete no puede subsanar.

En estas circunstancias, la Ley de Desfalco que, en lo que respecta a documentos y demás papeles, no abarca sino aquéllos que son susceptibles de ser convertidos en dinero, deja fuera de su alcance los enunciados en el art. 254 que no tengan este carácter.

d) El art. 408 comprende dos grupos de objetos: a) los efectos y mercancías, designaciones aplicables a todos los muebles corporales, y b) los actos y títulos, que abrazan exclusivamente los escritos que operen obligación o descargo, de los cuales el Código señala, como ejemplos, los billetes, finiquitos..., enumeración a que puede agregarse los actos, auténticos o bajo firma privada, de venta, alquiler, etc. En cuanto a las cartas, una sentencia de la Corte de Casación francesa de 1896, enfrentándose a algunas decisiones contrarias de las cortes de apelación, ha juzgado que la distracción de aquéllas no puede constituir

un abuso de confianza aun cuando pueda causar un perjuicio moral o material a un tercero (34).

La Ley de Desfalco comprende la primera de las categorías que acabo de señalar, esto es, los muebles corporales susceptibles de ser estimados en dinero; pero de ningún modo abraza los actos o títulos que no tienen valor pecuniario en sí. En consecuencia, el art. 408 no se encuentra en oposición con la Ley de Desfalco sino en lo que atañe a los demás actos o títulos.

§ V. HECHOS MATERIALES DEL DESFALCO

Sumario. 15. Hechos calificados desfalco y presunciones.—16. Distracción o apropiación fraudulenta. Derecho norteamericano. Orden Ejecutiva 89. Ley de Desfalco.—17. Negligencia en restituir. Diferencia con la negligencia en la conservación.—18. Falta de restitución. Diferencia con la negligencia en restituir.—19. Negativa de restitución. Diferencia con la falta de restitución.—20. Mora. Formas. Diferencia con el déficit. I. En la negligencia en restituir. II. En la falta de restitución. III. En la negativa de restitución.

15. Para dar solución al problema general objeto de esta tesis, tal como ha sido planteado precedentemente (No. 1), precisa atacar ahora uno de los problemas particulares más difíciles de este estudio, y que puede formularse en esta pregunta: ¿Cuáles son los hechos materiales constitutivos del desfalco?

Una simple lectura de la ley demostrará que no puede darse una respuesta única. Hechos calificados desfalco,

(34) Sent. C. Cas. 22 mayo 1896; GARCON, art. 408, Núms. 189 y sig.

algunos sin relación entre sí, y hechos que caracterizan un sistema de pruebas extraño a nuestro derecho penal, se agrupan en el art. 3 con una profusión de detalles.

En estas circunstancias —tratándose de la primera doctrina que aparece sobre esta ley— he creído necesario un estudio tan minucioso que cualquier punto de interés, por evidente que parezca, quede dilucidado convenientemente y sin afirmaciones dogmáticas.

Un breve panorama general del sistema de la ley y un examen separado de cada uno de los hechos previstos por ella, me permitirán cumplir mejor mi promesa.

El art. 3 de la Ley de Desfalco, base de la represión en cuanto a los hechos, contiene dos órdenes de disposiciones:

A) En el párrafo 1o. establece que “serán consideradas como desfalco.. la falta, negligencia o negativa de cualquier funcionario o empleado: a) en depositar o remitir los fondos...; b) en devolver los balances...; c) a entregar a sus substitutos en le cargo” (enumeración de las cosas objeto de la infracción); esto es, -resumiendo la disposición legal en fórmula de principios—la negligencia, falta o negativa del cumplimiento de la obligación de **restituir** a que esté sujeto el poseedor precario. En resumen, la ley dispone que será considerada desfalco la negligencia, falta o negativa de **restituir...** tales cosas por parte de tales personas etc. Tomo la palabra “restitución” en el sentido lato en que la emplea el Código Civil: restitución propiamente dicha, esto es, devolución al propietario de la cosa, y entrega, cuando debe ser hecha a un tercero.

B) Y en el pár. 2o. del mismo art., la ley declara que “se tomará como evidencia prima facie...”: a) la apropiación de (enumeración de cosas objeto de la infracción) a un uso o fin distinto de aquél para el cual fué entregado o

puesto bajo custodia"; y b) la falta, negligencia o negativa en rendir la cuenta exacta de (enumeración de cosas objeto de la infracción confiadas al agente)".

La ley castiga, pues, directamente los tres hechos siguientes:

- 1o. La negligencia en restituir,
- 2o. La falta de restituir,
- 3o. La negativa a restituir.

Y establece dos presunciones legales de estos hechos:

- 1o. La apropiación de la cosa para un fin distinto de aquél para el cual fué entregada,
- 2o. La negligencia, falta o negativa de rendición de cuentas.

16. De acuerdo con el cuadro de las incriminaciones legales esbozado en el párrafo anterior, puede plantearse legítimamente, aunque parezca extraño, el problema de si la distracción o aprobación fraudulenta de la cosa, es sancionada por la Ley de Desfalco.

Veamos ante todo los precedentes de la ley y el sistema del Código Penal.

a) En el derecho norteamericano, la **distracción o aprobación fraudulenta** de la cosa confiada al poseedor precario, según la definición general del "embezzlement", es el hecho típico constitutivo del crimen, aunque las leyes de los Estados extiendan la represión también a otros hechos y organicen pruebas legales (No. 5,II).

Y es también la apropiación fraudulenta el hecho que ha sido la principal preocupación del legislador en la Ley Federal norteamericana, y que con el nombre de **conver-**

nión pasa a través de todo el complicado sistema, destacándose con relativa pulcritud en las secciones 173, 175 y 183. (Ver esta ley en apéndice).

Las demás secciones están destinadas a reprimir indirectamente la distracción o apropiación fraudulenta y a castigar hechos asimilados a la "conversión" y organizar pruebas legales.

b) En la Orden Ejecutiva 89, del mismo modo que en la Ley Federal, la apropiación fraudulenta se encuentra prevista por el párrafo 3o. del art. 3.

Las demás disposiciones tienen por fin, como veremos, asegurar indirectamente la represión de la apropiación fraudulenta y organizar pruebas legales.

c) En el Código Penal (tanto en el dominicano como en el francés), coincidiendo en este punto con el derecho norteamericano y la Orden Ejecutiva 89, es igualmente la apropiación fraudulenta por el poseedor precario que, bajo la forma de distracción, disipación, sustracción, sirve de base a la represión del abuso de confianza del art. 408 y a las numerosas especies de éste, las infracciones previstas por los arts. 169, 173, 254 y 255.

Pero, en cambio, no se encuentra la represión indirecta ni el sistema de pruebas legales.

d) La Ley de Desfalco, al enunciar los hechos constitutivos de esta infracción, siguió el modelo de la Orden Ejecutiva 89 tomando de ésta el primer párrafo del art. 1 que castiga la negligencia, falta o negativa de restitución; pero desechó el segundo párrafo que sanciona directamente la apropiación fraudulenta, y, luego, incluyó este hecho entre las presunciones (35).

(35) V. *Sinopsis Comparativa en el Apéndice.*

¿Se puede concluir de estas disposiciones que esta ley no castiga la distracción o apropiación fraudulenta? Distingamos.

Es cierto que **directamente** la ley no sanciona este hecho. Y no podrá alegarse ni que el inútil recuerdo del deber de restituir, en que se ocupa toda la primera parte de la ley, ni que las previsiones sobre reintegro o reparación del art. 4 suponen la distracción o apropiación de las cosas confiadas, esto es, en pomposa e inadmisibile argumentación para el derecho penal, que la represión directa de este hecho resulta de la economía y del espíritu de la ley, porque, de una parte, la distracción o apropiación fraudulenta sí está castigada, como vamos a verlo, bajo otra forma, y, de otra parte, la voluntad del legislador, al abandonar la ley en que se inspiró transformando el carácter del hecho, es demasiado clara. (No. 23,II,B).

En cambio, no puede negarse que la distracción o apropiación fraudulenta está indirectamente castigada dentro de la falta o negativa de restitución.

En efecto, toda distracción o apropiación fraudulenta de la cosa confiada tiene por resultado probable—y es lo específico en este hecho— la falta de restitución o su negativa. Se invierte el sistema del Código Penal, que —como muy bien dicen Garçon y Planiol—, castigando la distracción o atentado a la propiedad, sanciona indirectamente la obligación especial de restituir del deudor fiduciario, mientras la ley de desfalco, incriminando esta obligación, castiga indirectamente la distracción o apropiación fraudulenta (36).

He aquí, entre las otras consecuencias que se indicarán

(36) GARÇON, C. P., art. 408, Núm. 10; y PLANIOL, citado por GARÇON.

al estudiar la falta de restitución, dos que se relacionan con la constitución misma de la distracción:

1o.—La distracción o apropiación fraudulenta de la cosa, no constituyendo la infracción, es lícita mientras no culmine en una falta o en una negativa de restitución o, cuando menos, en el retardo que implica la negligencia en restituir; pero, fraudulento o no, este acto forma una presunción de los hechos calificados desfalco que, si susceptible de ser destruída por la presentación de la cosa en la época debida, es suficiente para dar apertura a la acción pública.

Daré dos ejemplos, haciendo la distinción clásica entre la apropiación de un cuerpo cierto y el de una cosa fungible, para comparar el sistema del Código Penal y el de la Ley de Desfalco, y pondré de relieve, al pasar, los defectos y los méritos de ésta.

Un funcionario o empleado público (el Oficial Suministrador, el Director del Archivo de la Nación, un Encargado de Aprovisionamiento de una Secretaría de Estado) distrae o se apropia por un acto de disposición —venta, cambio, prenda— un cuerpo cierto que le ha sido confiado en razón de sus funciones. Si bien es cierto que por este hecho se ha creado contra sí una presunción de culpabilidad, no podrá ser condenado, en el sistema de la Ley de Desfalco, si, readquiriendo el objeto, lo restituye en el momento debido, esto es, el fijado por la ley o la convención, o al hacérsele la primera reclamación, según los casos, y la sentencia que, haciendo constar esta circunstancia, lo condenara a pesar de ello, apoyándose en la Ley de Desfalco, no tendrá base legal. No hay falta ni negativa de restitución, ni aun negligencia en restituir.

Si un funcionario o empleado público (un Colector de Rentas Internas, un Tesorero Municipal) distrae o se apropia una cosa fungible, dinero, por ejemplo, recibido por él

en razón de sus funciones y lo emplea en préstamos azarosos a interés, se creará la presunción de desfalco por su hecho; pero, si restituye el dinero en las circunstancias indicadas en el caso anterior, habrá destruído la presunción, y la sentencia no podrá condenarlo sobre la base de esta ley. Ninguno de los hechos que ésta califica desfalco se ha cometido.

Sin embargo, una sentencia reciente de la Suprema Corte de Justicia dominicana, ha decidido que la apropiación de fondos por un agente de correos y telégrafos sin que éste haya justificado la retención de ellos, constituye el desfalco. (37). Pero es evidente que hay aquí un error, puesto que, si la apropiación no culmina en la falta o negativa de restitución, o al menos en una negligencia, no constituye el desfalco.

He aquí, patente en estos ejemplos, el aspecto imprevi-

(37) La sentencia de la Suprema Corte fué dictada el 27 de agosto de 1941, sobre un recurso de casación contra una sentencia de la Corte de Apelación de San Cristóbal.

Son hechos constantes en la sentencia que en una visita de inspección hecha el día 29 de enero de 1941 en la oficina de correos a cargo del acusado, se encontró un déficit de \$11.20 y que en vista del informe del funcionario que residenció dicha oficina, el acusado fué suspendido de su cargo y reducido a prisión; y que 5 días después, esto es, el 3 de febrero de 1941, en una segunda visita de inspección a la oficina de correos aludida, el acusado fué conducido allí y entregó los \$11.20 que correspondían al déficit.

La Corte de Apelación declaró comprobado por estos hechos (resultantes del plenario) que el acusado se apropió los fondos fundándose principalmente en que no justificó la retención de ellos.

La Suprema Corte de Justicia, rechazó el recurso de casación fundándose en que la Corte de Apelación pudo formar su convicción en el acta y testimonio del plenario, y que al aceptar que el juez a quo hizo una buena apreciación de los hechos y una justa aplicación de la ley tomó en cuenta las razones ponderadas por él, entre las cuales figura la falta de justificación de la retención de los fondos; y que por otra parte, aunque la suma apropiada fué devuelta, el hecho degenera en delito y es castigable conforme al párr. 3o. del art. 4 de la Ley No. 712 (Bol. Jud. No. 373, pág. 809).



sor que la Ley de Desfalco ha tomado al desviarse de sus modelos, la Orden Ejecutiva 89 y el más remoto de la Ley Federal, defecto de que no adolece el Código Penal.

Por el contrario, la falta o la negativa de restitución constituye la infracción, como se verá, sea que tenga por causa la intención fraudulenta, sea que baste una falta no intencional, según se adopte uno u otro de los sistemas que se exponen más adelante.

Aquí la Ley de Desfalco, con sus fuentes de inspiración, resulta más rigurosa que el Código Penal, rigor que se acentúa más con las presunciones que establece a base de otros hechos (No. 23 y 26).

Pero surge ahora un problema complicado. Los artículos 169 a 172 que reprimen las distracciones fraudulentas cometidas por ciertos funcionarios públicos (perceptores y depositarios) fueron derogados tácitamente por la Orden Ejecutiva 89, pero la Ley de Desfalco derogó ésta expresamente. ¿Podría sostenerse que no castigando la Ley de Desfalco estas distracciones, sino cuando culminan en una falta o en una negligencia de restitución podrían castigarse, sin embargo, en virtud de los arts. 169 a 172 del Código Penal? De otro modo, ¿la derogación expresa por la Ley de Desfalco, de la Orden Ejecutiva 89, que derogó estas disposiciones del Código Penal, tuvo por efecto restablecerlas?

Se diría que, cesando la incompatibilidad de los textos legales, de cualquier modo que esto se hubiera producido —aquí por la derogación de la Orden Ejecutiva 89—, el texto derogado quedó de nuevo en vigor. Pero esta opinión no es admisible cualquiera que sea la índole de las razones que la sustenten, orden público o interés nacional. La ley nueva que abroga otra que a su vez ha abrogado una anterior, no puede, en principio, borrar los efectos producidos por ésta. Derogadas las leyes por cualquier causa —sostienen las doctrinas italianas y alemanas— no

readquieren en principio su fuerza por el simple hecho de que hayan cesado las causas de extinción; y en consecuencia, en el caso de abrogación de una ley que a su vez abroga otra, no por esto puede pensarse que la ley abrogada primitiva recobra su vigencia, porque la nueva ley no ha dispuesto nada con respecto al orden de las relaciones jurídicas regidas por las leyes anteriores y entonces esto quiere decir que, o queda abolida la institución jurídica correspondiente, o queda gobernada por los principios generales, o sí ha dispuesto, y entonces valen sus disposiciones, aun cuando sean idénticas a las abolidas por la ley. No se puede revivir lo que no existe, dicen otros más enérgicamente (38).

La consecuencia de esta opinión respecto a los ejemplos dados es que la distracción o apropiación fraudulenta no podrá castigarse conforme al art. 169 y siguientes del Código Penal.

Se puede pasar ahora al examen de los hechos previstos y castigados directamente por la ley.

17. La primera forma del desfalco es la negligencia en restituir.

Desde el punto de vista del lenguaje, negligencia significa descuido, en el sentido de falta, y omisión. De modo que negligencia en restituir, vale tanto como descuido u omisión de restituir. (39).

Pero en su aspecto jurídico, hay que eliminar el tér-

(38) COVIELLO, *Doctr. Gen. del Der. Civ. (Italiano)*, Cap. IV, 31, pág. 103; ENNECCERUS, *Der. Civ. (Alemán)*, t. 1, vol. 1o., pág. 176, nota 5.

(39) Interesa, para una interpretación segura de la ley, la acepción de la palabra negligencia (así como también la de falta y la de negativa, que se encuentran más adelante) en inglés y en francés. En inglés, porque es el idioma de la Ley Federal, modelo de la O. Ej. 89 y, por tanto,

mino **omisión**, que haría consistir el hecho en la falta de cumplimiento de la obligación de restituir que tiene a su cargo el poseedor precario, esto es, lo confundiría con la **falta de restitución**, otra de las formas del desfalco, lo que sería inadmisibile dentro de las buenas reglas de interpretación de la ley que exigen, en principio, que se dé un sentido, un fin, a cada concepto con el cual expresa el legislador su pensamiento. Tenemos, entonces, que el hecho previsto se refiere al descuido, exactamente el equivalente de negligencia, en el sentido genérico de falta, empleado en la terminología del Código Civil y en numerosas disposiciones del Código Penal.

Ahora, la negligencia en restituir se traduce exteriormente por un retardo en la restitución de la cosa en la época debida.

Con esto puede ya definirse la negligencia en restituir, diciendo que consiste en un retardo en el cumplimiento de

de la Ley de Desfalco; y en francés, porque no es despreciable el material que pueden ofrecer la doctrina y la jurisprudencia francesas, en las infracciones que afectan formas parecidas a las del crimen que se estudia, o que implican una negligencia, una falta o una negativa del cumplimiento de una obligación.

Negligencia. Descuido, omisión. Falta de aplicación (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua).

Neglect. Descuido, omisión, inobservancia, abandono, descuido de sus deberes, falta a su obligación, etc.

Neglect clause. Expresión inglesa que designa la cláusula que se inserta en las cartas partidas y conocimientos y por la cual el asegurador declara exonerarse de la falta cometida por el capitán de tripulación, el piloto y cualquiera otra persona del servicio de la nave. Esta cláusula es declarada válida por la jurisprudencia. **CAPITANT, Voc. Jurid.**

Negligence. Falta de cuidado, de aplicación, de exactitud. Falta resultante de una ausencia de cuidado: negligencia de estilo.

Falta no intencional consistente en no realizar un acto que hubiera debido realizarse (Art. 1383 del C. Civil). **CAPITANT, Voc. Jurid., art. Negligence.**

la obligación de restituir la cosa confiada al poseedor precario por una falta cualquiera de éste.

Se distingue, así, de la negligencia en la conservación de la cosa, en que mientras ésta se refiere a una falta con relación al cuidado que debe prestarse a la cosa, que pueda o no resolverse en una falta de restitución, la negligencia en la restitución se refiere a una falta con relación a la restitución de la cosa en la época debida, y supone siempre la restitución, aunque tardía. Es la confusión sufrida por la Corte de Casación en la sentencia citada en el No. 21, in fine.

De esta distinción resulta que la negligencia en la conservación de la cosa no está castigada por la Ley de Desfalco, interpretación confirmada por el conocido argumento de exclusión, que se aplica a las recepciones del derecho. En efecto, aunque la Ley Federal prevé la falta en la conservación de la cosa, la Orden Ejecutiva 89, inspirada en ella, la excluyó de sus incriminaciones, y por tanto la Ley de Desfalco, que tomó a ésta por modelo, no la castiga.

Más complicada resulta la distinción entre este hecho y la falta de restitución, que encontramos en seguida.

18. Aunque la palabra falta tiene en español dos acepciones que pueden falsear la interpretación correcta de la ley, la de culpa y la de incumplimiento de una obligación, seguida de la preposición "de" y del infinitivo de un verbo, como en la expresión "falta de depositar, remitir, devolver"... , genéricamente, de restituir, en que está empleada en la Ley de Desfalco, la única significación que es posible atribuirle es la última.

Es éste, por otra parte, el sentido que concuerda con el fin de la ley, que es facilitar la prueba de la apropiación fraudulenta por el poseedor precario y con la acepción que se le asigna en el derecho de origen.

La ley castiga aquí el incumplimiento de la obligación

principal del poseedor precario, la omisión de restituir la cosa confiada. Pero ¿cuándo se puede decir que existe la falta de restituir? ¿Cómo distinguir estos hechos?

La cuestión no es tan fácil de responder como parece a primera vista, porque en ambas formas del desfalco hay un elemento común que las confunde: en una y en otra la restitución no es hecha en el momento debido.

Se dirá que en un caso no se restituye y en el otro sí, pero tardíamente. La cuestión choca entonces con una noción de tiempo, que exige determinar en qué momento la restitución tardía, el retardo, que caracteriza la negligencia en restituir, se transforma en falta de restitución. El límite extremo a partir del cual uno y otro hechos son fatalmente consumados, ha sido fijado por la ley: la denuncia a la justicia (Art. 4 *in fine*). Pero la ley no ha establecido en esta relación temporal el límite intermedio que separa una forma de la infracción de la otra, y el intérprete no puede suplir este silencio. Se agotarán en vano todos los artificios de la imaginación para establecer tales fronteras y todos serán necesariamente arbitrarios, porque en este aspecto se trata de las condiciones de la infracción, que sólo pueden ser fijadas por la ley (40).

Sólo queda como recurso el elemento subjetivo de la infracción, que es el único que puede dar el criterio científico de la distinción: la negligencia en restituir implica una falta no intencional del agente, y la falta de restituir,

(40) Ya sé que, si no se penetra a fondo el problema, se pensará en el requerimiento de mora; pero apenas si esta réplica merece refutación.

La negligencia en restituir resulta —se dirá— del simple hecho de no restituir en el momento fijado por la ley (*lato*) o la convención, y de pleno derecho, y a falta de indicación en éstas, cuando la cosa sea reclamada; y la falta de restitución resultará de no restituir en el momento del requerimiento de mora. Pero, éste, sólo exigible para la prueba de la infracción, puede ser inútil en muchos casos de falta de restitución como puede ser necesario en la negligencia de restituir. (No. 20).

el fraude, tesis que es por otra parte la que personalmente sostengo (No. 24, B).

De este modo, la falta de restitución de la cosa ha de tener por causa un hecho realizado con intención de despojar de ella al propietario. Se invierte así el sistema del Código Penal, pues mientras éste, castigando la distracción o atentado a la propiedad, sanciona indirectamente la obligación especial de restituir del deudor fiduciario, la Ley de Desfalco, al incriminar ésta cuando es fraudulenta, castiga indirectamente la distracción (No. 16).

19. La negativa a restituir —dado que negativa tiene una acepción unívoca, desde el punto de vista del lenguaje vulgar, y que además no toma sentido particular distinto en el léxico jurídico —puede definirse sin más como el acto por el cual el poseedor precario rehusa restituir la cosa.

Ordinariamente, la negativa a restituir no resulta sino del hecho de que el poseedor rehuse satisfacer la reclamación del que tiene derecho sobre la cosa; y se distingue de la falta de restitución en que supone siempre el requerimiento de mora, salvo el caso, realmente raro, en que el poseedor se anticipe gratuitamente a expresar su voluntad de no restituir.

Pero esta distinción no es sino teórica, porque la negativa y la falta de restitución tienen los mismos efectos y su valor se reduce a dar precisión a la terminología jurídica en que actualmente ambas se confunden (41).

20. La mora es el estado del deudor en retardo de cumplir su obligación.

En derecho civil, resulta a partir del momento en que el acreedor intima al deudor a ejecutar su obligación, o

(41) En la doctrina francesa se dice muchas veces *refus par default*.

excepcionalmente, de pleno derecho, a partir de la época fijada por la convención (si hay cláusula expresa) o por la ley, como en el caso de obligación delictual o de violación de una obligación de no hacer. Su efecto consiste, según el art. 1138 del C. Civil, en poner los riesgos a cargo del obligado (42).

En derecho penal, y especialmente en el delito de abuso de confianza, este estado resulta, según la doctrina y la jurisprudencia, del requerimiento de mora (*mise en demeure*) consistente en una reclamación de entregar la cosa confiada, dirigida al poseedor precario, y que puede hacerse, bien por notificación de un oficial público, bien por notificación particular, y que en este último caso puede ser escrita o verbal, con tal que no sea equívoca, salvo las dificultades de la prueba (43).

Sólo ha de advertirse, para evitar un desafortunado error, muy corriente, que no debe confundirse el requerimiento de mora, que es una reclamación, con el déficit, que sólo comprueba la falta de los objetos confiados y no tiene por consecuencia poner en mora al poseedor. Es más, el déficit, aun acompañado del requerimiento de mora, y salvo esta comprobación, carece en absoluto de efecto jurídico para la prueba de los hechos que constituyen el desfalco si el funcionario o empleado público hace la restitución, aunque los objetos no se encuentren en el lugar destinado para guardarlos. La ley castiga la negligencia, la falta o la negativa de restitución

(42) CAPITANT, Voc. Jurid., art. Demeure.

(43) Aunque se ha sostenido —dice Garçon— que la mora debe ser hecha por ministerio de un oficial público, es esta una opinión errada, pues puede resultar de una reclamación privada escrita y aun oral, con tal que no sea equívoca, lo que depende del caso particular. Y cita sentencias que han considerado que constituye la mora la decisión de un consejo de familia por la cual se solicita del tutor justificar el empleo de fondos, o numerosas reclamaciones que no surten efecto; aunque también se ha decidido que no podría considerarse como tal las interpelaciones dirigidas por el fiscal y por el juez de instrucción en la persecución. GARÇON, C. P., Art. 408, No. 86.

y no el cambio de sitio de los objetos, por ejemplo, el traslado del dinero de la caja oficial a la casa del agente.

El requerimiento de mora no es exigido por la ley como condición del crimen; pero puede ser útil y aun indispensable para la prueba en muchos casos.

Así, examinando separadamente los tres hechos que constituyen desfalco —negligencia, falta o negativa de restituir— tenemos:

I—En cuanto a la negligencia en restituir, que implica un retardo debido a una simple falta, el requerimiento es en principio necesario para la comprobación del retardo; pero no suponiendo la existencia de éste sino una falta, puede establecerse por otras circunstancias, por ejemplo, si fijada la época de la restitución por la ley o los reglamentos del Presidente de la República, el agente deja por su falta transcurrir en exceso el plazo.

II—En la falta de restitución, que supone el cumplimiento de la obligación de restituir en la época debida, la cuestión depende del partido que se tome con relación a las dos doctrinas sobre el elemento moral que se estudian más adelante: la de la falta y la de la intención fraudulenta.

Es cierto, en primer lugar, que estando constituido el crimen, para ambas opiniones, por la falta de restitución, basta establecer ésta en su elemento exterior, y aun cuando para ello es generalmente necesario el requerimiento de mora, la prueba puede resultar de otros hechos.

En la tesis de la falta, aunque el acusado tiene el derecho de probar la ausencia de ésta, el requerimiento de mora no tiene influencia sobre el elemento moral de la falta y su función se limita a la prueba del hecho material de la falta de restitución.

Por el contrario, en la doctrina de la intención fraudulenta, aunque el crimen se constituye por la simple omisión del cumplimiento de la obligación de restituir, como se admite que el acusado puede invocar y probar, para su descargo, la ausencia del fraude, la necesidad del requerimiento de mora depende de la naturaleza del objeto del delito.

Si se trata de un cuerpo cierto, y de un acto de disposición, como una venta, un cambio etc., el requerimiento de mora, comprobado este acto, es inútil; pero si se ignora el destino de la cosa, o si el agente la hace suya por retención fraudulenta, el requerimiento de mora es indispensable para la prueba de la intención, a falta de otras circunstancias, por ejemplo, la ocultación maliciosa de la cosa, la fuga del agente que establezca el fraude.

En caso de que el objeto del delito sea una cosa fungible, dinero, por ejemplo, y se ha comprobado la distracción de los fondos, la opinión está dividida. Según Merlin, el hecho de la disposición del dinero basta, y en consecuencia el requerimiento de mora es inútil; para Chaveau y Helie, es necesario en la prueba del fraude; y para Garcon, es indispensable para comprobar el perjuicio, salvo que éste resulte de otras circunstancias (No. 25).

Si el acto de disposición del dinero no se ha establecido, el requerimiento de mora es indispensable, según casi toda la doctrina, para la comprobación de todos los elementos de la infracción, a no ser que existan otros hechos de donde se pueda desprender esta prueba, por ejemplo, la alegación mentirosa de un robo, el disimulo de entradas de fondos en los libros, la negación de haber recibido las cosas, etc.

III—En cuanto a la negativa de restitución, si se mantiene la distinción entre ésta y la falta de restitución, que he propuesto antes (No. 19), el requerimiento de mora



es indispensable, cualquiera que sea el partido tomado respecto al elemento moral, excepto el caso extraordinario en que el poseedor se adelante a declarar que rehusará hacer la entrega.

§ VI. ELEMENTO MORAL

Sumario: 21. Determinación de este elemento y confusión. I. Principios generales de la responsabilidad penal en el derecho angloamericano y paralelismo de éstos con los del derecho dominicano. II. Distinción de los hechos calificados desfalco.—22. Negligencia en restituir. Dos opiniones.—23. Falta y negativa de restitución. I. Ausencia de Falta. II. Doctrinas. De la falta. De la intención.—24. Concepto de la intención fraudulenta.—25. Prueba. Régimen de la Ley de Desfalco. Régimen del Código Penal. I. Cuerpo cierto. II. Cosas fungibles. III. Jurisprudencia.

21. La determinación de este elemento es otra de las mayores dificultades con que el intérprete tropieza en el examen de esta infracción.

La causa de la confusión para el jurista dominicano reside, de una parte, en el desconocimiento de los principios generales del derecho angloamericano, y de otra, en el texto mismo de la ley, que confunde, en la penalidad, la negligencia en la restitución con la falta y la negativa de restitución.

I.—Para alcanzar la solución cierta, precisa en primer término, pues, investigar los principios generales que dominan en esta materia en el derecho angloamericano, no con la pretensión de reclamar su aplicación, como con frecuencia se hace, sin reservas, con los principios del derecho francés respecto a las leyes que tienen su origen en éste, sino con el propósito de mostrar su coincidencia con los nuestros y aclarar con ellos el sentido de la ley sobre un terreno seguro.

En el derecho penal inglés y norteamericano, que tie-

nen por fuentes la "common law" y los estatutos (leyes, en el sentido lato), se reconocen dos principios (43a).

A) El delito (lato) implica una falta —intencional o no intencional—, principio que es expresado tradicionalmente en latín con el aforismo "haud reus nisi mens sit rea", esto es, "no se es culpable sino cuando la mente es culpable". La consecuencia es que no son responsables penal-

(43a) "En el derecho angloamericano —dice Rosell— las fuentes formales del derecho —entendiendo por tales el origen de la producción de reglas de derecho que tienen carácter general e independiente— son la "common law", la equidad y la ley. La costumbre, en el sentido de regla jurídica derivada del uso y de la convicción de obligatoriedad de los interesados, ha quedado reducida considerablemente a causa de sus restricciones.

La "common law" está constituida por un conjunto de decisiones judiciales que en su origen eran dictadas por el juez según su arbitrio o costumbres jurídicas que no se probaban; y se consideraban siempre como la revelación de un derecho preexistente, ficción ésta que, manteniéndola hoy, asegura el prestigio a las sentencias actuales librándolas de reproches de arbitrariedad.

La equidad, que se introdujo como medio para suplir o dulcificar el rigor de la common law, está compuesta también por un conjunto independiente de sentencias, que primitivamente fueron dictadas según el arbitrio del encargado de juzgar quien se inspiraba en una especie de derecho natural para el caso particular.

Respecto a ambas fuentes impera el sistema del case-law, según el cual la sentencia de un tribunal liga tanto al tribunal que la dictó como a los tribunales de igual o inferior categoría, salvo las sentencias de los tribunales inferiores, que no crean precedentes. No se trata, pues, de una serie de decisiones dictadas de un modo fijo en un mismo sentido, esto es, de lo que fuera de Inglaterra y Estados Unidos se llama jurisprudencia, sino de una sola decisión aislada.

Este sistema es seguido con menos rigor en Estados Unidos, en donde, aunque se invoca con frecuencia las decisiones de los tribunales ingleses, los escritores americanos, según Pollock, discuten y critican los precedentes con una libertad que no se toleraría en Inglaterra y los tribunales se liberan más fácilmente "del caso". Pollock refiriéndose a este movimiento científico americano, cree que su progreso puede conducir a trasladar el centro intelectual jurídico de Inglaterra a los Estados Unidos." Ver Lecciones de Derecho Civil Comparado del profesor PEDRO ROSELL, pág. 64 y notas.

mente, o como con toda propiedad dicen los juristas anglo-americanos, ~~son~~ son incapaces de delinquir por falta de "mens rea": el niño (con distinciones según la edad respecto a la irresponsabilidad absoluta y a las presunciones de ausencia o no de conocimiento; el idiota y en general los desequilibrados mentales (insanity); el ebrio, en las infracciones intencionales; las colectividades, aunque se sugiere para ella la responsabilidad subsidiaria y se admite la responsabilidad en infracciones que los juristas consideran excepciones al principio; y por último, y de un modo general, las personas constreñidas física o moralmente a cometer el delito, causa de exculpación ésta en la cual el estado de necesidad no es bien definido (44).

B) Todos los delitos (lato) llevan implícita la intención criminal, que los juristas llaman intención perversa, intención maliciosa, intención fraudulenta, según los casos, y para la cual no se admite otra causa de exclusión que el error de hecho (buena fe).

Esta intención consiste —dice Jenks, coincidiendo con la nota característica con que nosotros la distinguimos de la voluntad —es la creencia o deseo de que los actos producirán tales efectos (el hecho como es previsto). Luego, el mismo autor cita varios casos que demuestran que este punto de vista fue adoptado desde 1789 por los tribunales de Inglaterra, dato que si interesante por su valor histórico en lo que respecta a la formación de este principio en la "common law", resulta hoy inútil ante el reconocimiento constante que de dicho principio hacen desde entonces los tribunales ingleses, así como los norteamericanos, que aplicando la "common law" adoptada en los Estados Unidos en la época de la colonización, siguen el "casi system" invocando con frecuencia las decisiones de los tribunales de la Gran Bretaña (45).

(44) JENKS, El Der. Ingl., págs. 214 a 222.

(45) JENKS, pág. 215.

Los tratados de derecho penal ingleses y norteamericanos, en la parte dedicada al estudio especial de cada delito, sea que éste se encuentre previsto por la "common law", sea que esté castigado por los estatutos (leyes), se encuentran repletos de referencias a decisiones judiciales en que la intención aparece como elemento esencial. Cito los siguientes: homicidio (*murder*), que se distingue del homicidio involuntario (*manslaughter*), castigado con penas menos graves, y del homicidio casual, impune; la agresión (*assault*) que abraza todas las violencias, incluso la violación; el rapto (*abduction*); el incendio (*arson*), no castigable si no es malicioso; el robo con violencia (*robbery*); el *larceny*, "que consiste en tomar y llevarse (*taking and carrying away*) fraudulentamente una cosa susceptible de ser robada, con la intención de privar de ella al propietario", en que se incluye el robo sin violencia y una especie de abuso de confianza, pero en el cual la posesión se obtiene con la intención fraudulenta dando seguridad de que la cosa es para verla, probarla o repararla; el "embezzlement"; la estafa; la falsedad; el perjurio; la bigamia, el incesto; el libelo, chantage, etc. (46).

(46) Los datos relativos a la intención en estos delitos, han sido tomados, los referentes al derecho inglés, de la obra de EDWARD JENKS, *El Der. Ingl.* y los relativo al derecho norteamericano, en el cual aparecen delitos que no pertenecen a la "common law", de la obra de J. R. ROOD, *Criminal Law*.

A continuación se indican, precedidas de las iniciales del autor, las páginas o los números en que puede encontrarse esta información: homicidio intencional (*voluntary manslaughter*), EJ págs. 229 y 230, JRR Nos. 100 a 102; homicidio involuntario (*involuntary manslaughter*), EJ Pág. 231, JRR Nos. 81. y 82a.; rapto (*abduction*), EJ pág. 234; secuestro (*kidnapping*), JRR No. 85; incendio (*arson*), EJ pág. 240, JRR No. 118; fractura y escalamiento para cometer delitos (*burglary*), EJ pág. 240, JRR No. 116; robo (*larceny*), EJ pág. 241. JRR Nos. 135, 136 y 137; falsedad (*forgery*), EJ pág. 248, JRR Nos. 148 a 150; perjurio (*perjury*), EJ pág. 253, JRR. No. 181; bigamia (*bigamy*), EJ pág. 253, JRR No. 166; incesto (*incest*), EJ pág. 254, JRR No. 169; libelo o difamación (*libel*), EJ pág. 258, JRR No. 164; chantage (*blackmailing*), EJ pág. 263; seducción (*seduction*), JRR No. 171; soborno (*bribery*), JRR No. 180; desacato (*contempt*), JRR No. 182.



Contra la doctrina de la “mens rea”, de donde resultan estas reglas, los autores hacen notar que sólo hay dos excepciones: 1o. la ley, que puede establecer que una infracción a su texto, moralmente inocente, es castigable; 2o. el error de hecho. Respecto a la primera excepción se admite la frecuencia con que se encuentra en las leyes actuales respecto a los “delitos de policía que no implican grave culpabilidad” (pero culpabilidad).

De esta breve exposición resulta que en el derecho penal angloamericano, la doctrina de la “mens rea”, excluyendo como incapaces de delinquir al que carece de voluntad para cometer una culpa, y distinguiendo entre simple falta e intención, para no castigar en el primer caso al niño, al idiota, al loco, a las colectividades en principio, al violentado física o moralmente, y, en el segundo caso, además, al que ha obrado de buena fe —con lo cual se tiene una tabla completa de las causas de no culpabilidad del derecho francés—, no es otra que la doctrina tradicional de la responsabilidad moral que funde ésta en la culpabilidad y que el Código Penal francés (y sus derivados) así como la mayor parte de los códigos modernos, han reconocido en la forma en que lo hace la “common law”, esto es, por aplicación a los casos de exclusión de la culpabilidad, y no por la formulación de una regla general expresa como parece haberlo hecho el anterior Código Penal italiano en el art. 45: “Nadie puede ser castigado si no ha querido el hecho que constituye el delito”.

Las nuevas doctrinas del derecho penal, que ya han encontrado reconocimiento en legislaciones novísimas, como la de la escuela positivista, que reemplaza el concepto de responsabilidad moral por el de responsabilidad social del individuo, o las que no fundan la responsabilidad en la culpabilidad, y con el positivismo, ven en el delito una ofensa y en la pena una reacción social que se traduce en medidas de seguridad o de defensa social, no pueden haber influído en el carácter tradicional del derecho penal angloamericano ni siquiera en aquellas infracciones que tienen

como fuente no ya la "common law", opuesta a toda transformación violenta, sino la ley misma, que no es casi siempre sino el reflejo de aquélla.

Como se ve, existe, en materia de responsabilidad penal, en el derecho angloamericano y en los derechos del tipo francés, un paralelismo tan completo que no puede menos que sorprender en sistemas jurídicos de formación tan diferente (46a).

II.—En posesión de estos principios que abren un camino seguro a la interpretación, resta distinguir con precisión los hechos que la ley califica como defalcó y cuya confusión ha sido sin duda otra de las causas de la equivocada comprensión de la ley por los tribunales (47).

(46a) Pueden resumirse así las características de la prueba en derecho inglés, heredadas casi todas, por pertenecer a la *common law*, por el derecho norteamericano:

a) El cargo de la prueba incumbe a la acusación, salvo presunciones legales, más numerosas que en nuestro derecho.

b) La prueba es en general abandonada a la apreciación soberana del juez; sin embargo, respecto a la prueba testimonial, por ejemplo, en la traición y en el falso testimonio son necesarios a lo menos dos testigos, y en otras infracciones, como la violación de una promesa de matrimonio, el testimonio de la víctima tiene que ser corroborado por otra circunstancia.

c) La admisión de la prueba es abandonada a la discreción del juez, que decide si es o no pertinente; pero esta facultad es limitada en ciertos casos, por ejemplo, contrariamente a nuestro sistema, no es admisible la prueba que tiende a establecer que el acusado ha cometido hechos análogos, o que es de mala reputación, o que vive en un ambiente depravado, etc.

Por lo demás, se sigue en este derecho, con respecto al debate, las reglas relativas a la oralidad, publicidad y contradicción (*cross examination*) JENKS, *El Derecho Inglés*, pág. 140 y sig.)

(47) Con la Orden Ejecutiva 89, la confusión de los tribunales se agravó más, por la pésima traducción que en ella se hizo del texto inglés, al cual no se recurrió para subsanar los errores. Mientras la versión inglesa dice en el art. 3: "Failure, neglect, or refusal on the part of any officer or employee to deposit or remit etc.", el texto español expresa: "El descuido, negligencia o negativa por parte de cualquier funcio-

La distinción, por otra parte, ha sido ya establecida con el análisis minucioso de los hechos que aparece en otra sección de esta tesis, a la cual remito, conformándome ahora con indicar simplemente aquéllos.

La ley nueva califica, mejor, considera como desfalco, para no variar la expresión legislativa que señala la verdadera naturaleza de la infracción:

- la negligencia en restituir,
- la falta de restitución,
- la negativa de restitución.

Solamente ha de advertirse que no debe confundirse la negligencia en restituir con la negligencia en la conservación de la cosa, que como se ha demostrado en otra parte, no es castigada por la ley, pues el primer hecho consiste en una falta del agente con relación a la restitución de la cosa en la época debida, y supone necesariamente una restitución, aunque tardía; mientras que la negligencia en la conservación consiste en una falta con relación al cuidado que debe prestarse a la cosa, y no implica forzosamente la restitución (No. 17).

Con esta simplísima separación de los hechos se tiene ya aclarada esta verdad capital: de la circunstancia de ser

nario o empleado respecto al depósito o remisión de fondos etc.”; pero no es ni “descuido” ni simplemente “respecto al depósito o remisión”, sino como dice la Ley de Desfalco, que parece haberse inspirado directamente en el texto inglés, aunque emplee un régimen incorrecto a causa de la imposibilidad de encontrar una preposición que conviniera a la concordancia de los sujetos “Falta, negligencia o negativa” con el infinitivo de los verbos.

Con el fin de abreviar la expresión, he vencido la dificultad sustituyendo el infinitivo del verbo por el sustantivo abstracto derivado del mismo y empleando la frase “la negligencia, falta o negativa de restitución”, que tampoco es, debo confesarlo, irreprochable, pues de no conviene aquí a negligencia.

castigada la negligencia en restituir no puede inducirse que respecto a la falta o a la negativa de restitución basta una negligencia, esto es, que en la comisión del crimen en cualquiera de estas tres formas es suficiente una simple falta, como erradamente ha sido reconocido por la jurisprudencia. Cito, con relación a este punto, una sentencia de la Suprema Corte dominicana dictada bajo el imperio de la Orden Ejecutiva 89, pero respecto a disposiciones reproducidas por la Ley de Desfalco, sentencia que casa otra de la Corte de Apelación de Santiago que descargó a un individuo por falta de intención fraudulenta, y declara que, si es verdad que respecto a la apropiación de la cosa confiada la ley exige la intención fraudulenta, no hay duda de que basta la negligencia en los casos de descuido (falta, en el original inglés de la ley) negligencia o negativa de restitución (47a).

Ahora, puede atacarse a fondo el problema del elemento moral en cada una de las formas del desfalco.

22. La negligencia en restituir, que materialmente se exterioriza por un simple retardo (No. 17), implica sólo una falta cualquiera, tal como lo indica la expresión negligencia, que además de tener el sentido restrictivo de una omisión de cuidados, se emplea en el lenguaje jurídico de nuestras leyes en el sentido genérico de falta (48).

(47a.) La Corte de Apelación de Santiago, haciendo constar como establecido un déficit de \$2.000 en la oficina a cargo del acusado, declara que el alegato de éste de que había sido víctima de un robo por parte de X "está robustecido por los buenos antecedentes del acusado y por la circunstancia de que la autoridad judicial a quien aquél dió cuenta del robo no ha podido hallar a X, denunciado como autor, a pesar de ser éste un individuo conocido en el país; y fundamentó su sentencia en la falta de intención fraudulenta, que considera necesaria en la apropiación (prevista por la O. E. 89) y que por otra parte la negligencia en la restitución era una negligencia criminal. Esta sentencia fué dictada el 22 de Julio de 1922, y la de casación es del 17 de Nov. de 1922 (Bol. J. No. 148. pág. 51).

(48) Desde el punto de vista de la ley penal, un individuo está en

La Ley de Desfalco descarta en esta disposición, por una fórmula expresa, la regla general que en nuestro derecho supone la intención en los crímenes y delitos, la cual rige también en el derecho angloamericano en materia de delitos (lato) que no son de policía (49).

Pero ¿es la negligencia en la restitución de la cosa confiada al agente una de esas infracciones que se constituyen, según la terminología impropia de un sector de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, por su sola materialidad? Esto es, ¿se trata de una infracción en que no es necesaria, no la falta misma, puesto que la responsabilidad se funda en la culpabilidad, sino la prueba de esta falta? (50).

Dos opiniones parecen sostenibles:

A) Según una doctrina, no será necesario probar la fal-

falta, cuando, sin haber tenido la intención de causar un perjuicio, no ha previsto las consecuencias perjudiciales de su acción o de su inacción. La imprevisión es, pues, el carácter distintivo de la falta. Esta puede ser calificada *imprudencia* o *negligencia*. Los dos términos son siempre tomados como sinónimos, aunque la *imprudencia* comprende más particularmente una *actividad culposa* y la *negligencia* una *omisión culposa* (GARRAUD, t. 5, 2050).

Más adelante, Garraud le asigna con razón a la negligencia este sentido restrictivo, puesto que en el art. 319 es empleado con oposición a *imprudencia*, *torpeza* e *inatención*, aunque en esta última el ilustre autor no encuentra un sentido distinto de la negligencia (V. *idem*, 2053). Ver también Garçon que, después de definir la torpeza en un sentido particular, declara que la *imprudencia*, la *negligencia* y la *inatención* escapan a una definición (Art. 319, Nos. 19 a 21).

(49) JENKS, pág. 215.

(50) Contra la fórmula usada por la generalidad de las sentencias y de los autores de que ciertas infracciones se constituyen por el solo hecho material, se rebela Garçon declarándola exacta, puesto que esa misma jurisprudencia reconoce que la infracción desaparece si el autor de la infracción ha obrado sin voluntad o bajo el imperio de la fuerza mayor, lo que es cierto, pues la ley castiga siempre una falta cuando menos. (Art. 1., Nos. 104, 105, y Libro IV, Nos. 270, 271 y 276, y Garraud, en el mismo sentido, previene el peligro de la expresión (t. 1, 304 *in fine* y 229).

ta independientemente del retardo, pues éste implica la prueba de aquélla, y es el acusado quien debe probar que no existe la falta estableciendo una de las causas que la excluyen (51).

B) La doctrina contraria, que definiendo, sostiene que si la negligencia en restituir la cosa confiada se resuelve necesariamente en un retardo, no es verdad que éste implique siempre una negligencia, pues el retardo puede ser debido a fuerza mayor o a cualquiera otra causa que excluya la falta. Sostener entonces que el retardo es suficiente siempre para probar ésta, es crear una presunción legal que como tal necesita un texto de ley, y precisamente éste exige formalmente la negligencia como elemento del crimen. Ahora, la prueba de los elementos de la infracción está a cargo del ministerio público (52).

(51) Puede invocarse, en apoyo de esta opinión, la autoridad de Garçon, que en el estudio de las infracciones de los proveedores del ejército, declara que le parece que la negligencia debe ser presumida respecto al delito previsto por el art. 433 ("...si por negligencia —de los proveedores— la entrega o los trabajos han sido retardados etc.") en que la ley indica con más claridad que en el desfalco la necesidad de la falta como causa del retardo.

Pero, que se me perdone, si declaro que esta opinión, vacilantemente formulada y sin argumentación, aunque merece el respeto de la autoridad que la sustenta, no convence y es contraria al principio, universalmente reconocido, de que la prueba de todos los elementos de la infracción exigidos por la ley está a cargo de la acusación. Este principio es siempre aplicado, además, por el ilustre autor, y es fácil encontrar un ejemplo en una infracción constituida también por una negligencia ("Los que por negligencia no conserven debidamente o no reparen o limpien los hornos, chimeneas o fábricas en donde se use el fuego etc." del art. 471), respecto a la cual él entiende que, exigiendo la ley expresamente la negligencia, la persecución está obligada a probarla, argumento brillante precisamente para la doctrina contraria que sostengo.

Más adelante, se verá que, hurgando en los delitos que tienen por base una falta, se encuentran en la doctrina, y aun en el mismo Garçon, argumentos favorables a esta última tesis.

(52) El voto de Garçon puede invocarse en favor de mi opinión, en dos delitos que tienen bastante semejanza con el que es objeto de esta controversia.

Se puede imaginar algunos casos que aclaren estas ideas. La falta con relación a la época en que debe hacerse la restitución estará constituida si la acusación prueba, por ejemplo, que el retardo es debido a que el agente se distrae de sus ocupaciones entregándose a actividades extrañas al servicio; o a que ha trasladado indebidamente la cosa a un lugar alejado; o a que ha usado, prestado o alquilado la cosa.

Pero, si rigurosamente es éste el principio, nada se opone a que el juez tome la prueba de la falta en las circunstancias mismas en que se presenta el retardo, por ejemplo, si éste se ha prolongado de tal modo que implique necesariamente la falta, que puede incluso ser intencional, sin que por ello se califique fraude.

Por otra parte, el acusado podrá demostrar que no existe este elemento, probando cualesquiera de las causas de no eculpabilidad: fuerza mayor, estado de necesidad, etc.

Sin embargo, la buena fe, esto es, el error de hecho, no podrá servirle de defensa, porque implica una falta. Así.

El primero es el delito del art. 254 (las sustracciones, distracciones y robos cometidos por negligencia de los depositarios públicos) con relación al cual dice Garçon: "La ley ha creído deber sancionar penalmente el deber de supervigilancia que incumbe a los guardianes de objetos situados en un depósito bajo la garantía de la autoridad pública. Pero nosotros aplicaremos aquí las reglas que hemos establecido para los guardianes de sellos; la pena no puede ser aplicada sino cuando se prueba la falta del depositario; esta falta no se presume. En sentido contrario, Garraud afirma del mismo modo gratuito que la falta se presume; pero la opinión de Garçon está justificada por el principio que destaqué antes.

Respecto a los guardianes de sellos, el art. 249 castiga la negligencia de ellos cuando resultan los sellos rotos. Garcón se expresa: "Pero esta responsabilidad no resulta del solo hecho de que los sellos bajo su guarda hayan sido rotos; es necesario probar que el guardián ha cometido una falta, una negligencia". La misma opinión es sostenida por Carnot, citado por Garçon, y por GARRAUD, t. 5, 1380, y CHAVEAU Y MELIE, t. 3, 1045.

el acusado no podrá ser descargado si por entender mal una orden, o por interpretar equivocadamente las instrucciones del funcionario competente, no hace la restitución oportunamente. Lo mismo resultará si la restitución no es hecha en la época debida a causa de un error de cálculo que se descubre después de esta época.

Como se ve, el sistema de la ley es duro, cruel, en cuanto confunde en la calificación y la penalidad al agente desfalcador con el que sólo incurre en un olvido o en una simple torpeza sin consecuencia perjudicial alguna. Es verdad que en hecho esta situación encuentra un paliativo en la excusa del reintegro de la cosa antes de la denuncia (art. 4, *in fine*); pero ésta depende siempre de la voluntad del propietario que de víctima puede trocarse, por virtud de la ley, en victimario.

La Ley Federal norteamericana no llega a esta iniquidad y se conforma con castigar el hecho con \$1.000 de multa, pena que no deja de ser también asaz dura y que parece no ha tenido en la práctica otro papel que el de una amenaza (53).

23. Más difícil resulta el problema respecto a la falta y a la negativa de restitución.

Es cierto, en primer lugar —expresándose en el estilo que ya se ha criticado— que la infracción está constituida por los simples hechos materiales, en el sentido de que la falta (intencional o no) está potencialmente contenida en ellos y que una vez establecido cualquiera de estos hechos, el ministerio público o la parte civil no tiene nada más que probar.

Pero ¿le será permitido al acusado invocar y probar en su descargo que no ha restituido o que ha rehusado en-

(53) No he podido encontrar, en los cuerpos de doctrina, mención de casos en que haya sido aplicada esta multa.

tregar la cosa confiada, por ejemplo, porque un rayo la destruyó, o porque cometió un error de cálculo? En términos generales, ¿puede el acusado descartar la acusación respecto a estos hechos estableciendo que no existe en ellos sea una falta, sea la intención?

Examinemos cada una de estas cuestiones:

I—Respecto a la primera proposición, ¿puede el acusado descartar la acusación estableciendo que no existe en el hecho falta ninguna? La solución no ofrece ninguna duda y se encuentra apoyada por toda la jurisprudencia. La responsabilidad se funda sobre la culpabilidad no solamente en nuestro derecho sino también de acuerdo con los principios del derecho de origen de esta ley, si es que el legislador se inspiró en ellos; y la prueba de cualquiera de las causas de exclusión de la culpabilidad impondrá el descargo del acusado (54).

Es cierto, pues, que la demencia, la menoridad, el cons-
treñimiento físico y el moral, el estado de necesidad, aplicables a todas las infracciones —intencionales o no intencionales—, crímenes, delitos y contravenciones previstos por el Código Penal o por leyes especiales (55), pueden ser legalmente invocados por el acusado.

(54) V. nota No. 50.

(55) Como se trata de un crimen en que, según hemos visto, el elemento moral juega un papel tan decisivo, he considerado que una exposición de las causas de exclusión de la culpabilidad, con los numerosos ejemplos que he reunido en ella, no obstante la diversidad de los delitos con que se relacionan, podrá ser utilizada en los numerosos casos en que he tenido que hacer referencia, sin más, a los conceptos generales sobre la materia.

Causas de no culpabilidad y causas justificativas. Bajo el nombre de elemento moral, se comprende el conjunto de condiciones de la culpabilidad. Las causas que excluyen ésta son denominadas generalmente hechos justificativos; pero Garraud distingue dos grupos de condiciones de la culpabilidad y con ellos dos grupos de causas que destruyen ésta.

II.—En cuanto a la segunda proposición, que se formula en la pregunta ¿puede el acusado invocar y probar,

I.—El primer grupo de condiciones se refiere al carácter lícito o ilícito del hecho, y las causas que excluyen estas condiciones hacen desaparecer también la culpabilidad, pero destruyendo la criminalidad desde el punto de vista legal. Son llamadas por algunos autores hechos justificativos objetivos, y Garraud las denomina causas de justificación (Garraud, t. I, 271).

Las generales se aplican a todas las infracciones, aunque la ley solamente se refiere a ellas a propósito del homicidio, y son la legítima defensa, prevista por el art. 328, y la orden legal de la autoridad, del art. 327.

Las especiales, que la doctrina no ha podido ordenar ni colocar dentro de conceptos seguros, conformándose con indicar que resultan de las demás causas y en virtud de un principio tácito o expreso, excluyen el carácter ilícito del hecho en ciertos delitos, y pueden agruparse del modo siguiente, según Garraud: 1o.—deberes de funciones públicas, como las vías de ejecución que el alguacil realiza (no veo por qué se considera especial esta causa de justificación, si está incluida en el art. 327); deberes del servicio impuestos al individuo, como las violencias necesarias para detener al criminal en flagrante delito (art. 106 C. P. C.); 2o.—ejercicio de su derecho como las violencias, arrestos y secuestros, autorizados dentro del derecho y deber de educación y conciencia de los padres; 3o.—consentimiento de la víctima en ciertos delitos, como en el robo, la estafa, el abuso de confianza, la violación, etc.; reconocimiento por el Estado del fin que se propone el agente, como en las lesiones corporales realizadas por los médicos con fines curativos, (Garraud, t. I, 436).

II.—El segundo grupo se compone de las condiciones que se refieren al carácter moral o inmoral del hecho ilícito frente al agente; y las causas de exclusión de estas condiciones hacen desaparecer, con la falta intencional o nó, la culpabilidad, pero destruyendo la responsabilidad. Son llamadas por la doctrina antigua hechos justificativos subjetivos, aunque Garraud propone para ellas la denominación de causas de no culpabilidad, que en buen español podrían llamarse causas de exculpación. (Garraud, t. I, 271).

Entre estas causas se encuentran dos grupos: a) la ignorancia o error de hecho que destruye la culpabilidad en las infracciones en que una falta intencional es exigida, sean previstas por el Código Penal, sean previstas por leyes especiales, pero no en las infracciones que se constituyen por una simple falta, error llamado invencible, (Garçon, art. 1, No. 101, y para la excepción también Garraud, t. I, No. 311) y b) la demencia, la falta de discernimiento, el constreñimiento físico y el estado de

para obtener su descargo, la falta de intención fraudulenta? Parece, a primera vista, que pueden sostenerse las dos

necesidad, que excluyen la culpabilidad en todas las infracciones, intencionales o no intencionales, previstas por el Código Penal y por leyes especiales (Garçon, art. 64, No. 2, 57; art. 66, Nos. 10 a 14. Garraud, t. I. 314, 317, 340, 402. Chauveau y Helle, t. I, 317, y t. IV, 1474 y la jurisprudencia citada. Contra, en lo que se refiere a discernimiento, en materia de contravenciones t. II, 201 y 356.)

Examinaremos, en cada grupo, una a una estas causas.

A) La ignorancia y el error, que se confunden en sus efectos, se distinguen, sin embargo, con absoluta nitidez. "La noción exacta de una cosa puede faltarnos —según la famosa definición de Savigny— ya porque nosotros no tengamos ninguna idea de ella, caso en el cual hay ignorancia, ya porque tengamos una idea falsa de ella, caso en el cual hay error". La ignorancia o el error son entonces equivalentes, pues éste no es sino una especie de aquélla, un grado menos intenso de ignorancia.

Ahora, la ignorancia y el error pueden ser de "derecho" o de "hecho", y sus consecuencias son distintas.

a) Hay ignorancia o error de derecho cuando el agente, conociendo las condiciones del hecho de la acción prohibida, ignora la ley que la prohíbe (ignorancia), por ejemplo, en el caso del chofer que no sabe que existe un reglamento municipal que prohíbe el tránsito de vehículos en tal dirección; o cuando, sin ignorar la ley, tiene una falsa noción de ella (error), por ejemplo, el sacerdote que celebra un matrimonio entre extranjeros cuya ley nacional admite únicamente el matrimonio religioso, en la creencia de que en este caso no es aplicable el art. 7 de la Ley de Matrimonio, que exige la celebración previa del matrimonio civil.

En materia penal y en nuestra legislación, el adagio "nemo jus ignorare censetur" es una consecuencia del principio según el cual la ley es obligatoria y ejecutoria a partir del plazo acordado para ser conocida, consagrado por el art. 1 reformado del C. Civil, y no es admisible por tanto la ignorancia o el error de derecho como causa de exclusión de la culpabilidad.

Hay siempre falta, se dice, en no haberse informado de la ley, y la culpabilidad subsiste en las infracciones intencionales y en las no intencionales.

En cuanto a las excepciones al principio, la jurisprudencia y la doctrina de los países en que rige éste admiten como tal la imposibilidad de conocer la ley, esto es, los casos en que la ignorancia o el error son invencibles, por ejemplo, en el caso del extranjero que acaba de llegar al país; pero unos distinguen entre las infracciones de puro derecho positivo ("juris civitatis vel civilis") y los delitos llamados de derecho natural ("juris gentium") y otros, como Garraud, no creen aceptables distinción



opiniones cuyo examen haré en seguida, poniendo de relieve las consecuencias a que conducen.

ninguna porque el castigo no puede fundarse sino en la imputabilidad jurídica.

Los códigos modernos preven este caso, con la distinción consiguiente, ya como excepción, ya como circunstancia atenuante (excusa).

Pero una distinción se impone, pues no es posible admitir, por ejemplo, en el caso del extranjero, que éste pueda invocar igualmente la ignorancia o el error de derecho para escapar a la sanción tanto cuando se trata de un homicidio, universalmente reprobado, como cuando se trata de una violación a una ley de tránsito; será preciso un criterio más seguro que el que suministra hasta ahora el derecho natural o las concepciones morales de la época.

De todos modos, aceptada la distinción, es claro que no correspondiendo ésta a la clasificación de las infracciones en intencionales y no intencionales habría que investigar entre las unas y entre las otras cuales sean "juris civilis" y cuales "juris gentium", aunque entre las no intencionales abunden más estas últimas.

b) La ignorancia o el error de hecho consiste en el desconocimiento de las circunstancias de hecho de la infracción (ignorancia), tal el caso del individuo que pegando fuego a su casa da muerte a una persona cuya presencia allí ignoraba; o en un conocimiento falso de estas circunstancias (error), por ejemplo, si un individuo da muerte a otro administrándole un veneno que creía era una substancia inofensiva.

La doctrina y la jurisprudencia, determinando los efectos de la ignorancia o del error de hecho, distinguen:

1o.—La ignorancia o el error de hecho **no resultan de ninguna falta del agente** (Garraud asimila esta circunstancia al caso fortuito): son exclusivos de toda culpabilidad, y por tanto se aplican a todas las infracciones —intencionales o no intencionales— crímenes, delitos y contravenciones. Garraud cita como ejemplo de este caso de error invencible (que él llama caso fortuito, con peligro de falsear este último concepto, que es confundido también con la fuerza mayor) la falta de declaración, para fines de impuesto, de un objeto abandonado en un vehículo sin conocimiento del propietario.

2o.—La ignorancia o el error de hecho **resultan de una falta del agente**, no destruyen la culpabilidad si la ley se conforma con exigir en la infracción una simple falta, tal ocurre en principio en las contravenciones, y especialmente en los delitos y aún en los crímenes, por ejemplo, en el homicidio involuntario—; pero hacen desaparecer la culpabilidad y con ella la imputabilidad, si la ley exige la intención para la infracción. Es el caso llamado de "buena fe" por casi toda la doctrina y la jurisprudencia francesas, expresión impropia para mí por cuanto la buena fe no

A) Según un primer sistema, la falta y la negativa de restitución no tienen por base la intención, sino una sim-

es sino el efecto del error (Garçon, art. 1, Nos. 82 y sig.).

(La influencia de la ignorancia o del error sobre las circunstancias accesorias del hecho constitutivas de agravantes —objetivas o subjetivas— es negada respecto a las primeras y discutida contra la jurisprudencia en cuanto a las últimas. Además se admite, en general, que la ignorancia o el error de hecho sobre la identidad de la víctima no tienen influencia ninguna sobre la culpabilidad, pero sí excluyen la intención especial cuando recaen sobre el estado de la persona, por ejemplo, en el parricidio.)

B) La demencia, en el sentido jurídico, consiste, para una parte de la doctrina, en el estado de la persona que no se encuentra sana de espíritu en el momento del acto ilícito; y como la ley no ha determinado los hechos que la constituyen, abraza no solamente todas las formas de la enajenación mental, sino también los “estados psicológicos” que privan al agente del ejercicio integral de sus facultades mentales, tales como el sonambulismo, el hipnotismo, la embriaguez, la sordomudez, etc. (Chaveau y Helie, t. I, 525; Blanche, t. II, 632 y 175. Dalloz, Peine, 389; Molinier y Vidal, t. II, pág. 141. También Laborde, Normand, Trebutien, y una sentencia del Tribunal de Pau de 1897, según Garçon, quien elude el problema en sus comentarios del art. 64, No. 6).

Para otra parte de la doctrina, con Garraud, el concepto demencia comprende todas las formas de la enajenación mental; pero se sostiene que no abraza los estados psicológicos como el sonambulismo, el hipnotismo, la sordomudez, la embriaguez, etc., y que por tanto no puede fundarse un descargo, por estas últimas causas, en el art. 64. Sin embargo esta doctrina considera tales estados como excluyentes de la culpabilidad cuando suprimen el libre arbitrio y, en consecuencia, admite que su investigación y el descargo del agente se imponen, pero en virtud del principio sobre el cual se funda la responsabilidad. (Garraud, t. I, 312 y una vieja sentencia de Cas. de 1849 que declara en favor de su tesis que el descargo por sordomudez o embriaguez no puede fundarse en el art. 74, y en contra, que no son causas de excusa legal, sugiriendo así que no permiten el descargo).

En cuanto al fundamento, no obstante opiniones divergentes, todos coinciden en que la sociedad sólo establece la amenaza de la pena y prescribe ésta contra los individuos que puede convencer y detener. (Garraud, I. 324).

C) Por discernimiento entiende Garraud la noción de la penalidad (discernimiento jurídico) y la noción de la moralidad (discernimiento moral) atribuidas al acto, que implican la plenitud de conciencia de éste en el agente. (Garraud, t. I, 401).

ple falta, que por otra parte está contenida en potencia —como diría Garraud en acuñado estilo— en la falta de

Sobre el fundamento de la falta de discernimiento como causa de no culpabilidad —no obstante doctrinas más modernos, deterministas o indeterministas— el Código ha consagrado el sistema tradicional, que funda la responsabilidad penal en la **inteligencia** y en la **libertad** (libre albedrío) afirmando que, sin la primera, la segunda no se concibe, pues quien no es capaz de distinguir el bien y el mal, no es capaz de elegir con libertad. (Garraud, t. I, 275).

Sus efectos consisten en destruir la culpabilidad en todas las infracciones, imponiendo **descargo**. Tal es la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia, con la sola excepción de Blanche que no admite la falta de discernimiento respecto a las contravenciones.

D) **Constreñimiento**.— En materia penal, el Código no emplea este concepto sino el de **fuerza irresistible** (art. 64), reemplazado en la doctrina y en la jurisprudencia por el de **constreñimiento**, que consiste en la violencia ejercida sobre una persona para forzarla a cometer la infracción.

La jurisprudencia francesa designa con frecuencia la **fuerza irresistible** con el nombre de **fuerza mayor**, aunque las doctrinas nuevas reservan esta denominación para el llamado **constreñimiento físico**, pero no obstante ser el vocablo **constreñimiento** menos apropiado que el latino "**violencia**", adopto el primero por lo inconvenientes que para la claridad de esta exposición conllevaría una oposición a la tradición doctrinal, tan fuerte en materia de terminología.

El **constreñimiento**, atendiendo a los modos de ejercicio y no a los medios —que aún tratándose del **constreñimiento moral** pueden ser también físicos— es físico o moral. Y aunque se conviene, por una parte, que el texto del art. 64 —"cuando (el inculpado) se hubiese visto **constreñido** por una fuerza a la cual no hubiese podido resistir, no hay crimen ni delito"— no se refiere sino al **constreñimiento físico**, tal resulta de la expresión "**que no hubiese podido resistir**" y de la exposición de motivos, y, por otra parte, que no se refiere sino a los crímenes y delitos, la jurisprudencia y la doctrina extienden el texto al **constreñimiento moral**, descartando la exposición de motivos y fundándose en que en ambos casos falta la voluntad o la libertad, bases de la culpabilidad, y lo aplican también a las contravenciones, apoyándose en esta última razón (Garraud t. I, 340 y 341 *in fine*).

La discusión versa sobre la noción del **constreñimiento** y del estado de necesidad y el fundamento de la impunidad de este último y sus condiciones.

a) El **constreñimiento físico**, que es el verdadero caso de "**fuerza mayor**", consiste en la violencia, proveniente de un hecho **imprevisto** de las

restitución o en su negativa. Se podría decir con esta doctrina que, si el criterio de la distinción de las infracciones

fuerzas de la naturaleza o de un tercero (hombre o animal) que, ejercida sobre un individuo, lo obligan materialmente a cometer la acción o la omisión constitutiva de la infracción.

Es ésta realmente la situación en que el agente es puesto en la imposibilidad de resistir, como exige la letra del art. 64, y en rigor es el único caso de constreñimiento previsto formalmente por la ley.

Se funda sobre la supresión absoluta de la voluntad (Garraud, t. I, No. 341 *in principio*).

Ejemplos: a) **fuerzas naturales**: desterrado arrastrado a la costa por las olas, en el delito de violación a la obligación impuesta por la sentencia; viento que arrebató la capa que el bañista lleva puesta, en el atentado público al pudor; huracán que apaga una linterna de un vehículo si el agente prueba que aquella se encontraba en buen estado y que tomó precauciones; enfermedad que impide de un modo absoluto cumplir una obligación legal; b) **hecho de un animal**: lobos que espantan a otros animales colocando así al propietario o guardián de estos en la imposibilidad absoluta de impedir que penetren en terrenos ajenos; c) **hecho del hombre**: sueño hipnótico, en cualquier infracción; firma con mano ajena, en la falsedad; secuestro que imposibilite el cumplimiento de una obligación legal; rompimiento de una cerca por terceros, de modo a permitir la salida de animales; altercado que impide el cierre de un establecimiento a la hora fijada por la ley; d) **hecho del príncipe**, que consiste en órdenes o prohibiciones dictadas legalmente por la autoridad a los particulares, por ejemplo, orden de la policía para transitar por una vía prohibida, a causa de trabajos que se ejecutan en una calle; ley que obliga a las empresas ferroviarias a recibir paquetes de transporte cerrados y sellados, en infracciones de contrabando; plazo dictado por una ley para el cumplimiento de una obligación, cuya violación es castigada penalmente, y que coloca al agente en la imposibilidad material de cumplir la obligación; detención judicial de un reservista, en la violación de la obligación del servicio militar.

b) El **constreñimiento moral**, es reemplazado en las nuevas doctrinas por el concepto de estado de necesidad, que abraza el constreñimiento moral (en el sentido de amenaza de un tercero).

El Código Penal, rigurosamente interpretado, no alcanza el estado de necesidad; pero la doctrina y la jurisprudencia que incluyen en la disposición del art. 64 el constreñimiento moral, se esfuerzan también en hacer entrar en él el estado de necesidad y basan el descargo en su texto. (Garçon, art. 64, No. 116, 117. Garraud, t. I, No. 341 *in fine*, 342, 358, 360, 363, 364).

Autores como Garraud en la última edición de su obra separan am-

desde el punto de vista de su gravedad no fuera la pena que la ley les atribuye y pudiera resucitarse el fantasma

bos casos, y los fundamentan en razones distintas, pero invocan también el art. 64, con una jurisprudencia incierta, para justificar legalmente el descargo en caso de estado de necesidad (Garraud, t. I, 344, 346, 358, 361, 362, 367).

La noción del estado de necesidad, tal como aparece en Garçon, es sin embargo, para mí, suficiente para explicar ambas situaciones sin necesidad de distinciones sutiles que, como en la exposición del maestro Garraud, provocan tales confusiones y contradicciones en las ideas y en la terminología, que me obligan a abandonarlo.

El estado de necesidad consiste en la amenaza de un peligro, independiente de la voluntad del agente, imprevisto e inminente, y del cual aquél no puede escapar sino eligiendo el delito.

El estado de necesidad se distingue: a) del constreñimiento físico, en que en éste el agente, obligado materialmente a cometer el delito, es despojado de su voluntad y por tanto de su facultad de elección, por ejemplo, en el caso del bañista a quien el viento le arrebató la ropa (erradamente citado por los autores), hay constreñimiento físico si aquel lleva ésta puesta, y estado de necesidad en el caso inverso, o si sustrae un traje con el propósito de no restituirlo y para cubrirse; y b) de la legítima defensa, según Garçon, en que en ésta la víctima es precisamente el agresor. (La doctrina alemana, con von Listz, aunque considera la legítima defensa un caso particular del estado de necesidad, la distingue en que en aquélla se defiende el derecho contra la injusticia y en el estado de necesidad se salva un derecho por el sacrificio de otro).

En cuanto al fundamento de la impunidad, el problema es reivindicado por la filosofía del derecho, dándose muy diversas razones: ausencia del libre albedrío; retorno al estado anterior al contrato social en que cada uno se hace justicia por sus propias manos, pues la sociedad no puede intervenir; instinto de conservación irresistible; el derecho, que supone la coexistencia de los hombres, queda extraño cuando esta coexistencia es imposible; la ley no puede imponer al individuo en estado de necesidad el heroísmo que implica el sacrificio de su vida o de sus demás derechos; en fin, según la doctrina de Schaper y Stammler, generalmente aceptada hoy, hay un conflicto de derechos o de bienes en que debe sacrificarse el de menos valor, y si son iguales la ley debe mostrarse indiferente, según unos, o atenuar la pena, según otros.

Garçon se adhiere a la doctrina alemana del conflicto de bienes para fijar los límites del estado de necesidad; pero considerándola insuficiente para fundamentar éste, da como razón que la pena no se justifica porque es perjudicial cuando obliga a sacrificar un bien considerable a un mal menor, y resulta inútil si los bienes son de igual valor. La misma

de los delitos contravencionales, se trata de una contravención castigada con la pena de un crimen, esto es, de un crimen contravencional.

De esta categoría de crímenes, según Garcon, sólo existen dos, de un modo cierto, en el Código Penal: la falta de entrega de armas y vituallas por los proveedores del ejército "sin justificar una fuerza mayor" (art. 430), en que para mí la intención resulta excluída formalmente por esta última condición, y los actos hostiles, desaprobados por el gobierno, que expongan a una declaración de guerra (art. 84), en que la intención resulta descartada por el fin cierto de la ley (56).

La regla de la exigencia de la intención, que se afirma

razón la ofrece Garraud. (Garcon, art. 64, No. 700 y sig. y Garraud, t. I, 362).

La doctrina facilita numerosos ejemplos: náufragos que se comen a un compañero para vivir; persona perdida en la selva (montaña) que para comer roba provisiones en una cabaña; individuo que se presenta desnudo en público para escapar de un incendio; adulterio de una mujer bajo una amenaza de muerte; entrega de mercancías y fondos ajenos por quien los transporta para evitar ser víctima de un ataque; guardián que en un delito de evasión entrega las llaves de la prisión bajo amenazas; falsedad cometida por una persona secuestrada para escapar; robo de pan para sí o para hijos hambrientos; aborto cometido por un médico para salvar a la madre (Garcon, art. No. 64). La jurisprudencia también ha fijado criterio en muchos casos: corte prohibido de maderas, bajo el temo de una invasión en época de guerra, tránsito prohibido por determinada vía, bajo el temor del peligro que podrían ocasionar materiales acumulados en el camino de uso; ejercicio ilegal de la medicina en caso de necesidad; entrada ilegal en un puerto por el capitán de un barco, para salvarse de un naufragio.

NOTA: En el curso de la elaboración de este trabajo, el régimen establecido por el Código Penal con relación a los menores ha sido substituído por otro en virtud de la ley del 3 de noviembre de 1941. Esta advertencia está destinada a que se tome en cuenta tal substitución con motivo de la información que precedentemente he dado acerca de la situación de los menores.

(56) GARCON, C. P., Art. 1, No. 119.

en nuestro derecho en materia de crímenes y delitos y en el derecho angloamericano en los delitos que no son de policía, salvo en ambos sistemas las excepciones resultantes de la ley, sería descartada en cuanto a la infracción misma y en cuanto a la prueba.

En efecto, la excepción resulta del fin de la ley, que por razones de utilidad exige de los servidores del Estado, con relación a los bienes públicos o privados que manejan, no sólo una honradez absoluta sino una vigilancia tan segura que la confianza depositada en ellos no sea ni traicionada dolosamente ni frustrada por una falta.

Esta preocupación del legislador, que revela el espíritu de la ley, se encuentra confirmada por la circunstancia de que, al castigar también la negligencia en restituir, asimila este hecho en la penalidad a la falta y a la negativa de restitución.

Las consecuencias del principio sentado por esta concepción son las siguientes:

1o.—Probada la falta o la negativa de restitución, que constituye en potencia la infracción, el acusado puede establecer para obtener su descargo una cualquiera de las siguientes causas de exculpación: demencia, menoridad, constreñimiento físico (fuerza mayor) y estado de necesidad en general.

En cambio, el acusado no podrá invocar la falta de intención resultante de un error de hecho, o como de un modo incorrecto se expresan la doctrina y la jurisprudencia francesas, la buena fe, que no es sino un efecto del error.

Así, para no aludir sino a dos o tres casos ya que más adelante se encuentran otros ejemplos, no podrá ser descargado el funcionario o empleado público que no restituye o se niega a restituir la cosa confiada si, a causa de un error

en la contabilidad, cree que no estaba en la obligación de entregar nada; o si se niega a entregar la cosa ante una orden que él cree falsa o dictada por una persona que no tiene facultad para dictarla.

2o.—Al lado de la apropiación o distracción fraudulenta que culmine en la falta o negativa de restitución, serán sancionadas también el robo por un tercero, la pérdida, la destrucción de la cosa, brevemente, la desaparición del objeto confiado cuando resulte de una falta (presumida en la ley) del funcionario o empleado público.

Pero esta doctrina tropieza con objeciones invencibles que no permiten aceptarla.

1o.—No se ve la exclusión del principio de la intención que domina en nuestro derecho (como en el angloamericano) ni en el texto de la ley, ni en el fin que se le atribuye a ésta, pues aun aceptando que tal fin no sea el que sostiene la doctrina expuesta más adelante, es dudoso, cuando menos, que sea útil equiparar al funcionario o empleado público desfalcador con el descuidado. Se podrá preguntar todavía si, denunciado y perseguido éste por causa de un error en sus funciones que ha culminado en una falta de restitución, no estaría tentado a convertirse en ladrón cuando las penas que le amenazan son las mismas.

2o.—Resulta castigada la falta en la conservación de la cosa, un hecho distinto a la falta o negativa de restitución, que aunque previsto por la Ley Federal (Secc. 174), lo descartó la Orden Ejecutiva 89 no obstante haber tomado aquélla como modelo, y que, en consecuencia, la Ley de Desfalco, siguiendo la legislación de la Ocupación, tampoco inculpa.

3o.—Las consecuencias injustas a que conduce la doctrina de la falta conspiran contra ella. La justicia, esa idea abstracta que aun el positivismo jurídico tiene que reco-

nocer como tendencia racional del derecho (dentro o fuera de él), no debe admitir, principalmente cuando el sacrificio de ella no lo impone la idea de utilidad ni otra semejante, que las penas de un crimen se apliquen a una simple falta disciplinaria para la cual se encontrará la reparación en la acción civil que autoriza el art. 1382 del Código Civil y que, respecto al Estado, está asegurada con privilegios, fianzas, seguros de fidelidad y otros medios, y que en todo caso puede ser sancionada ora con penas disciplinarias que alcanzan la destitución, ora con la revocación del nombramiento del funcionario o empleado público omiso.

B) En el segundo sistema, que es el que personalmente sostengo, la falta o la negativa de restitución reposa sobre una falta intencional, aunque con el primero admite como verdad indiscutible el principio del cual se ha partido, esto es, que el crimen está constituido por los hechos materiales de la falta o de la negativa de restitución, en el sentido de que la falta (aquí intencional) está contenida potencialmente en ellos, y que, una vez establecidos, es al acusado a quien corresponde probar su falta de intención.

Y en su aspecto constructivo, se fundamenta esta tesis en que el principio de la intención en materia de crímenes y delitos no resulta abandonado ni por el texto ni por el espíritu de la ley sino en cuanto a la prueba de este elemento.

Dos categorías de razones sirven de base: unas resultantes de la evolución histórica de estas dos formas de la infracción, y otras que se desprenden del texto mismo de la ley.

a) En efecto, la figura común del delito, desde su origen en el estatuto inglés de Enrique VIII hasta su recepción en las leyes de los Estados de la Unión y en la Ley Federal, es la apropiación o distracción fraudulenta, por el poseedor precario, de la cosa que le ha sido confiada, esto es, un despojo de la propiedad, el abuso de confianza

nuestro, y no la inejecución del contrato por falta o negativa de restitución. Pero la apropiación o distracción fraudulenta, puede realizarse en dos formas: por la retención fraudulenta de la cosa —apropiación “in corpore”— o por un acto fraudulento de disposición —destrucción o consumo de la cosa, venta, empeño, cambio, etc., según la naturaleza de aquélla—. Ahora, como la prueba directa de la apropiación resulta imposible en el primer caso, salvo confesión, puesto que se trata de un fenómeno psicológico, y es difícil muchas veces en el segundo, la práctica de los tribunales norteamericanos, al igual que la de los tribunales franceses y dominicanos, en el abuso de confianza, tomó lógicamente la falta y la negativa de restitución, que son el resultado probable de la apropiación o distracción fraudulenta, como presunciones judiciales del delito, susceptibles, como tales, de ser acogidas por el juez, o descartadas sin necesidad de prueba contraria.

Este punto es absolutamente cierto en la doctrina y en la jurisprudencia norteamericanas y francesas; y en unas y otras se advierte el carácter de la presunción y hasta las mismas vacilaciones (57).

Ahora, en el derecho norteamericano, más propicio que el derecho francés al reconocimiento de pruebas legales —no obstante el principio de libertad de convicción del

(57) El RULING CASE LAW y el CORPUS JURIS, después de afirmar con insistencia la necesidad de la intención fraudulenta cuando se trata de la apropiación o distracción y de la prueba de esta intención por la acusación, declaran:

—“La indiferencia de que una persona ha desfalcado la propiedad convirtiéndola para su propio uso, puede sacarse de que no ha entregado el dinero a su debido tiempo, o de que no ha dado cuenta de él”. CORPUS JURIS, t. 20, pág. 426, nota 19 (a) y sentencias).

—Pero la falta de restitución si no constituye por sí sola la conversión fraudulenta, puede constituir una presunción de culpabilidad, y ser así un caso “prima facie”, destruíble por una inferencia de inocencia”. RULING CASE LAW, Embezzlement, No. 18, y sentencia Corte de Minnesota, Estado versus Coudery.

juez— estas presunciones conquistaron fácilmente, merced a las construcciones de la jurisprudencia, el sitio de las presunciones de derecho en algunas legislaciones de los Estados y en la Ley Federal, especialmente respecto al embez-

—“La falta de pago del dinero (negligencia) no es prueba suficiente de una conversión fraudulenta para el propio uso, porque puede haber pérdidas y faltas de pago o aun de rendir cuenta, y que éstas se deben a una desgracia o a otra causa no criminal”. RULING CASE LAW, Embezzlement, No. 17 y sentencia de la Corte de Michigan, *People versus Bringard*.

—“La negativa de rendir cuentas o de pagar a requerimiento, constituye el embezzlement, o es por lo menos una prueba de la cual se puede inferir una conversión fraudulenta (CORPUS JURIS, Embezzlement, t. 20, pág. 24).

—“Ha sido considerado culpable de embezzlement un oficial de una corporación que se apropió, para fines privados, los fondos que se le habían confiado y se niega a entregar cuenta de ellos, aunque no esté legalmente obligado a devolver el dinero idénticamente recibido”. (RULING CASE LAW, Embezzlement No. 17 y sentencia de la Corte de Michigan antes citada).

La doctrina y la jurisprudencia francesas, aunque con distinciones más sutiles, afirman también reglas semejantes coincidiendo de un modo sorprendente con el estado de la ciencia norteamericana.

“Adviértase, sin embargo —dice Garcon con la adhesión de otros autores— que la falta de restitución, aun de un cuerpo cierto, y la imposibilidad de restituirlo, no son suficientes para constituir el abuso de confianza, pues este solo hecho no prueba que el poseedor haya realizado un acto de apropiación, porque el objeto puede haber perecido por caso fortuito, o por falta del poseedor, o aun haberse perdido o extraviado (Garcon, art. 408, Nos. 21, 41, 69, y art. 169 en donde declara aplicables a esta disposición las reglas del art. 408. Adhesión de SAILLARD, Monog. De l'Abus. de Conf., No. 72).

Fero la falta de presentación de la cosa y la imposibilidad de restituirla, constituyen una presunción del delito (del fraude, dicen otros), pues probados estos hechos no se le puede imponer a la acusación la obligación de establecer el hecho preciso por el cual el poseedor ha hecho suya la cosa, hecho muchas veces ignorado o cuya prueba es frecuentemente imposible. (GARCON, art. 408, Nos. 21 y 44; GARRAUD, que alude al requerimiento de mora, agrega la negativa, t. 4, 1943 y t. 5, 2315; CHAVEAU y HELIE, *T. or. C. Penal* t. 2, 712 y t. 5 2272; SAILLARD, Monog. De l'Abus de Conf., Nos. 56 y 72).

Véase además, en el No. 25 de esta tesis, una información amplia sobre el estado de la doctrina y de la jurisprudencia francesas.

zlement cometido por los servidores oficiales y, de un modo principal, en cuanto a los bienes públicos, que indudablemente fueron considerados dignos de más segura protección en este aspecto. (58). En cambio, en el derecho francés, las circunstancias de la falta o de la negativa de restitución acompañadas de la imposibilidad de restituir continúan siendo (con distinciones) presunciones judiciales que, como tales, pueden ser aceptadas o desechadas sin necesidad de prueba contraria, no obstante un sector de la doctrina y de la jurisprudencia vacilantes que, al parecer, pretende darles el efecto de las presunciones legales, contra lo cual una interesantísima sentencia de casación del 10. de marzo de 1902 ha reaccionado situándose en una posición extrema, como toda reacción (59).

Resulta cierto, entonces, que esta evolución no afecta

(58) Esta transición en la evolución de la infracción respecto a la prueba se muestra muy clara en diversas obras de la doctrina norteamericana que recogen el eco de la jurisprudencia.

—En la conversión “la intención puede inferirse de las circunstancias (alude a las presunciones de hecho) o del acto que la ley califica crimen cuando es ejecutado a sabiendas y con intención” (se refiere a la falta o negativa de restitución, al ocultamiento de la cosa, etc., hechos que algunas leyes como la nuestra consideran crimen). (CORPUS JURIS, t. 20, *Embezzlement*, págs. 433-436, y sentencias citadas.)

—Y en el mismo párrafo, el CORPUS JURIS, refiriéndose a la ocultación de la cosa apropiada, declara que “esta no es suficiente para constituir el delito a menos que sea declarado así por la ley” (statute), con cita de sentencias.

—“La prueba de la intención envuelve, desde luego, principios aplicables a la prueba en materia penal, pero en algunos casos la intención fraudulenta se hace presuntiva en las leyes”. (RULING CASE LAW, *Embezzlement*, No. 20 y *Criminal Law*, vol. 8, págs. 181 y sig.)

—“La simple falta de pagar el dinero de que determinado funcionario estaba encargado no es por si sola suficiente para establecer la apropiación fraudulenta, a menos que el acto o la omisión estén de por si constituidos en delito” (RULING CASE LAW, *Embezzlement*, No. 20, y sentencia de la Corte de Georgia, *Robinson vs. State*).

(59) Esta sentencia es citada por el mismo Garçon, art. 408, No. 44 y se decide en ella que la falta de presentación de la cosa no crea ni:-

propriadamente a la infracción misma sino más bien al sistema de pruebas, y que, por consiguiente, en estas nuevas formas del crimen —falta y negativa de restitución— la ley no ha tenido por fin castigar una falta, como se afirma en la doctrina que combato, sino facilitar y asegurar la prueba de la apropiación o distracción fraudulenta —imposible o difícil, muchas veces, por medios directos—, o como en otra parte se ha dicho, la ley castiga indirectamente la apropiación fraudulenta por el poseedor precario (No. 16).

La falta y la negativa de restitución conllevan, pues, presunciones de la apropiación o distracción fraudulenta.

b) Aunque las razones expuestas no pueden ser más convincentes, el texto mismo de la ley suministra excelentes argumentos.

En efecto, la ley no dice que la falta o negativa de restitución de las cosas confiadas al funcionario o empleado público es un desfalco o constituye el desfalco, sino que se vale de un giro que indica la naturaleza real de los hechos diciendo “será considerado como desfalco” (art. 3, párr. 1), expresión que, lo mismo que la de se reputa y otras semejantes, es tomada por la doctrina que ha hecho investigaciones de los procedimientos técnicos destinados a la deformación del derecho en vista de su “practicabilidad” (conceptos, categoriais, presunciones y ficciones) como signo distintivo de las presunciones y de las ficciones que se encuentran en la ley y hasta en los tratados (60). Se po-

guna presunción contra el poseedor, porque ningún texto de ley establece esta presunción y es al ministerio público y a la parte civil a quienes les incumbe probar no solamente la no presentación de la cosa, sino además y necesariamente la distracción fraudulenta. (Cas. 13 julio 1903. D. 1904. 1. 447).

(60) DABIN, *Tech. d'Elab. du Dr. Positif*, que cita algunos tratados págs. 244 y 245; y HEDEMANN, *Las Pres. en el Derecho*, pág. 228. Am-

dría explorar el campo de la ley penal (códigos y leyes especiales) para dar ejemplos; pero no me parece necesario ir tan lejos, y me conformo con poner en contraste la Ley de Desfalco con la Orden Ejecutiva 89 que muestra la diferencia del procedimiento empleado por el legislador usando el giro "se considera como desfalco", para la falta o negativa de restitución, y en cambio dice, refiriéndose a la apropiación fraudulenta cometida por el funcionario o empleado público, "será culpable de desfalco (60a).

En síntesis, resulta que, tanto desde el punto de vista

bos comprueban la frecuencia con que la ley emplea estos giros en la creación de presunciones y ficciones.

Acerca del esfuerzo de los autores en el descubrimiento de presunciones y ficciones, se encontrará una especie de reseña del resultado en esta clase de investigaciones hechas por grandes juristas del derecho alemán, en HEDEMAN citado, pág. 229; para el derecho francés, ver datos en GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, pág. 259 y sigs., y en DABIN, *id.* págs. 235 y sigs.

(60a) Aceptado este argumento no me parece serlo replicar que la falta o la negativa de restitución pueden constituir ficciones y no presunciones, porque si es difícil a veces reconocerlas, ya que ambas tienen de común que toman lo irreal como cierto, pueden sin embargo distinguirse. En la presunción, dice De Fage, se parte de la real para llegar a lo irreal, en tanto que en la ficción no se parte de lo real sino que se crea de una vez lo irreal; aquélla llega a lo irreal verosímil y ésta a lo irreal arbitrario. (En el mismo sentido, JEAN DABIN, *La Technique de l'Elaboation du Droit Positif*, pág. 275).

GENY, refiriéndose al fin de las presunciones legales, dice: En vista de llegar al rigor y a la precisión que requieren las reglas jurídicas, es necesario —reglamentar la prueba a destajo— para decirlo claro, transar causas infinitas de duda, fijar situaciones indecisas, brevemente, tener por cierto lo equivoco, por verdadero lo que es más o menos plausible. Es esa la esencia misma de la presunción en el sentido extenso y corriente del término. Y no es entonces sorprendente que se les pueda descubrir bajo numerosísimas reglas de derecho' (*Scien. et Tec. en D. P. P.* No. 237).

La reseña histórica de la transformación de la infracción, que muestra a la vez la génesis de estas formas nuevas del crimen en el pensamiento del legislador, parece que me dispensan de responder más ampliamente la refutación.

histórico como del texto mismo de la ley, la falta y la negativa de restitución son presunciones de la apropiación o distracción fraudulenta, pero no por eso dejan de ser formas constitutivas de la infracción. Es este un procedimiento ordinario —entre la numerosa variedad de medios técnicos que la ley emplea en la construcción de presunciones— usado en el derecho estatutario norteamericano para la represión de esta infracción, especialmente en la Ley Federal, cuyas directrices ha seguido nuestra ley, a través de la Orden Ejecutiva 89, procedimiento que no es tampoco extraño al mismo Código Penal (61). Así se explica que la Ley de Desfalco haya podido desechar el tipo común de la infracción, la apropiación o distracción fraudulenta de la cosa, y que tales formas constituyan sin embargo presunciones de ésta. Hay en la ley, evidentemente, una inconsecuencia de método, mas el carácter de presunción que tienen estos hechos no lo pierden por esta causa.

Pero, admitiendo la doctrina que sustento la prueba

(61) Garraud ofrece algunos ejemplos de textos legales que establecen presunciones:

El art. 73, que declara responsables civilmente a los hosteleros y mesoneros que hospedan durante más de veinticuatro horas a los que durante este tiempo hubieran cometido un delito si no han inscrito estas personas en sus registros (GARRAUD, No. 484).

El art. 61, que castiga como cómplices a los que, conociendo la conducta criminal de ciertos malhechores, les facilitan lugar de reunión. Aquí la ley deriva la presunción de complicidad del conocimiento de la conducta criminal de los malhechores y esta presunción es "juris et de jure" (GARRAUD, T. de Inst. Crim., t. 2, No. 484).

El art. 278, que crea también una presunción de culpabilidad contra el mendigo y el vago en cuyo poder se encuentran objetos de un valor superior a cincuenta pesos, si no justifican la procedencia de ellos.

Se cita también el art. 103 del Cód. de Justicia Militar francés, que castiga al militar que en presencia del enemigo provoca la fuga o impide la reorganización (GARRAUD, Id., t. 2, No. 88).

El art. 329, que establece también una presunción de legítima defensa en favor de los que ejercen violencias para rechazar, durante la noche, el escalamiento o la fractura de una casa habitada. Se considera susceptible de prueba contrario (GARRAUD, t. 2, No. 491).



de la ausencia del fraude contra la falta o negativa de restitución que constituyen el desfalco, ¿se da a las presunciones que ellas conllevan el carácter de presunciones legales *juris tantum* de la apropiación fraudulenta? ¿Podría negárseles este carácter objetando que si la ley hubiera querido reservarles la prueba contraria lo hubiera hecho en forma expresa, como lo hizo para las presunciones del párrafo 2o. del art. 3 —apropiación de la cosa para un uso o fin distinto del de su destino, y negligencia, falta o negativa de rendición de cuentas—, o las hubiera incluido en la lista de éstas?

Apenas parece necesario responder a tal refutación.

Por una parte, la ley no ha hecho otra cosa que seguir, en este punto, la técnica de las leyes norteamericanas cuya jurisprudencia no da otra función a las aludidas formas del *embezzlement* que la de dispensar a la acusación de la prueba de la intención fraudulenta (62); y por otra parte, la reserva de la prueba contraria en las presunciones legales puede ser expresa o tácita. Además se explica que estos hechos no hayan sido incluidos en la lista de las presunciones del párrafo 2o. del art. 1, por la circunstancia de haber excluido en el párrafo 1o. la incriminación directa de la apropiación o distracción fraudulenta.

Sin embargo, aunque esta réplica sea suficiente para dejar sin valor la objeción, se puede ir más allá y sostener el carácter *juris tantum* de estas presunciones con una argumentación positiva y racional apoyada en la doctrina.

En efecto, no solamente es cierto que no existe en ningún sector del derecho principio alguno en cuya virtud se pueda calificar de irrefragables las presunciones legales a las cuales la ley no reserve formalmente la prueba contraria, sino que, inversamente, como lo afirma la doctrina,

(62) Ver No. 23 y nota No. 67.

en materia penal—en que los conflictos tienen por fondo la libertad y hasta la vida de los hombres—más que en el derecho civil—cuyos litigios tienen por objeto derechos menos caros—domina el principio de que las presunciones legales, simples cálculos de probabilidades, no son absolutas (63). Más aún, si independientemente de los precedentes de la jurisprudencia de origen de la Ley de Desfalco, se recurre a las reglas que la doctrina francesa ha logrado destacar en esta materia, hay que concluir inevitablemente que la presunción de intención fraudulenta que la ley deriva de los actos que califica desfalco —falta o negativa de restitución— son susceptibles de prueba contraria, porque, como expresa Garraud, “las cuestiones de intención son, en efecto, objeto de una apreciación soberana, que depende

(63) En Garraud encontramos este párrafo:

Cujas ha dicho, para caracterizar la presunción: “Presumptio sumitur de eo quod plerumque fit”, pero lo que sucede más a menudo (plerumque) no sucede siempre (semper). Y no hay que olvidar que el razonamiento según el cual del hecho conocido se desprenden ciertas consecuencias consideradas como verdaderas se fundamenta sobre un cálculo de probabilidades: en principio, pues, la presunción no puede ser absoluta e intangible. Esto es verdad sobre todo en materia penal, en que las cuestiones que han de resolverse se refieren, ante todo, a un problema de culpabilidad. En materia civil, el papel de las presunciones es más absoluto: éstas tienen una virtud antilitigiosa que lleva al legislador a multiplicarlas y a darles una fuerza que es necesaria para cortar de un tajo dificultades inextricables. (GARRAUD, *Traité d'Instr. Crim.*, t. 2, 483).

En el **Criminal Procedure** se lee:

“En los casos civiles los derechos de los litigantes están en disputa, y los casos se deciden sobre el peso comparativo de la prueba. En los casos criminales, la disputa no versa sobre pretensiones en conflicto, sino que la cuestión es si el acusado ha hecho aquello por lo cual se le debe infligir un castigo. La ley no se complace en castigar a sus sujetos; en tal virtud, declara muy justa y humanamente que nadie será convicto de crimen a menos que se pruebe una culpabilidad más allá de la duda razonable. Esta regla es amplia en su interpretación e inviste al acusado con la presunción de inocencia a lo largo de todo el juicio. La acusación no es prueba de culpabilidad ni suscita ninguna inferencia o presunción de culpabilidad. Es simplemente la acusación sobre la cual el acusado va a ser juzgado. (GREETING, *Crim. Proc.*, No. 67, págs. 257 y 258).

de elementos múltiples cuyo valor es imposible medir por anticipado" (64). ✓

Con esta larga fundamentación, en que paralelamente a las razones favorables se han ido buscando y afrontando, sin temor, las posibles objeciones contrarias, creo que la doctrina de la intención no deja en su construcción resquebrajadura alguna aprovechable para la crítica.

Resta hacer resaltar, antes de examinar las consecuencias de los principios que acaban de sentarse, una ventaja capital que, desde el punto de vista de su aplicación práctica, tienen ellos sobre los que se sostienen en la opinión contraria. Mientras ésta no permite distinguir la negligencia en restituir—primero de los hechos constitutivos del desfalco— de la falta y de la negativa de restitución, resultando así una confusión no menos condenable teóricamente, la primera opinión ofrece un criterio subjetivo cierto, único elemento que puede marcar, en muchos casos, la diferencia entre unos y otros hechos (No. 18, *in fine*).

Veamos ahora las consecuencias principales de esta doctrina, señalándolas enumerativamente.

1o.—La acusación (ministerio público y parte civil) no tiene que probar contra el acusado sino la falta o la ne-

(64) "Las presunciones legales —dice Garraud— son, en cambio, susceptibles de prueba contraria, cuando de la naturaleza misma del acto se deriva la intención criminal que ha dictado este acto. Las cuestiones de intención son, en efecto, objeto de una apreciación soberana, puesto que dependen de elementos múltiples cuyo valor es imposible medir por anticipado."

Se dirá, ciñéndose literalmente a la regla que he tomado de la doctrina, que la falta y la negativa de restitución conllevan, además de la presunción de intención fraudulenta, la del hecho material de la apropiación o distracción de la cosa; pero es pueril observar que esta circunstancia no impide la existencia de la presunción de intención y que el fundamento de la reserva de la prueba contraria no sufre menoscabo alguno.

gativa de restitución de la cosa confiada (además, naturalmente, de los otros elementos relativos a la calidad del agente, naturaleza de la cosa, etc.) para dejar establecido el crimen, puesto que éstos son los hechos que lo constituyen.

2o.—Pero el acusado puede probar a su vez, para obtener el descargo:

a) Una cualquiera de las causas justificativas aplicables, por ejemplo, la orden legal de la autoridad (65).

b) Una cualquiera de las causas que excluyan la falta: demencia; menoridad de 18 años, en principio; constreñimiento físico y estado de necesidad en general, comprendiendo el constreñimiento moral, causas de las cuales se encontrará, en nota separada, una exposición completa, con ejemplos (66).

c) La ignorancia o el error de hecho, que tienen por efecto excluir la intención con la excusa de la buena fe, así denominada impropriamente por la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia (67).

(65) Este caso se ha presentado ante los tribunales con relación a un embargo alegado por el acusado, y la sentencia de condenación fué casada por no haber verificado este medio. (Cas. 17 Dic. 1880, D.81. 1. 187).

(66) Ver nota No. 55).

(67) No puede ser condenados por abuso de confianza: el heredero que vende la cosa depositada en casa del "de cujus", si ignora este depósito; el individuo que dispone de fondos que cree le han sido entregados a título de préstamo de consumo y que su cocontratante ha pensado confiarle a título de depósito o de mandato; el mandatario que cree, de buena fe, haber recibido por una novación la libre disposición de la cosa (GARCON, C. P., art. 408, No. 16).

El mandatario que rehusa entregar lo que el no cree deber, no comete delito por falta de intención. No comete abuso de confianza al presentar una cuenta inexacta, ya que los errores, aun groseros, no pueden dar motivo sino a una acción civil (Id. No. 173).

No existe el delito por falta de intención en el caso del mandatario

De este modo, esta doctrina sobre el elemento moral coincide con el régimen del Código Penal en el delito de abuso de confianza y puede hacer suyos, en su aplicación, *mutatis mutandis*, los principios sustentados sobre este punto por la doctrina y la jurisprudencia en Francia y en nuestro país.

Nos vemos así conducidos a examinar ahora el concepto de la intención fraudulenta, con su aplicación.

24. Aunque la jurisprudencia francesa, con relación a la apropiación o distracción fraudulenta (esencia del abuso de confianza) —que es la base de las presunciones implicadas en la falta o negativa de restitución constitutivas del desfalco— no ha fijado el concepto de la intención fraudulenta, la doctrina ha logrado, sin embargo, construir algunas definiciones reclamando cada opinión para sí el voto de una parte de la jurisprudencia dividida (68).

Sobre este punto, me ha parecido suficiente seguir los pasos de Garçon quien, para mí, supera a los demás autores en sistematización y claridad en el estudio de este elemento.

La intención —dice, de acuerdo con su excelente teo-

que no restituye sumas de dinero cobradas por él, cuando las ha empleado en gastos para otros cobros habiendo podido creer que el contrato lo autorizaba a esto (Cas. franc., 8 enero 1874, Bol. 10, sentencia citada por GARÇON, C. P., Art. 408, No. 61).

(68) En el derecho angloamericano, la jurisprudencia, por su peculiar sentido práctico y su antipatía hacia los principios generales, no ha llegado tampoco a ningún concepto determinado de la intención fraudulenta que, como sabemos, se exige en el "embezzlement", y el papel secundario de la doctrina en este sistema no permite una definición independiente.

Hay, sin embargo, puntos en que, en la aplicación de este elemento a casos particulares, coincide de un modo sorprendente con la jurisprudencia nuestra, y otros en que se aleja notablemente. A modo de comparación, iré haciendo en los lugares oportunos las observaciones correspondientes.

ría general de la intención— se realiza cuando el autor del hecho obra con conocimiento, sabiendo que hace lo que la ley prohíbe, en las condiciones en que lo prohíbe. Esta teoría —agrega, en forma de principio— conduce a decidir que en el abuso de confianza la intención existe cuando el poseedor, realizando un acto de propietario, invierte la posesión sabiendo que posee precariamente (en virtud de uno de los contratos del art. 408) y previendo o debiendo prever que este acto de apropiación causará o podrá causar un perjuicio a otro.

De esta definición resultan los siguientes principios que me limito a resumir de la exposición de Garçon:

✓ 1o. Falta la intención si el autor de la apropiación no cree poseer a título precario, esto es, si ha creído de buena fe poseer a título de propietario (69).

2o. El propósito o la esperanza del autor de la distracción de restituir la cosa, no hace desaparecer la intención fraudulenta, pues basta que haya podido prever que de su acto podría resultar un perjuicio (70).

3o. No existe el delito si el autor del hecho no tiene, además, la intención fraudulenta de portarse como propie-

(69) Se decide, en la jurisprudencia norteamericana a este respecto, que "si la apropiación es hecha en la creencia sinceramente mantenida por el acusado de que tenía calidad o derecho legal para apropiarse la cosa, el hecho no es criminal" *RULING CASE LAW*, t. 9, No. 20, *Ross vs. Innis*, sentencia Corte Illinois).

(70) Contra este principio, ha sido decidido por la jurisprudencia norteamericana que el goce inocente del dominio temporal de la propiedad en el caso de que exista intención de restituirla o pagarla, no es una apropiación fraudulenta (*RULING CASE LAW*, t. 9, No. 20).

Sin embargo, se afirma en el *CORPUS JURIS* que la intención del acusado de restituir el dinero u otra propiedad distraída no despojará al acto de su naturaleza criminal, pero la intención de restitución constituye una buena defensa (t. 20, pág. 437).

tario (dolo especial), porque de otro modo no invierte la posesión precaria en posesión animo domini.

La prueba de este carácter especial que toma la intención fraudulenta, depende unas veces de la naturaleza del acto —venta, cambio, empeño—, pero como el acto será a veces equívoco o podrá ignorarse, Garcon considera que la falta o negativa de restitución o la imposibilidad de entregar la cosa después de la mora, si no constituye el delito, porque el objeto puede haber perecido por un caso fortuito o por la falta del poseedor o bien haberse perdido o extrañado, sí constituye una presunción (71).

Sentados estos principios, se ve que el problema desemboca en una cuestión de prueba.

25. En el régimen de la Ley de Desfalco, la falta y la negativa de restitución constituyen el delito, y la acusación termina su misión con la prueba de uno de estos hechos; pero como éstos suponen la apropiación o distracción fraudulenta, el acusado puede invocar legítimamente y establecer que no existe ésta, sea probando que el acto que ha tenido por resultado el crimen no constituye la apropiación o distracción, sea que constituyéndola no ha sido realizado con intención fraudulenta, y el tribunal se verá obligado, si la defensa es seria, a investigar los hechos alegados y a resolver la cuestión por la sentencia (72).

(71) Ver No. 23 y sentencia citada en la nota No. 69.

(72) De otro modo la sentencia podrá ser casada. Es aconsejable que, en todas las fases del proceso, la instrucción no se conforme con la sola comprobación de la falta de entrega sino que se oriente hacia la determinación de los actos de distracción.

Por otra parte, es oportuno advertir aquí que las sentencias deben especificar, de un modo preciso, a pena de nulidad, cuál de los tres hechos constitutivos del desfalco —negligencia, falta o negativa de restitución— ha servido de base a la condenación, pues de otro modo se hará imposible verificar si ha sido bien aplicada la ley o no, y se frustrará la misión del recurso de casación. Es ésta una regla que la jurisprudencia

En el régimen del Código Penal, la doctrina hace la distinción clásica entre la apropiación o distracción de un cuerpo cierto y la de una cosa fungible.

I) Si se trata de un cuerpo cierto, se distingue también:

A) Si el poseedor se apropia el cuerpo cierto por un acto de disposición —venta, cambio, empeño— el delito estará constituido en todos sus elementos, porque al hecho material se agrega la intención fraudulenta, resultante de la disposición consciente de la cosa y de la imposibilidad de restituirla, y el perjuicio, posible en un momento cualquiera de la acción. Pero Garçon exceptúa el caso de empeño cuando el poseedor es muy solvente, pues faltará siempre la intención, bien porque el perjuicio no ha sido posible, bien porque, habiendo ocurrido el perjuicio, se tratará de una eventualidad que el poseedor no ha podido razonablemente prever.

B) Si el poseedor se apropia el cuerpo cierto por la retención *in corpore*, Garçon considera que, aunque el mejor medio para probar la intención es la mora, no es el único, pues este elemento puede resultar de otras circunstancias, por ejemplo, de una alegación mentirosa de robo, de la fuga del poseedor, etc.

II) Si se trata de una cosa fungible, dinero, por ejemplo, y se supone el caso en que el poseedor no está autorizado por una convención expresa o tácita a disponer de los fondos, se distingue también:

A) En caso de que se haya probado la distracción, se discute si basta ésta para que el abuso de confianza exista,

aplica siempre, y que hasta en el homicidio involuntario —en que se conviene que abraza todas las faltas— es constantemente reclamada, exigiéndose que se indique la falta con precisión. (Ver jurisprudencia francesa y dominicana).

o debe exigirse, además, que su autor se encuentre en la imposibilidad de restituir una suma equivalente.

Para Merlin el delito es consumado desde que el depositario o mandatario ha dispuesto de los fondos, aunque en la práctica no se le persiga sino cuando venga a ser insolvente y se encuentre en la imposibilidad de restituir el equivalente.

Chaveau y Helie consideran inaceptable la doctrina de Merlin, porque falta la intención fraudulenta, y distinguen: a) si el agente ha tenido la intención de apropiarse el dinero, el delito existe; pero para probar esta intención es necesario que se le ponga en mora, porque el fraude no aparece sino por la falta de restitución; b) por el contrario, si el mandatario o depositario ha tenido la intención de restituir los fondos, no existe el delito, salvo que el autor venga a ser insolvente, porque en este caso es difícil admitir la buena fe, y la insolvencia crea una presunción del fraude que el agente puede destruir estableciendo que, en el momento en que empleaba el dinero, procedía de buena fe, y que su insolvencia es el resultado de acontecimientos imprevistos y posteriores (73).

Para Garcon, si el poseedor ha dispuesto del dinero para su uso personal y lo entrega a la primera reclamación, el delito no existe, no porque falte la intención sino porque no hay perjuicio. Pero el delito estará constituido si, por el hecho de disponer de la cosa, el poseedor se encuentra en la imposibilidad de entregarla, porque, además del hecho material, el perjuicio se ha realizado, y la intención fraudulenta de la circunstancia de que el agente ha disipado la cosa que él sabía que no le pertenecía, y es responsable de las consecuencias perjudiciales, háyalas previsto o no.

Garcon considera, además, que estas reglas no ceden

(73) CHAVEAU Y HELIE, *Theor. du C. Pen.*, t. 5, 2273 y sig.

sino cuando el perjuicio originado por la insolvencia del agente resulta de circunstancias extraordinarias que pueden razonablemente escapar a la previsión de un hombre escrupuloso (74).

B) Si la distracción no ha sido comprobada, se está de acuerdo generalmente en que el requerimiento de mora es necesario, excepto si se establecen otros hechos de donde resulte comprobado el fraude, por ejemplo, la alegación mentirosa de un robo, la fuga del depositante o mandatario, la invocación de pretextos y obstáculos falsos (75).

Estos principios son aplicables al régimen de la Ley de Desfalco, con las dos reservas siguientes, una de las cuales ya se ha prevenido:

1o. La falta o la negativa de restitución constituye el crimen y, no exigiendo la intención fraudulenta, basta con la prueba del hecho material que puede resultar, abstracción hecha de las distinciones relativas al objeto del delito, del solo requerimiento de mora, y sin necesidad de la comprobación de la insolvencia del agente o de su imposibilidad de restituir, o de cualquiera otra circunstancia de donde se desprenda que el funcionario o empleado público no ha hecho la restitución, como en los casos puestos como ejemplos en la doctrina francesa, aunque conlleven el fraude. Por tanto, no es sino cuando el acusado invoca como causa de la falta o negativa de restitución un hecho que él pretende que no constituye la apropiación o distracción, o que, si la constituye, lo ha realizado sin intención fraudulenta, que el tribunal tendrá que recurrir a los principios de la doctrina y de la jurisprudencia para ponderar el fundamento de la defensa.

2o. Si el hecho no constituye la apropiación o distracción fraudulenta—y de este modo la falta o negativa de res-

(74) GARCON, C. P., Art. 408, Nos. 33 y sig.

(75) GARCON, C. P., Art. 408, Nos. 87 y sig.

titución queda sin base— puede caracterizarse, sin embargo, la negligencia de restitución que la nueva ley incrimina. Habrá, entonces, que investigar si reúne los caracteres de este hecho y aplicar los principios que le son peculiares (Nos. 17 y 22).

III. Interesa, pues, colocar al lado de las posiciones doctrinales que he esbozado el estado de la jurisprudencia, que deja casi aislada la opinión de Merlin y se inclina más hacia la doctrina de Garçon que a la de Chaveau y Helie, respecto a la distracción de cosas fungibles, dinero y otros objetos que pueden ser devueltos en equivalentes.

Doy, a continuación, una relación de numerosas sentencias cuyo contenido fué preciso reducir casi a su esencia para poder ofrecer una información rápida y amplia.

Ha sido juzgado que el artículo 408 no es aplicable:

A la falta de restitución por parte de un mandatario que alegaba, en sus conclusiones, como causa de aquélla que los objetos habían sido comprendidos en un embargo, pues los jueces no habían verificado este medio y por tanto el prevenido había sido ilegalmente condenado (Cas. 17 Dbre. 1880, D.81.1.187).

Al mandatario que no restituye sumas de dinero cobradas por él y que las ha empleado en gastos para otros cobros en la creencia de que el contrato lo autorizaba, cuando no se había establecido la intención de apropiárselas ni de que estuviera en la imposibilidad de devolverlas. (Cas. 8 Enero 1874, Bol. 19).

A un individuo que dispone del dinero para sus necesidades personales y no restituye sino después de reclamaciones reiteradas y de comenzada la instrucción, cuando se ha comprobado que estaba autorizado a conservar los fondos hasta completar el pago de los cobros de que se le ha-

bía encargado, y no había disimulado éstos sino que, por el contrario, había ofrecido pagar la suma distraída y sus intereses. (Cas. 30 Mayo 1856, D.57.1.31).

A un mandatario que, puesto en mora de rendir cuenta de una suma de dinero que le fué entregada para un tercero, no restituye una parte de ésta y, pretendiendo ser acreedor de su mandante, sostenía haberla descontado para pagarse, porque no resulta de ninguna de estas circunstancias ni la intención de distraer o disipar la suma retenida de este modo, ni que ésta hubiera sido descontada sin derecho, o que siquiera hubiera sido seriamente discutida la pretensión del prevenido (Cas. 26 Nov. 1885, Bol. 327).

A un individuo encargado de descontar varios pagarés y de devolver el dinero, que no había restituído ni éste ni los pagarés, sosteniendo que las personas a quienes a su vez él encargó de hacer las negociaciones no le habían entregado cuenta, a pesar de reconocer la sentencia de los jueces de fondo que no había sido justificado esta aserción, porque la intención fraudulenta no resulta de tales declaraciones (Cas. 15 abril 1889, Bol. 86).

Al lado de las sentencias de descargo que acaban de mencionarse, se colocan las siguientes de condenación.

Se ha decidido también:

Que en el hecho de disponer (un "comptable" o depositario público) de los fondos para sus propios negocios existe la distracción, y la intención resulta del uso abusivo e ilegal del dinero y de la imposibilidad de restituirlo (Bourges, 21 enero 1853, D.55.2.22).

Que el hecho de disponer de un cuerpo cierto por un acto que ponga al agente en la imposibilidad de restituirlo, por ejemplo, venta, prenda, constituye el abuso de con-

fianza (Cas. 23 agosto 1879, Bol. 169; 21 enero 1870, D.70. 1.372; 30 junio 1887, Bol. 248; 25 mayo 1894, Bol. 135).

Que el hecho de disponer de sumas de dinero para su propio uso cuando el agente no puede hacerse ninguna ilusión sobre el mal estado de sus negocios y sabe que se encontraría en la imposibilidad de restituirlo (Cas. 10 agosto 1850, D.50.1.250; 2 junio 1853, D.53.5.4; 11 marzo 1858, D.58.5.5.; 14 enero 1859, D.59.1.144).

Que el disponer un notario para su uso del dinero recibido por cuenta de sus clientes, y fugarse insolvente, constituye en todos sus elementos el abuso de confianza (Cas. 7 sept. 1844, D.R. ab. de conf., 159).

Que la disposición de fondos por un notario que se había puesto en la imposibilidad de restituirlos constituye el abuso de confianza, cuando esta imposibilidad resulta de su falta, puesto que tenía por causa actos prohibidos por las reglas de su profesión (Cas. 15 enero 1853, citada por GARCON, art. 408, No. 96).

Del mismo modo, se ha declarado comprobada la distracción o apropiación fraudulenta constitutiva del abuso de confianza:

- por la fuga del prevenido llevándose los fondos (Cas. 28 agosto 1879, Bol. 173);
- por un concierto fraudulento con un tercero para falsear cuentas y justificar la falta de restitución (Cas. 4 agosto 1854, D.54.5.6);
- por un cambio fraudulento de la cosa (París, 26 oct. 1898, Pand. 99.2.93);
- por disimulos fraudulentos de abnoos sobre una acreencia que el prevenido estaba encargado de cobrar (dos casos, en uno de los cuales se agrega la circunstancia de una información mentirosa), (Cas. 3 agosto 1893, Bol. 219; 11 junio 1858, D.58.5.5);

- por disimulo de un pagaré, a favor del mandatario, que el prevenido había recibido para aquél, y la obtención con el suscriptor, por medio de mentiras, del cambio del pagaré por otro a su favor (Cas. 27 sept. 1844, Bol. 331);
- por obstáculos supuestos y pretextos mentirosos para responder a las reclamaciones, circunstancias que fueron reconocidas como prueba de la mala fe (Cas. 16 oct. 1840, S.41.1.365);
- por fuga, ocultación del dinero confiado y pruebas de que se trató de emplear el dinero para el uso personal (Nancy, 11 nov. 1903, D.1904.3.5);
- por la provocación, de mala fe, de un embargo retentivo en sus manos (Cas. 3 agosto 1854, D.54.5.6);
- por requerimiento de mora resultante de numerosas reclamaciones, intimación, citación directa ante el tribunal, aunque después de condenación en defecto se hubiera ofrecido la restitución, que por otra parte no fué realizada sino un tiempo después, circunstancias que fueron consideradas como prueba de la mala fe (Cas. 21 abril 1898, D.98.1.433 y nota);
- por reclamaciones cuando la negativa ha sido motivada varias veces con diversos pretextos, lo que conjuntamente con los documentos de la causa, fué reconocido como prueba de la intención fraudulenta (Cas. 11 nov. 1869, Bol. 229);
- por puesta en mora, aunque se alegó que no había distracción porque la cosa confiada se encontraba en poder de los prevenidos, ni intención fraudulenta, porque la falta de restitución tenía por fin una demostración de protesta. (Cas. 27 julio 1832 y 20 abril 1833, D.R., ab. de conf., 139);
- por la negativa y el empleo momentáneo de los fondos en su provecho y fútiles pretextos para justificar la negativa (Cas. 14 oct. 1854, D.54.1.372);

- por la negativa y la conservación abusiva y la disipación de parte del dinero cobrado (Cas. 31 oct. 1895, Bol. 266);
- por la negativa y la apropiación indebida y fraudulenta de parte del precio de la venta de valores mobiliarios y concierto con su esposa para hacer creer que el precio recibido era el que él restituía (Cas. 1o. agosto 1877, Bol. 191);
- por la negativa y un concierto fraudulento con un tercero para falsificar las cuentas o para justificar el retardo o la negativa (Cas. 4 de agosto 1854, D.54.5.6);
- por la negativa y la amenaza de persecuciones correccionales (Cas. 12 mayo 1864, D.65.1.189);
- por la falta de restitución y abstención de avisar al mandante el cobro de la cuenta que le había sido confiada y rehusar responder a las reclamaciones que se le hicieron. (Cas. 11 mayo 1905, Bol. 223);
- por la falta de restitución y omisión fraudulenta de poner en la cuenta rendida al mandante sumas que habían sido cobradas (Cas. 23 agosto 1877, Bol. 199);
- por la imposibilidad de restituir (Cas. 18 mayo 1906, Bol. 214);
- por la falta de restitución y pretendidas dificultades de negociación alegadas por el portador de un efecto a la orden que le había sido entregado para que lo descontara (Cas. 22 febr. 1900, D. 1901.1.86);
- por la falta de restitución y la circunstancia de no haber podido o no haber querido satisfacer el requerimiento de mora y de no haber ofrecido sino la cesión del derecho obtenido por el acto de disposición de la cosa (Cas. 21 febrero 1879, Bol. 50).

Sección Tercera

§ I. PRESUNCIONES LEGALES

Sumario: 26. Enumeración de las presunciones y observación.—27. Apropiación de la cosa.—28. Negligencia, falta o negativa de rendición de cuentas.

26. En principio la prueba de los tres hechos calificados desfalco —negligencia, falta o negativa de restitución— es abandonada a la libre apreciación del juez.

Sin embargo, la Ley de Desfalco establece dos categorías de presunciones legales para las cuales reserva la prueba contraria formalmente, y que en consecuencia se imponen al juez hasta esta prueba, que debe ser indicada en la sentencia a pena de nulidad:

- La apropiación de la cosa para un uso o fin distinto de aquél para el cual ha sido entregada.
- La negligencia, falta o negativa de la rendición de cuentas.

Excluyo la negligencia, falta o negativa de restitución, porque si conllevan presunción son también formas diversas del desfalco (Nos. 22 y 23).

Antes de examinar separadamente estas pruebas, debe hacerse una observación común a ellas, que previene ya un error en que puede fácilmente incurrirse. Estas pruebas son presunciones del desfalco —negligencia, falta o nega-

tiva—, como lo expresa la ley, y no solamente de la intención fraudulenta.

En consecuencia, la prueba que la ley reserva al acusado se refiere al desfalco en sus dos elementos. Puede aquél invocar y obtener el descargo estableciendo, bien que no ha incurrido en ninguno de los hechos calificados desfalco —negligencia, falta o negativa de restitución—, bien que, probados éstos, no existe a su cargo ninguno de los actos que, según los casos, constituyen el elemento moral del crimen.

27. La apropiación de la cosa para un uso o fin distinto de aquél para el cual ha sido entregada, no es más que el hecho material constitutivo de la apropiación fraudulenta, tipo auténtico del abuso de confianza nuestro y del *embezzlement* angloamericano. Tal nos lo dice el origen de la infracción, desde Inglaterra, pasando por la ley norteamericana, hasta su importación por la Orden Ejecutiva 89. El legislador de la Ley de Desfalco no hizo más que desecher esta forma del crimen y transformarla en presunción suprimiendo la condición del fraude (No. 23).

La ley, en lugar de indicar tal o cual hecho preciso como presunción, da una definición del acto material del abuso de confianza, que si no fuera porque Garcon se niega a aceptar que el poseedor precario no puede jurídicamente apropiarse la cosa, puesto que su título condena tal apropiación, podría considerarse impecable (76).

Es, en efecto, ésta una fórmula ampliada de la definición que del elemento material del abuso de confianza y del *embezzlement* dan las doctrinas del derecho francés y del norteamericano: la “apropiación de la cosa por el que la posee en virtud de uno de los contratos del art. 408”, dicen los franceses; “la apropiación de la cosa por una persona

(76) GARCON, C. P., Art. 408. No. 9.

en cuyas manos ha sido confiada”, dicen los norteamericanos, agregando, en la explicación de la significación de la apropiación, “para un uso o para un fin distinto de aquel para el cual la recibió” (77).

Se trata, pues, de un acto de apropiación, inocente o intencional, cuya identidad con el elemento material del abuso de confianza permite al intérprete oficial recurrir, para caracterizarlo, a las centenarias jurisprudencias francesa y norteamericana, y me dispensa a mi de ampliar el punto con ejemplos.

No hay, pues, lugar a interpretar la frase explicativa “para un uso o fin distinto de aquél para el cual ha sido entregada o puesta bajo su custodia” sino haciendo alusión a un acto de apropiación que el poseedor precario no está autorizado a realizar por la convención o por la ley, pero siempre a un acto de apropiación.

Sólo resta una observación que examinando la redacción de algunas sentencias dictadas por nuestros tribunales me parece interesante. Esta apropiación de la cosa es una presunción de los hechos que constituyen el desfalco y no de la apropiación fraudulenta, que la Ley del Desfalco no castiga sino cuando culmina en la falta o negativa de restitución; y por tanto no puede basarse una condenación en la comprobación de que el acusado se apropia la cosa y no justifica la apropiación o la retención (78).

28. Llegamos así, a la segunda categoría de presunciones legales juris ~~causam~~ la negligencia, falta, o negativa de rendición de cuentas.

Rendir cuentas, tanto en el derecho norteamericano como en el nuestro, es la obligación que tiene el mandatario

(77) RULING CASE LAW, t. 9, No. 29.

(78) Ver sentencia de la Suprema Corte extractada en la nota No. 37, que ha decidido, sin embargo, contrariamente a estos principios.

y, en general, el administrador de la fortuna de otro, de presentar la cuenta de sus gastos para fines de verificación y ajuste, y de “entregar —dice textualmente el art. 1994 del Código Civil, que la jurisprudencia extiende a las personas indicadas antes— todo lo que haya recibido por consecuencia de su poder etc”.

Pero es indudable que tal no es el sentido que la ley ha querido dar a esta disposición, porque la negligencia, falta o negativa de restitución, constituye el crimen. Hay, entonces, que convenir que entre las dos obligaciones que implica la rendición de cuenta —la de presentar ésta para verificación, y la de la entrega— la Ley de Desfalco, apartándose, con una impropia terminología, de la Ley Federal norteamericana que castiga el hecho como desfalco, se refirió únicamente a la primera de estas obligaciones.

Pero si ha sido fácil aclarar el sentido del texto legal sobre este punto, no se ve claramente la misión de estas presunciones, en todo caso bien pobre, si se piensa que, para establecer la negligencia, falta o negativa de rendición de cuentas, es necesario casi siempre un requerimiento de mora (No. 20).

Sección Cuarta

LA ACCION PUBLICA Y LA PENA EN EL CRIMEN DE DESFALCO.

§ I. CUESTIONES PREVIAS.

Sumario: 29. Principio.— 30. Iniciativa del ministerio público.— 31. Cuestiones previas. I. Excepciones previas. Principio. A) Bienes privados. B) Bienes públicos. II. Excepciones prejudiciales.

29. En principio, en todas las infracciones penales, la acción pública puede ser iniciada de oficio por el ministerio público y no puede ser interrumpida ni suspendida sino en los casos resultantes de la ley; de donde se infiere que en todo delito deben examinarse las excepciones que afectan este principio.

En lo que se refiere al crimen de desfalco, deben resolverse, pues, los problemas relativos: a) al derecho del ministerio público para promover la acción pública, y b) a las cuestiones previas a la sentencia.

30. La persecución del crimen de desfalco por el ministerio público no está subordinada a ninguna formalidad, y éste puede, de acuerdo con la regla general, iniciar y ejercer la acción pública de cualquier manera que haya tenido conocimiento de la infracción.

No es, pues, necesaria la denuncia ni la querrela de la administración pública, ni del particular lesionado por la infracción.

31. Pero existen, además, las cuestiones previas a la sentencia que, según la terminología aconsejada por el jurista belga Haus y adoptada por la buena doctrina francesa, pueden ser: a) excepciones previas propiamente dichas, si son de aquéllas que el mismo tribunal decide previamente a la sentencia, por ejemplo, la de prescripción; b) excepciones prejudiciales, que se someten a la aceptación del tribunal penal, pero cuyo fondo debe ser decidido por otra jurisdicción, por ejemplo, una cuestión de estado (79).

Veamos unas y otras. ✓

I.—Se trata de una infracción que constituye una especie particular del abuso de confianza, para la cual es necesaria la prueba de la existencia del contrato en cuya virtud se hizo la entrega de las cosas distraídas por el funcionario o empleado público. Esta prueba debe ser hecha por el Estado o por el particular, y puede provocar una cuestión previa a la sentencia (80).

Ya se trate de bienes privados, ya de bienes públicos, es un principio reconocido universalmente que el tribunal penal, competente para examinar todos los elementos de un proceso, lo es también para decidir sobre todas las cuestiones civiles que se relacionen con tales elementos y que constituyan así una condición de la infracción, mientras una disposición expresa de la ley no despoje a dicho tribunal de esta competencia.

Pero, en lo que se refiere a las pruebas del contrato, es conveniente, para mayor claridad, hacer una distinción en cada una de las categorías de bienes señalados.

(79) HAUS, *Prin. Gen. de Dr. Pen. Belge*, t. 2, No. 1182, con la adhesión de GARRAUD, *Traité Theor. et Prat. de Instr. Crim.*, t. 2, No. 506.

(80) GARCON, *C. P.*, Art. 408, Nos. 180 y sig.

A) Si se trata de bienes privados, el tribunal penal está obligado, en cuanto a la prueba del contrato, a conformarse a las leyes de la prueba establecida por el derecho civil, puesto que, comunes para todas las jurisdicciones, no puede depender de las partes variar este sistema por un cambio de jurisdicción. En consecuencia, la prueba por testigos no puede ser admitida por el tribunal, según el art. 1341, salvo las excepciones establecidas por la ley. Si, pues, el interés del contrato pasa de treinta pesos, deben distinguirse tres situaciones, según decide la jurisprudencia y es sostenido por los autores: a) si el acusado se opone a la admisión de esta prueba, el tribunal no puede oír testigos sin violar el art. 1341 y el orden de la instrucción; b) si el acusado consiente formalmente en aceptar la prueba por testigos, la jurisprudencia civil se inclina a reconocer que los testigos pueden ser oídos, porque no es de orden público la prohibición de esta prueba, y Garcon estima que debe ser lo mismo ante los tribunales penales (81); c) si el acusado no protesta, cierta jurisprudencia dominicana ha decidido que el tribunal puede avanzar la instrucción con el fin de investigar si encuentra un principio de prueba por testigos o si está dentro de una excepción de la regla de la prohibición de la prueba testimonial (82).

B) Cuando se trata de bienes públicos, se deben aplicar las mismas reglas a falta de reglamentación especial de la ley.

Este es el principio. Pero, en lo que respecta a las relaciones del Estado o de sus organismos públicos con los funcionarios y empleados a su servicio, éstos se encuentran en una situación especial que, aunque en Francia no ha podido provocar una doctrina contra la regla de la prohibición de

(81) GARCON, C. P., Art. 408. Nos. 641 y sig.

(82) Ver Sent. Corte de Apel. de Santo Domingo 9 diciembre 1939, confirmada por Sent. Suprema Corte 30 septiembre 1940 (Bol. Jud. No. 362, págs. 530 y sig.). En el mismo sentido, GARCON, C. P., Art. 408. Nos. 717 y sig., y jurisprudencia francesa citada por él.

la prueba testimonial a causa de la reglamentación particular de la prueba en la contabilidad administrativa, en nuestro medio esta construcción reclama ya la atención de los juristas, sobre todo si, además del factor indicado, se toma en consideración la costumbre jurídica que ya parece haber formado una buena excepción al principio citado y cuya admisión *contra legem* ha sido reconocida, en otros casos, por la Suprema Corte dominicana (83).

II. En cuanto a las cuestiones prejudiciales, éstas no pueden presentarse, en principio, en la persecución del crimen de desfalco.

Debe recordarse, sin embargo, que este sistema no ha sido seguido siempre en la República Dominicana. En efecto, resultaba del art. 15 de la ley del 27 de junio de 1896, que creó la Cámara de Cuentas, que solamente ésta era hábil para apreciar las pruebas del desfalco y someter al tribunal competente al funcionario o empleado responsable. Pero esta disposición, después de algunas excepciones que por violación a ella fueron formuladas ante los tribunales, fué irreflexivamente derogada, en vez de modificarse en el sentido de la ley francesa que exige solamente la declaración del **déficit** por la Cámara de Cuentas, cuya ventaja principal se refiere a la administración de la prueba, no subordinada ante este organismo a las condiciones del derecho común (84).

Actualmente la Cámara de Cuentas, por una de las más importantes leyes que en materia administrativa se han dictado, ha adquirido poderes de tribunal de conflictos contencioso-administrativos; pero, aunque respecto a las defraudaciones de los funcionarios y empleados públicos se le atribuyen amplias funciones de investigación, no se organiza un sistema de pruebas que sustituya al de derecho común—el

(83) Sentencia Suprema Corte dominicana del año de 1941.

(84) GARCON, C. P., Art. 169, Nos. 76 y sig., y art. 408, No. 588.

cual puede dificultar a veces el descubrimiento de la verdad— ni se exige, para la persecución en el crimen de desfalco, una decisión previa sobre el déficit, regla que en Francia legitima la doctrina con el principio de separación de los poderes.

§ II. PENALIDAD

Sumario: 32. Penas del desfalco. Multa y problemas.—33. Excusa atenuante de la restitución. Consecuencias.

32. El desfalco es castigado por el art. 4 de la ley que le concierne con las penas de reclusión y multa del tanto al triple de la suma desfalcada.

Pero si, con respecto a la multa, se interpreta el texto literalmente, resultaría que no sería aplicable a la distracción de cosas que no fueran dinero o que no tuvieran un valor representativo en dinero, interpretación ésta inadmisibles por los siguientes motivos: a) no aparece razón plausible alguna que justifique una diferencia tan grave en la penalidad entre los dos tipos de distracciones; b) la ley estatuye **de eo quod plerumque fit**: la multa tiene en esta infracción cierto carácter reparador y es a la vez una especie de talión, tradicionalmente usado en estas clases de distracciones como medio muy eficaz para prevenirlas, y c) se explica, por el origen de la ley, el empleo de la palabra suma como una ligereza del legislador al adaptar a nuestro país la Ley Federal norteamericana en la Orden Ejecutiva 89, pues es solamente en la penúltima sección —183— que aquella ley reemplaza la palabra suma, usada en todo el texto, por la de valor. Es bueno observar, por otra parte, que esta pena de multa es obligatoria en el desfalco, aunque el tribunal acoga en favor del acusado circunstancias atenuantes. En efec-

to, se trata de un hecho calificado crimen, de acuerdo con la naturaleza de la pena —reclusión— con que es castigado, y el art. 463 no se refiere en esta materia a multas.

El art. 4 declara, además, que en caso de insolvencia, se aplicará al **condenado**, sobre las penas enunciadas, un día más de reclusión por cada cinco pesos de multa sin que pueda en ningún caso ser esta pena **adicional** mayor de diez años.

Aquí la ley, a fuerza de ser clara, se hace incomprendible. Si preguntamos si lo que el texto establece es una forma de compensación de la multa pronunciada conjuntamente con la reclusión en virtud del párrafo inmediatamente anterior, responde que es una **pena adicional** y que se aplica sobre aquellas otras.

Será éste el primer caso en que le es permitido al intérprete desmentir las declaraciones categóricas y formales de la ley, pues no es cierto que se trate de una **pena**, porque expresando la ley que se aplicará “un día más de reclusión por cada cinco pesos de multa”, no hace sino establecer el modo de compensar ésta, ni es **adicional** porque no se agrega a la reclusión y a la multa, ni tampoco se aplica **sobre** estas penas.

33. La Ley de Desfalco dispone, en el art. 4, que el reintegro o la reparación antes de la denuncia tiene por efecto reducir las penas señaladas para el delito a un año de prisión correccional y la inhabilitación para cargos públicos durante cuatro años.

Las condiciones de esta excusa son dos: a) el reintegro de las cosas objeto de la infracción, o la reparación del daño (85); b) que estos hechos se realicen antes de la denun-

(85) El art. 4, tercer párrafo, dice: “En caso de reintegro del dinero o de **cualquiera** de los objetos desfalcados, ya sean muebles o inmuebles o la reparación en **cualquier** forma que sea del daño causado antes de

cia del caso a la justicia (86). Ambos elementos son comprobados por los jueces de fondo, pero deben hacerse constar en la sentencia, a pena de nulidad, a fin de permitir el control en casación (87).

Se trata, pues, de la misma infracción, un crimen castigado con reclusión y transformado en delito —según los principios de la doctrina dominante— por la sustitución de esta pena con una pena correccional. Una excusa atenuante dependiente de la voluntad del propietario de la cosa objeto del desfalco (88).

haberse denunciado el caso a la justicia etc.”. Pero es claro que no puede interpretarse literalmente en lo que se refiere al reintegro, esto es, en el sentido de que, si son varias las cosas objeto del delito, baste la entrega de una, puesto que tal interpretación sería contraria al fin de la ley, que es evitar un perjuicio real después de consumado el hecho.

Es curioso, sin embargo, observar que el Código Penal de Puerto Rico, que en el abuso de confianza combina su sistema con varias reglas del norteamericano, autoriza al juez a mitigar la pena cuando, antes de la denuncia, el acusado *restituye u ofrece restituir* la cosa distraída o apropiada o “cualquiera parte de la misma”. (C. P. de Puerto Rico, art. 454).

(86) Sobre este punto, es interesante la sentencia dominicana de casación extractada en la nota No. 37 de esta tesis, que parece reconocer que la excusa existe aunque el ministerio público hubiera iniciado la persecución por un informe de un inspector de correos y telégrafos, de donde resulta una distinción entre la denuncia y el informe. Naturalmente, la cuestión no fué objeto de incidente y pudo pasar inadvertida para la corte.

(87) Ver sentencia de la Suprema Corte de Justicia dominicana del 10 de Julio de 1918, (Bol. Jud. No. 97, p. 1) que, respecto a la excusa de la provocación, hace aplicación de esta regla, reconocida también, para las excusas en general, por la jurisprudencia francesa.

(88) Esta doctrina es sostenida por FAUSTIN HELIE, *Instr. Crim.*, t. 2, No. 1057; HAUS, *Princ. Gen. de Dr. Pen. Belge.*, t. 2, No. 1030, quienes la admiten aun en materia de circunstancias atenuantes; y por GARRAUD, *Tr. d'Instr. Crim.*, t. 2, 882 y 883. y GARCON, *C. P.*, art. 1, Nos. 42 a 45 y reenvíos quienes no la aceptan para las circunstancias atenuantes. La opinión contraria que ve siempre un crimen, aunque por la excusa la pena resulte correccional, es sostenida sin éxito por BERTAUD, *Cours de Droit Pénal*, págs. 390 y 621; MOLINIER, *Rev. crit.* 1851, pág. 251; LE SELLYER, *Traité de la Criminalité*, t. 2, 544; BRUM DE BILLARE,

Las consecuencias principales del principio sentado antes, son las siguientes:

1o.—El Juez de Instrucción debe enviar al prevenido ante el tribunal criminal, ya que él no tiene competencia para examinar la existencia de las excusas, facultad que corresponde exclusivamente al tribunal de fondo.

2o.—Delito por la transformación de la pena criminal en prisión correccional, la prescripción de la acción pública y de la pena se regirá por las reglas establecidas para los delitos.

Pero esta doctrina, si justa en sus principios, resulta inaceptable o por lo menos muy discutible en nuestro derecho, con relación a la incompetencia de las jurisdicciones de instrucción.

En efecto, la falta de competencia de la cámara de acusación para decidir sobre las excusas se funda, en Francia, sobre el art. 339 del Código de Instrucción Criminal reformado por la ley del 28 de abril de 1832, que exige, a pena de nulidad, que las excusas sean sometidas al jurado (89); pero esta disposición no fue recogida en la legislación dominicana, y, aceptado el principio de que la excusa transforma el crimen en delito, puesto que la pena establecida por la ley

Presc., 195, todos ellos citados por Garcon.

La jurisprudencia francesa, dice Garcon, no parece admitir ninguno de estos sistemas y sus decisiones dependen de distinciones en los casos particulares.

La Suprema Corte dominicana se ha adherido a la doctrina del delito, respecto a la excusa del homicidio, según sentencia del 14 de abril de 1920 (Bol. Jud. No. 117, pág. 3).

(89) El art. 339 ref., del Código de Instrucción Criminal francés dice así: "Cuando el acusado haya propuesto como excusa un hecho admitido como tal, el presidente debe, a pena de nulidad, presentar la cuestión al jurado con la fórmula: ¿Es constante tal hecho?". La modificación consiste en que la ley del 28 de Abril de 1932 agregó al antiguo art. 339 las palabras "a pena de nulidad", subrayadas.

es correccional, hay que aceptar todas sus consecuencias, mientras la ley excepcionalmente no se oponga (90).

Habrá que concluir, pues, dentro de esta doctrina, que el juez de instrucci3n y los tribunales correccionales son competentes para decidir sobre la excusa del reintegro o de la reparaci3n.

(90) Esta última opini3n puede apoyarse en varias sentencias dictadas por los tribunales franceses aun con posterioridad a la reforma del art. 339, respecto a la excusa de libertad en la prisi3n arbitraria, y citadas por Garcon en el art. 341, No. 72, haciendo notar que son anteriores a una sentencia contraria de la C. de Casaci3n del 9 de Diciembre de 1893 (D. 96. 1. 510): Metz, 23 mayo 1867 (D. 67. 2. 137); Bourges, 30 Dbre. 1870 (D.71.2.226); Caen, 28 junio 1871 (D.71.2.206); Largentier, 13 Dbre. 1870. En estas sentencias, que yo he verificado, no se presenta la cuesti3n como objeto de controversia sino como decidida tácitamente, al reconocer la competencia de los tribunales correccionales que, por otra parte, es de orden público.

Además, lo que es muy importante, se puede invocar para la excusa misma del reintegro o restituci3n en el desfalco la sentencia de la Suprema Corte dominicana del 37 de agosto de 1941, extractada en la nota No. 37 de esta tesis, de donde resulta reconocida también la competencia del tribunal correccional que dict3 la sentencia en primera instancia sobre citaci3n directa.

CONCLUSIONES

No es posible formular las numerosas conclusiones a que necesariamente he tenido que llegar en el estudio comparado de todos los tipos de infracciones del Código Penal que con el crimen de desfalco guardan estrecha analogía.

Basten las siguientes para responder al problema general formulado al comienzo de la tesis:

1.—La Ley de Desfalco prevé un tipo especial de abuso de confianza que se puede definir así: el desfalco consiste en la negligencia, falta o negativa, de parte de cualquier funcionario o empleado público, del cumplimiento de la obligación de restituir, dentro del tiempo y en la forma prescritos por las leyes y los reglamentos, las cosas de valor que ha recibido y tiene bajo su guarda y responsabilidad en virtud de la ley o por mandato de autoridad competente.

2.—La distracción o apropiación fraudulenta por los funcionarios y empleados públicos no está castigada directamente por la Ley de Desfalco, y, por tanto, estos hechos podrían ser castigados por los arts. 169 y siguientes, si la Orden Ejecutiva 89 no los hubiera derogado. Pero, derogados tácitamente por incompatibilidad con ella, la Ley de Desfalco, aunque derogó la Orden Ejecutiva 89, no pudo restablecer aquéllos.—

3.—Los arts. 173, 254, 255 y 408 pár. 3o. del Código Penal no han sido afectados por la Ley de Desfalco, tal co-

mo resulta del análisis paralelo que he hecho de los elementos de todas estas infracciones a lo largo de esta tesis.

4.—La Ley de Desfalco, adoptando una expresión técnica difícil de interpretar, deja incumplida su misión como mandato legislativo que, para tener eficacia, ha de ser primero comprendido tanto por aquellos que están obligados a obedecerlo como por los que tienen el deber de hacerlo cumplir.

SEGUNDA PARTE.

LEGISLACION EXTRANJERA

Ley Federal de los Estados Unidos de América.

**Sección 172. (Código Criminal, Sección 86).—REQUE-
RIMIENTO DE RECIBOS POR SUMAS MAYORES QUE
LAS PAGADAS.**— Cualquiera que, siendo funcionario, de-
pendiente, agente, empleado u otra persona encargada del
pago de cualquier apropiación hecha por el Congreso, pague
a cualquier dependiente u otro empleado de los Estados Uni-
dos, una suma menor que la provista por la ley y requiera de
tal empleado recibo, o dé factura por una suma mayor que
la actualmente pagada y recibida por él, es culpable de des-
falco y será multado con el doble de la suma así tomada de
cualquier empleado del Gobierno y castigado con prisión de
no más de 2 años.

**Sección 173. (Código Criminal, Sección 87).— OFICIA-
LES PAGADORES QUE USEN ILEGALMENTE UN DI-
NERO PUBLICO.**—Cualquiera que, siendo un oficial paga-
dor de los Estados Unidos, o una persona que actúe como
tal, convierta de algún modo para su propio uso, o preste,
con interés o sin él, o deposite, en cualquier lugar y de cual-
quiera manera que no sea como autoriza la ley, cualquier
dinero público confiado a él; o que, para cualquier fin que
no sea el prescrito por la ley, retire del Tesorero o de
cualquier depositario autorizado, o transfiera o aplique cual-
quiera porción del dinero público confiado a él, será con-

siderado culpable de desfalco del dinero así convertido, prestado, depositado, transferido o aplicado, y será multado con no más de la suma desfalcada o castigado con prisión de no más de 10 años, o ambas penas.

Sección 174. (Código Criminal, Sección 88).— FALTA DE LOS DEPOSITARIOS EN CONSERVAR DEBIDAMENTE LOS DEPOSITOS PUBLICOS. Si el Tesorero de los Estados Unidos, o cualquier depositario público, falta en conservar debidamente todos los dineros depositados por cualquier oficial pagador, o agente pagador, así como también los dineros depositados por cualquier receptor, colector u otra persona que tenga dinero de los Estados Unidos, será considerado culpable de desfalco de los dineros no conservados debidamente, y será multado con una suma igual al monto del dinero así desfalcado y castigado con prisión de no más de 10 años.

Sección 175. (Código Criminal, Sección 89).—USO ILEGAL DE LOS DINEROS PUBLICOS POR LOS GUARDIANES. Cualquier funcionario u otra persona, encargada por un Acta del Congreso para conservar debidamente los dineros públicos, que prestase, usase o convirtiese para su propio uso, o depositase en cualquier banco, o cambiase por otros fondos que no sean los especialmente permitidos por la ley, cualquiera porción de los dineros públicos confiados a él para conservarlos debidamente, será culpable de desfalco del dinero así prestado, usado, convertido, depositado, o cambiado, y será multado con una suma igual al monto del dinero así desfalcado y con prisión de no más de 10 años.

Sección 176. (Código Criminal, Sección 90).— FALTA DE RENDIR CUENTAS. Cualquier funcionario o agente de los Estados Unidos que habiendo recibido dinero público que no esté autorizado a retener como salario, pago o emolumento, deje de rendir sus cuentas del mismo, según está previsto por la ley, será considerado culpable de desfalco y

será multado con una suma igual al monto del dinero desfalcado y castigado con prisión de no más de 10 años.

Sección 177. (Código Criminal, Sección 91).— FALTA DE DEPOSITO SEGUN REQUERIDO. Quienquiera que, teniendo dinero de los Estados Unidos en su posesión o bajo su control, falte en depositar en manos del Tesorero o de algún depositario público de los Estados Unidos cuando sea requerido a hacerlo así por el Secretario del Tesoro o el jefe de cualquier otro departamento competente o por la Oficina General de Contabilidad, será considerado culpable de desfalco del mismo y será multado con una suma igual al monto del dinero desfalcado y prisión no mayor de 10 años.

Sección 178. (Código Criminal, Sección 92).— PERSONAS AFECTADAS. Las provisiones de las secciones 173 a 177, de este título, serán interpretadas para aplicar a todas las personas encargadas de conservar debidamente, transferir o desembolsar dinero público si tales personas son acusadas como receptoras o depositarias.

Sección 179. (Código Criminal, Sección 93).— EVIDENCIA DE DESFALCO. En el juicio de cualquiera acusación contra una persona por desfalco de dinero público, bajo cualquiera provisión de las secciones 173 a 178 de este título, serán evidencias suficientes *prima facie* para el propósito de demostrar un balance contra tal persona, el producir la transcripción de los libros y procedimientos de la Oficina General de Contabilidad, según se requiere en los casos civiles, bajo las provisiones para la liquidación de cuentas entre los Estados Unidos y los receptores de dinero público.

Sección 180. (Código Criminal, Sección 94).— EVIDENCIA PRIMA FACIE DE DESFALCO. La negativa de cualquiera persona, ya sea en la oficina o fuera de ella, encargada de conservar debidamente, transferir o desembolsar dinero público, a pagar cualquier letra, orden o resguardo girado contra él por la Oficina General de Contabi-

lidad por cualquier dinero público que tenga en sus manos, perteneciente a los Estados Unidos, no importa en qué calidad el mismo hay sido recibido o guardado, o a transferir o desembolsar tal dinero, prontamente, al requerimiento de cualquier funcionario autorizado, será considerado, en el juicio de cualquier acusación contra tal persona por desfalco, como evidencia prima facie de tal desfalco.

Sección 181. (Código Criminal, Sección 95).—EVIDENCIA DE CONVERSION. Si cualquier funcionario encargado del pago de dinero público acepta, recibe o trasmite a la Oficina General de Contabilidad, para ser admitido en su favor, cualquier recibo o factura de un acreedor de los Estados Unidos, sin haber pagado a tal acreedor en tales fondos como el funcionario los recibió para su pago o en tales fondos como haya sido autorizado por la ley a tomar en cambio, la suma completa especificada en tal recibo o factura, cada uno de tales actos es un acto de conversión por tal funcionario para su propio uso de la suma especificada en tal recibo o factura.

Sección 182. (Código Criminal, Sección 96).—BANQUERO QUE RECIBA, SIN AUTORIZACION, DEPOSITOS DE DINERO PUBLICO. Cualquier banquero, corredor, u otra persona no autorizada como depositario de dinero público que haya recibido, a sabiendas, de cualquier oficial pagador o colector de Rentas Internas u otro agente de los Estados Unidos, cualquier dinero público en depósito o por medio de préstamos o compensación, con interés o sin él, o de otro modo que no sea en pago de una deuda contra los Estados Unidos, o use, transfiera, convierta, apropie o aplique cualquiera porción de dinero público para cualquier propósito no prescripto por la ley; y cualquier presidente, cajero, contador, director u otro oficial de cualquier banco o asociación bancaria que viole cualquier provisión de esta sección, es culpable de desfalco del dinero público así depositado, prestado, transferido, usado, convertido, apropiado o aplicado, y

será multado con no más de las sumas desfalcadas o castigado con prisión de no más de 10 años, o ambas penas.

Sección 183. (Código Criminal, Sección 97).— DESFALCO POR FUNCIONARIOS (OFICIALES) DE RENTAS INTERNAS. Cualquier funcionario conectado con o empleado en el servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos, o cualquier asistente de tal funcionario que desfalque o indebidamente convierta para su propio uso cualquier dinero u otra propiedad de los Estados Unidos, y cualquier funcionario de los Estados Unidos, o cualquier asistente de tal funcionario, que desfalque o indebidamente convierta para su propio uso cualquier dinero o propiedad que haya venido a su posesión o esté bajo su control en ejercicio de tal función o empleo o bajo apariencia o pretensión de autoridad como tal funcionario o asistente, sea el dicho dinero propiedad de los Estados Unidos o sea de cualquiera otra persona o parte, será multado, si la ofensa no es de otro modo castigable por algún estatuto de los Estados Unidos, con no más del valor del dinero y propiedad así desfalcada o convertida, o castigado con prisión de no más de 10 años, o ambas penas.

Sección 188. (Código Criminal, Sección 101).— FALTA DE HACER DEVOLUCION O REPORTE. La negligencia o negativa de cualquier funcionario a hacer devolución o reporte, que esté requerido a hacer en tiempos determinados por cualquier Acta del Congreso o regulación del Departamento del Tesoro, además de sus cuentas dentro del tiempo prescripto por tal Acta o regulación, será multado con no más de \$1,000.00.

ALEMANIA.

La sustracción cometida por el depositario público, esto es, la distracción, cometida por un funcionario, de cosas que ha recibido o que tiene en custodia en razón de su calidad oficial (mas no en ocasión del ejercicio de su función o



en tanto que persona privada), aun cuando, recibéndolas o custodiándolas, traspase los límites de su competencia (C. P. I., pár. 350). Los “dineros” son objeto de una mención especial; pues, contrariamente a lo que existe para la distracción ordinaria, está regularmente prohibido al funcionario substituir (por otros valores) los dineros que ha recibido en razón de su calidad oficial, y por consiguiente es ya posible considerar como apropiación ilícita la confusión de dichos dineros con los suyos propios (pero no el simple hecho de cambiar el dinero).

Pena: Prisión con mínimo de tres meses; la degradación cívica según apreciación; la tentativa es castigable. La pena es agravada (reclusión hasta 10 años; en caso de circunstancias atenuantes, prisión con mínimo de 6 meses) cuando el funcionario, en la ejecución de la distracción, haya fraudulentamente llevado, falsificado o suprimido cuentas, registros o libros destinados al registro o al control de las entradas y gastos, o que haya presentado balances o extractos inexactos de estas cuentas, registros o libros o piezas justificativas inexactas, o cuando en fin haya, en la ejecución de la distribución, dado falsas indicaciones en cuanto al contenido de los sobres, bolsas o paquetes que encierran los fondos (C. P. I., pár. 351). En este caso, la prescripción no empieza a correr sino desde la consumación de la falsedad.

ARGENTINA.

Art. 260. Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

Art. 261. Será reprimido con reclusión o prisión de dos

a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia, le haya sido confiada por razón de su cargo.

Art. 262.— Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

Art. 263. Quedan sujetos a las disposiciones anteriores lo que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Art. 264. Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente.

En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

(Capítulo VII, Malversación de Caudales públicos, págs. 74 y 75, Código Penal de la Nación (Argentina), preparado por Augusto da Rocha, Librería "La Facultad", de Juan Rolán y Cía., Buenos Aires, 1934).

BELGICA.

Art. 240. Será castigado con la pena de reclusión cual-

quier funcionario u oficial público, o cualquiera persona encargada de un servicio público, que hubiese distraído dineros públicos o privados, efectos que los reemplazan, piezas, títulos, actos, efectos mobiliarios que estén en sus manos, sea en virtud o en razón de su cargo.

Si la distracción no excede de la fianza (prestada por el funcionario, etc.) el culpable será castigado con prisión de un mes a seis meses.

Las infracciones mencionadas serán punibles, además, con multa de 50 a 100 francos.

CUBA

A) Art. 420. El funcionario público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan, será sancionado:

1o. Con privación de libertad de seis meses y un día a dos años, si el valor de lo sustraído no excede de 100 pesos.

2o. Con privación de libertad de dos años y un día a cinco años, si excede de cien pesos y no pasa de 5.000.

3o. Con privación de libertad de cinco años y un día a diez años, si excede de 5.000.

B) Cuando, comprobada la existencia de la sustracción, no fuese posible fijar su cuantía, el Tribunal impondrá la sanción que estime procedente dentro de los límites establecidos en el inciso 2o. del apartado A), teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

C) En todos los casos, se impondrá además al culpable una sanción de interdicción absoluta por un período igual al de la privación de libertad que se le impusiere.

Art. 421. A) El funcionario público que por imprevisión, imprudencia, negligencia o impericia inexcusable, diere ocasión a que otra persona sustrajere los caudales públicos de cuya custodia estuviere encargado, incurrirá en una sanción de interdicción especial de seis meses y un día a tres años, y multa de cien a trescientas cuotas.

B) Si el funcionario culpable reintegrare, antes de abrirse el juicio oral, los caudales, valores o efectos sustraídos, o mediante su gestión se lograre dicho reintegro, la sanción no excederá de cien cuotas.

Art. 422. A) El funcionario público que con perjuicio o entorpecimiento del servicio distrajere de algún modo los caudales, valores o efectos puestos a su cargo, negociando con ellos o aplicándolos a usos propios o ajenos, será sancionado con privación de libertad de seis meses y un día a dos años, interdicción especial por igual período y multa de cien a doscientas cincuenta cuotas.

B) Si reintegrare los caudales, valores o efectos sustraídos, la sanción será de suspensión de tres meses a dos años y multa de noventa a doscientas cincuenta cuotas.

C) Si el hecho se ejecutare sin perjuicio ni entorpecimiento del servicio público, y hubiera habido reintegro, la sanción será de multa de sesenta a ciento cincuenta cuotas.

Art. 423. A) El funcionario público que, en connivencia con otro, sea o no funcionario o empleado público, autorizase u ordenase el pago de haberes que no corresponda abonar por no haberse prestado realmente el servicio, incurrirá en una sanción de interdicción absoluta de dos a seis años y multa de cien a trescientas cuotas.

B) Los que actuaren en connivencia con el funcionario público serán sancionados como autores del delito de estafa,

de acuerdo con la cuantía de la cantidad indebidamente percibida.

C) Si el pago indebido no hubiera llegado a efectuarse, el que actuare en connivencia con el funcionario público, será juzgado como coautor o cómplice del delito realizado por éste, según los casos, y la sanción aplicada será la multa de cien a doscientas cuotas.

Art. 424. A) El funcionario público que diere a los caudales públicos que administrare o custodiare o de cuya intervención estuviere encargado, una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados, será sancionado con interdicción especial de uno a cinco años y multa de cien a trescientas cuotas, si resultare daño o entorpecimiento del servicio. En caso contrario, será sancionado con interdicción especial de seis meses y un día a tres años, y multa de cien a doscientas cuotas.

B) El funcionario público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, no lo hiciera, incurrirá en interdicción especial de seis meses y un día a dos años y multa de cien a doscientas cuotas.

C) Igual sanción se aplicará al funcionario público que habiéndose ordenado por autoridad competente la devolución de una cosa puesta bajo su custodia o administración, rehusare hacer entrega de ella.

Art. 425. El funcionario público que requerido en forma legal no diere información y comprobación suficiente de la inversión de los caudales o efectos públicos bajo su custodia, o en cuya administración o inversión interviniere, por cualquier título, cualquiera que sea la naturaleza de dichos fondos, incurrirá en una sanción de privación de libertad de uno a cinco años, interdicción especial por igual período, y multa de cien a doscientas cuotas.

Art. 426. A) Para la imposición de las sanciones se-

ñaladas en este capítulo no será necesario que resulte determinada en el proceso la cuantía de la sustracción, ni que se haya dictado fallo previo por el Tribunal Administrativo del examen y revisión de las cuentas que rindiere o debiere rendir el procesado.

B) Las disposiciones de este Capítulo son extensivas:

1o. A los que se hallaren encargados, por cualquier concepto, de fondos, capitales, rentas, bienes o efectos provinciales, municipales o pertenecientes a establecimientos de instrucción, recreo o beneficencia.

2o. A los administradores o depositarios de valores embargados, secuestrados o sujetos a depósito por la autoridad pública o funcionario competente aunque pertenezcan a particulares.

3o. A los depositarios, empleados o agentes de los establecimientos de crédito, sociedades o empresas que por sus estatutos o por contrato con el Estado, la Provincia o el Municipio, tengan a su cargo la recaudación de impuestos o arbitrios, o el pago de las deudas del servicio de las mismas.

ESPAÑA

Art. 399 (405) El funcionario público que, por razón de sus funciones, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan, será castigado:

1o. Con la pena de arresto mayor en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo, si la sustracción no excediere de 100 pesetas.

2o. Con la de presidio menor en sus grados medio y máximo, si excediere de 100 pesetas y no pasara de 5.000.

3o. Con la de presidio mayor en sus grados mínimo y medio, si excediere de 5.000 pesetas y no pasara de 10.000.

4o. Con la de presidio mayor en sus grados medio y máximo si excediere de 10.000 pesetas.

En todos los casos, con la inhabilitación especial a inhabilitación absoluta.

Art. 400 (406) El funcionario público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectua-re por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos de que se trata en los números 2o. 3o. y 4o. del artículo anterior, incurrirá en la pena de multa equivalente al valor de los caudales o efectos sustraídos.

Art. 401 (407) El funcionario que con daño o entorpecimiento del servicio público aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa del 20 al 50 % de la cantidad que hubiera distraído.

No verificándose el reintegro, se le impondrán las penas señaladas en el artículo 399.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño o entorpecimiento del servicio público, incurrirá en las penas de suspensión y multa del 5 al 25 % de la cantidad distraída.

Art. 402 (408) El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas de inhabilitación especial y una multa del 5 al 50 % de la cantidad sustraída, si de ella resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, y en la de suspensión si no resultare.

Art. 403 (409) El funcionario público que debiendo ha-

cer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciere, será castigado con las penas de suspensión y multa del 5 al 25 % de la cantidad no satisfecha.

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

La multa se graduará en este caso por el valor de la cosa y no podrá bajar de 250 pesetas.

Art. 404 (410) Las aplicaciones de este Capítulo son extensivas a los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o perpetenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

NOTA: Los números entre paréntesis corresponden a los artículos del código en vigor antes de la reforma de 1932.

HOLANDA

Art. 359. El funcionario o cualquiera otra persona encargada de un servicio público permanente o temporal que voluntariamente distraiga dineros o valores en papel que detente en virtud de sus funciones, o que permita que sean sustraídos o malversados por otro, o que ayude a otro como cómplice a cometer tal acto, es punible con prisión de seis años

ITALIA

Art. 168. El funcionario público, que sustraiga o distraiga dineros u otros objetos mobiliarios de los cuales tiene la administración, en virtud de sus funciones, la percep-

ción o la guarda, será castigable con la interdicción por toda la vida del derecho de cumplir funciones públicas y con reclusión de tres a diez años y multa de 300 liras a lo menos.

Si el daño es de poca importancia, o cuando se ha operado la restitución integral antes de que la justicia haya sido informada, la interdicción será temporal y la reclusión de uno a cinco años.

MEXICO.

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

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

ARTICULO 221.— La sanción será de uno a seis meses de prisión, si dentro de los diez días siguientes a aquél en que se descubrió el delito, devolviere el reo lo substraído.

Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución, de la inhabilitación y de la multa correspondiente.

(Capítulo V, Peculado y Concusión, pág. 126, Código Penal (Mexicano), preparado por el Lic. Alfonso Teja Zabre, Ediciones Botas, México, 1938).

APENDICE

LEY DE DESFALCO

(Promulgada el 27 de junio de 1927)

Art. 1.—Los funcionarios o empleados nombrados por autoridad competente cuyo deber es cobrar o percibir rentas u otros dineros y responder de los mismos, deberán hacer los depósitos y remesas de tales fondos y rendirán cuentas de éstos dentro del período y del modo prescrito por las leyes y reglamentos.

Los funcionarios o empleados nombrados por autoridad competente, para pagar y desembolsar fondos públicos rendirán cuenta de ellos y devolverán los balances no gastados de tales fondos dentro del plazo y en la forma y manera prescrita por las leyes y reglamentos.

Los funcionarios o empleados nombrados por autoridad competente, para conservar, guardar o vender sellos de correo, sellos de Rentas Internas o papel sellado, remitirán el producto de tales ventas y rendirán cuentas de los sellos de correos, sellos de Rentas Internas y papel sellado que quedasen en su poder y de los cuales son responsables, dentro del período y en la forma y manera prescrita por el Poder Ejecutivo.

Los funcionarios o empleados que tienen por la ley o por mandato de autoridad competente, bajo su guarda y responsabilidad terrenos, edificios, útiles, muebles, equipos, materiales, suministros y otros valores, rendirán informe y cuenta de ellos dentro del período y en la forma y manera prescrita por las leyes y reglamentos.

Art. 2.—Los reglamentos vigentes o que en lo sucesivo dictase el Poder Ejecutivo, para los fines de esta Ley, se considerarán como parte de la misma y como tal registrarán.

Art. 3.—La falta, negligencia o negativa de cualquier funcionario o empleado en depositar o remitir fondos cuando deba hacerlo, o en devolver los balances cuando le sean pedidos; o a entregar a sus sustitutos en el cargo cuando o de cualquier otro modo sea ordenado entregarlos por autoridad competente, todos los sellos de correo, sellos de Rentas Internas, papel sellado, terrenos, edificios, útiles, muebles, equipos, materiales, suministros y otras cosas de valor de las cuales deba responder, será considerado como desfalco.

La apropiación por cualquier funcionario o empleado de cualquier dinero, propiedad, suministros o valor a un uso o fin distinto de aquel para el cual le fué entregado o puesto bajo su custodia; o la falta, negligencia o negativa a rendir la cuenta exacta del dinero recibido, sellos de correos, sellos de Rentas Internas, papel sellado, terrenos, edificios, útiles, muebles, equipos, materiales, suministros u otras cosas de valor, se tomará como evidencia PRIMA FACIE de desfalco, hasta prueba en contrario de tales artículos y de los cuales no se rinda cuenta.

Art. 4.—Cualquier funcionario o empleado público, convicto de desfalco, según se define en la presente ley, será castigado con una multa no menor de la suma desfalcada y no mayor de tres veces dicha cantidad y con la pena de reclusión.

En caso de insolvencia, se aplicará al condenado sobre las penas enunciadas, un día más de reclusión por cada cinco pesos de multa sin que pueda en ningún caso ser esta pena adicional mayor de diez años.

En el caso de reintegro del dinero o de cualquiera de los efectos desfalcados, ya sean muebles o inmuebles, o la reparación en cualquier forma que sea del daño causado, antes de haberse denunciado el caso a la Justicia, la pena será no menos de un año de prisión correccional y la inhabilitación para desempeñar cualquier cargo público durante cuatro años.

Art. 5.—Si el inculpado del crimen de desfalco, tal como lo prevé esta Ley, solicitare su libertad bajo fianza, el Tribunal que conozca de dicha solicitud no podrá acordarla, sino mediante el depósito de una fianza, igual al doble cuando menos de la suma desfalcada. Esta fianza quedará afectada por privilegio de pago de las restituciones y condenaciones pecuniarias que se pronuncien en contra del desfalcador.

Esta ley deroga la Orden Ejecutivo número 89, y cualquier otra Ley o parte de Ley en lo que le sea contraria.

ORDEN EJECUTIVA NUM. 89.

(Promulgada el 29 de Octubre de 1917)

1. Por virtud del poder de que está investido el Gobierno Militar de Santo Domingo se dispone por la presente que:

(a) Los funcionarios o empleados del Gobierno Dominicano cuyo deber es cobrar o percibir rentas u otros dineros y remitir y responder de los mismos deberán hacer los depósitos y remesas de tales fondos y rendirán cuentas de éstos dentro del período y de la manera prescrita por el Encargado de la Contaduría General de Hacienda; y

(b) Los funcionarios o empleados nombrados por autoridad competente para desembolsar los fondos públicos

Art. 2.—Los reglamentos vigentes o que en lo sucesivo dictase el Poder Ejecutivo, para los fines de esta Ley, se considerarán como parte de la misma y como tal registrarán.

Art. 3.—La falta, negligencia o negativa de cualquier funcionario o empleado en depositar o remitir fondos cuando deba hacerlo, o en devolver los balances cuando le sean pedidos; o a entregar a sus sustitutos en el cargo cuando o de cualquier otro modo sea ordenado entregarlos por autoridad competente, todos los sellos de correo, sellos de Rentas Internas, papel sellado, terrenos, edificios, útiles, muebles, equipos, materiales, suministros y otras cosas de valor de las cuales deba responder, será considerado como desfalco.

La apropiación por cualquier funcionario o empleado de cualquier dinero, propiedad, suministros o valor a un uso o fin distinto de aquel para el cual le fué entregado o puesto bajo su custodia; o la falta, negligencia o negativa a rendir la cuenta exacta del dinero recibido, sellos de correos, sellos de Rentas Internas, papel sellado, terrenos, edificios, útiles, muebles, equipos, materiales, suministros u otras cosas de valor, se tomará como evidencia PRIMA FACIE de desfalco, hasta prueba en contrario de tales artículos y de los cuales no se rinda cuenta.

Art. 4.—Cualquier funcionario o empleado público, convicto de desfalco, según se define en la presente ley, será castigado con una multa no menor de la suma desfalcada y no mayor de tres veces dicha cantidad y con la pena de reclusión.

En caso de insolvencia, se aplicará al condenado sobre las penas enunciadas, un día más de reclusión por cada cinco pesos de multa sin que pueda en ningún caso ser esta pena adicional mayor de diez años.



En el caso de reintegro del dinero o de cualquiera de los efectos desfalcados, ya sean muebles o inmuebles, o la reparación en cualquier forma que sea del daño causado, antes de haberse denunciado el caso a la Justicia, la pena será no menos de un año de prisión correccional y la inhabilitación para desempeñar cualquier cargo público durante cuatro años.

Art. 5.—Si el inculpado del crimen de desfalco, tal como lo prevé esta Ley, solicitare su libertad bajo fianza, el Tribunal que conozca de dicha solicitud no podrá acordarla, sino mediante el depósito de una fianza, igual al doble cuando menos de la suma desfalcada. Esta fianza quedará afectada por privilegio de pago de las restituciones y condenaciones pecuniarias que se pronuncien en contra del desfalgador.

Esta ley deroga la Orden Ejecutivo número 89, y cualquier otra Ley o parte de Ley en lo que le sea contraria.

ORDEN EJECUTIVA NUM. 89.

(Promulgada el 29 de Octubre de 1917)

1. Por virtud del poder de que está investido el Gobierno Militar de Santo Domingo se dispone por la presente que:

(a) Los funcionarios o empleados del Gobierno Dominicano cuyo deber es cobrar o percibir rentas u otros dineros y remitir y responder de los mismos deberán hacer los depósitos y remesas de tales fondos y rendirán cuentas de éstos dentro del período y de la manera prescrita por el Encargado de la Contaduría General de Hacienda; y

(b) Los funcionarios o empleados nombrados por autoridad competente para desembolsar los fondos públicos

rendirán cuenta de ellos y devolverán los balances no gastados de tales fondos dentro del plazo y en la forma y manera prescrita por el Encargado de la Contaduría General de Hacienda; y

(c) Los funcionarios o empleados nombrados por autoridad competente, para ser los guardianes y vender los sellos de correo, estampillas o papel sellado, remitirán el producto de tales ventas y rendirán las cuentas de ellos y de los sellos de correo, estampillas y papel sellado que quedasen en su poder y por los cuales son responsables, dentro del período y en la forma y manera prescrita por el encargado de la Contaduría General de Hacienda; y

(d) Los empleados o funcionarios que tienen por la ley o por mandato de autoridad competente, bajo su guarda y responsabilidad, terrenos, edificios, útiles, muebles, equipos, materiales, suministros y otras cosas de valor pertenecientes al Gobierno Dominicano, rendirán informes y cuentas de ellos dentro del período y en la forma y manera prescrita por el Encargado de la Contaduría General de Hacienda.

2. Los reglamentos vigentes o que en lo sucesivo dictase el Encargado de la Contaduría General de Hacienda con la aprobación de la Secretaría de Hacienda, para los fines de esta Orden, se considerarán como parte de la misma y como tal regirán.

3. El descuido, negligencia o negativa por parte de cualquier funcionario o empleado respecto al depósito o remisión de fondos vencidos, o respecto de la devolución de los balances al Fisco al ser éstos solicitados, o de la entrega a sus sustitutos en la misma oficina, o de otro modo, según orden de autoridad competente, de todos los sellos de correos, estampillas, papel sellado, terrenos, edificios, útiles, muebles, equipos, materiales, suministros u otras cosas de valor por las cuales son responsables, será considerado co-

mo un desfalco. Todo funcionario o empleado que se apropie fraudulentamente para cualquier uso o fin, fuera del debido cumplimiento legal de su cargo, cualquier dinero o propiedad en su posesión o bajo su control por virtud de su cargo, o se lo reserve con intención fraudulenta para apropiarlo para tal uso o fin, es culpable de desfalco. El descuido, negligencia o negativa respecto a la rendición de las cuentas correspondientes a dinero recibido, sellos de correo, estampillas, papel sellado, terrenos, edificios, útiles, muebles, equipos, materiales, suministros y otras cosas de valor, se tomará como evidencia PRIMA FACIE de desfalco de tales artículos recibidos y no entrados en la contabilidad.

4. Cualquier funcionario o empleado convicto de desfalco según se define en la presente Orden, será castigado con una multa no menos de la suma desfalcada y no más de tres veces dicha cantidad; o con encarcelamiento desde dos a cinco años, o con ambas penas según la gravedad del caso, el que el Tribunal decidirá a su discreción. En caso de insolvencia, se aplicará al condenado la pena de un día de prisión por cada cinco pesos de multa. En todos los casos se considerará el desfalco, tal como se define en la presente Orden, el ser de la competencia del Tribunal Criminal. El reintegro del dinero o de cualquiera de los efectos muebles o inmuebles que fueren objeto del desfalco, o la reparación en cualquier forma del daño causado, aún antes de haberse denunciado el caso a la Justicia, no exonerará al culpable de las penas prescritas en esta Orden para la ofensa cometida.

5. Esta disposición surtirá sus efectos a partir de esta fecha, y deroga toda otra ley o disposición o parte de ellas en lo que le sea contraria.

ORDEN EJECUTIVA NUM. 89.

(Versión Inglesa).

1. By virtue of the authority vested in the Military Government of Santo Domingo it is hereby ordered that:

(a) All officers or employees of the Dominican Government whose duty it is to collect or receive revenues or other moneys and remit and account for same shall make deposits and remittances of such funds and render accounts thereof within the periods and in the manner prescribed by the Encargado de la Contaduría General de Hacienda; and

(b) All officers or employees designated by competent authority to disburse public funds shall render accounts thereof and return any unexpended balances of such funds within the periods and in the form and manner prescribed by the Encargado de la Contaduría General de Hacienda; and

(c) All officers or employees designated by competent authority to be the custodian of or to sell postage stamps, internal revenue stamps, or stamped paper, shall remit the proceeds of such sales and render accounts thereof and of postage stamps, internal revenue stamps and stamped paper remaining on hand for which they are accountable, within the periods and in the form and manner prescribed by the Encargado de la Contaduría General de Hacienda; and

d) All officers or employees required by law or designated by competent authority to be custodian of and accountable for any lands, buildings, utilities, furniture, equipment, materials, supplies, or other things, of value belonging to the Dominican Government shall render reports and accounts thereof within the periods and in

the form and manner prescribed by the Encargado de la Contaduría General de Hacienda.

2. The regulations now in force, or which may hereafter be prescribed by the Encargado de la Contaduría General de Hacienda, with the approval of the Secretaría de Hacienda, for the purposes of this order shall be considered as a part hereof and as such shall have full force and effect.

3. Failure, neglect, or refusal on the part of any officer or employee to deposit or remit funds when due, or to return balances upon demand to the public treasury, or to deliver to their successor in office or otherwise as directed by competent authority, all postage stamps, internal revenue stamps, stamped paper, lands, buildings, utilities, furniture, equipment, materials, supplies, or other things of value for which they are accountable, shall constitute embezzlement. Every officer or employee who fraudulently appropriates to any use or purpose not in the due and lawful execution of his trust, any money or property which he has in his possession or under his control by virtue of his trust, or secretes it with a fraudulent intent to appropriate it to such use or purpose, is guilty of embezzlement. The failure, neglect or refusal to render the proper accounts for money received, postage stamps, internal revenue stamps, stamped paper, lands, buildings, utilities, furniture, equipment, materials, supplies, or other things of value shall be held to be *prima facie* evidence of embezzlement of such articles received and not accounted for.

4. Any officer or employee convicted of embezzlement as herein defined shall be punished by a fine of a sum not less than the amount embezzled nor more than three times such amount, or by imprisonment for a term of from two to five years, or by both such fine and imprisonment according to the seriousness of the offence,

in the discretion of the Court. In case of insolvency the convicted person shall be imprisoned one day for each five dollars of the fine imposed. All cases of embezzlement as defined in this order shall be understood to be within the jurisdiction of the Criminal Courts. The payment or return of the money or other articles embezzled, or the reparation in any manner of the damage caused, even prior to the filing of a complaint in Court, shall not relieve the offender from a criminal liability for the offence committed.

5. This order shall take effect this date, and all laws or part of laws inconsistent herewith are hereby repealed.

SIPNOSIS COMPARATIVA DE LOS TEXTOS DE LA
LEY FEDERAL Y DE LA ORDEN EJECUTIVA NO. 89
FRENTE A LA LEY DE DESFALCO.

LEY FEDERAL

CONVERSION O APROPIACION:

A) Para su propio uso, del dinero público.

Desfalco: Oficiales pagadores. Pena: 10 años de prisión o multa no menor de la suma desfalcada o ambas penas. (Sec. 173).

B) Para su propio uso, del dinero público.

Desfalco: Cualquier funcionario o persona encargada por la ley de conservar el dinero. Pena: multa igual a la suma desfalcada y prisión no mayor de 10 años. (Sec. 175).

C) Para uso propio o desfalco de dinero o propiedad de los Estados Unidos o de otra persona por todos los funcionarios o empleados del Servicio de Rentas Internas, o asistentes de éstos u otra persona conectada con el mismo servicio.

Desfalco: Multa no mayor de la suma desfalcada o prisión no mayor de 10 años, o ambas penas. (Sec. 183).

FALTA DE:

A) Restituir o entregar

Desfalco: Todos los depositarios de dinero de los EE. UU. Pena: 10 años y multa igual a la suma desfalcada. (Sec. 177).

B) Rendir cuentas

Desfalco: Todos los funcionarios o agentes que recibían dinero de los EE. UU. Pena: 10 años y multa igual a la suma desfalcada. (Sec. 176).

NEGATIVA A:

A) Restituir

Delito especial: Cualquier funcionario. Pena: multa de \$1,000.00. (Sec. 180).

Además, prueba "prima facie" del desfalco. (Sec. 180).

B) Rendir cuenta

Delito especial: Cualquier funcionario. Pena: multa de \$1,000.00. (Sec. 188).

NEGLIGENCIA EN:

A) Restituir o entregar

Delito especial: Cualquier funcionario. Pena: multa de \$1,000.00. (Sec. 188).

B) Rendir cuentas

Delito especial: Cualquier funcionario. Pena: multa de \$1,000.00. (Sec. 188).

OTROS HECHOS:

A) Falta de conservar debidamente

Desfalco: El Tesorero de los Estados Unidos o cualquier depositario. Pena: multa igual al desfalco y prisión no mayor de 10 años. (Sec. 174).

B) Préstamos, depósitos en lugares o formas no autorizadas, retiro, transferencia o aplicación para un fin distinto al legal, o el cambio de fondos no permitidos por la ley.

Desfalco: Oficiales pagadores o personas que actúen como tales y en general cualquier funcionario o encargado por la ley de conservar dinero público. Pena: multa no mayor de la suma desfalcada o prisión no mayor de 10 años, o ambas penas. (Sec. 173 y 175).

C) Pagos de sumas menores que las autorizadas en

las leyes dando recibo o factura por una suma mayor.
Desfalco: Cualquier agente público o persona encargada de un pago. Pena: multa del doble de la suma y prisión no mayor de 2 años. (Sec. 172).

D) **Recibir a sabiendas dinero público de un agente de los EE. UU. por parte de cualquier banco u otra persona no autorizada, en calidad de depósito, préstamo o compensación o de otro modo que no sea el pago de una deuda de los EE. UU.**

Desfalco: Multa no menor de la suma desfalcada o prisión no mayor de 10 años, o ambas penas. (Sec. 182).

E) **El uso, transferencia, conversión, apropiación o aplicación por parte de cualquier banco u otra persona no autorizada, del dinero recibido en las condiciones indicadas antes.**

Desfalco: la misma pena. (Sec. 182).

PRUEBAS DEL DESFALCO:

A) **Las transcripciones de los libros y los formularios (procedimientos) de la Oficina General de Contabilidad: prueba “prima facie” del déficit en los casos de las secciones 173 a 178 (Sec. 179).**

B) **La negativa a restituir: prueba “prima facie” del desfalco. (Sec. 180).**

C) **La aceptación o recepción de recibos o facturas sin pagarlos, o la transmisión de éstos a la Oficina General de Contabilidad para que sean admitidos en su favor: prueba de la conversión. (Sec. 181).**

NOTA. En la Sección No. 178 se extienden las provisiones de las secciones 173 a 177 a todas las personas encargadas de conservar, transferir o desembolsar dinero público si se les acusa en calidad de receptoras o depositarias. (Sec. 178).

ORDEN EJECUTIVA No. 89

APROPIACION O RESERVA FRAUDULENTO:

Para cualquier uso o fin distinto al debido.

Desfalco: Cualquier funcionario o empleado. Pena: multa o prisión de 2 a 5 años, o ambas penas. (Arts. 3 y 4).

FALTA DE: (Traducido "descuido")

A) Restituir o entregar

Desfalco.

B) Rendir cuentas

Prueba Prima Facie (Art. 3).

NEGATIVA A:

A) Restituir o entregar

Desfalco (Art. 3 inc. 1).

B) Rendir cuentas

Prueba Prima Facie (Art. 3, inc. último).

NEGLIGENCIA EN:

A) Restituir o entregar

Desfalco (Art. 3, inc. 1).

B) Rendir cuentas

Prueba Prima Facie (Art. 3, inc. último).

LEY DE DESFALCO

APROPIACION:

Para un uso o fin distinto de aquél para el cual fué entregada la cosa.

No prevista directamente como delito; prueba "pri-

ma facie" (Art. 3, p. 2).

—Orden Ejecutiva 89; Desfalco (exigiendo formalmente el fraude).

—Ley Federal: Desfalco.

FALTA DE:

A) Restituir o entregar

Desfalco: Multa no menor de la suma desfalcada ni tres veces mayor, y 5 años de reclusión. (Art. 3, inc. 1).

—Orden Ejecutiva 89: Desfalco.

—Ley Federal: Desfalco.

B) Rendir cuenta (exacta)

Prueba "prima facie":

—Orden Ejecutiva 89: prueba "prima facie".

—Ley Federal: Desfalco.

NEGATIVA A:

A) Restituir o entregar

Desfalco (Art. 3, p. 1)

—Orden Ejecutiva 89: Desfalco.

—Ley Federal: delito especial castigado con \$1,000.00 de multa, y prueba "prima facie".

B) Rendir cuenta (exacta)

Prueba "prima facie":

—Orden Ejecutiva 89: prueba "prima facie"

—Ley Federal: delito especial castigado con \$1,000.00 de multa.

NEGLIGENCIA EN:

A) Restituir o entregar

Desfalco: (Art. 3, p. 1).

—Orden Ejecutiva a 89: Desfalco.

—Ley Federal: delito especial castigado con \$1,000.00 de multa.

B) Rendir cuenta (exacta)

Prueba "prima facie".

—Orden Ejecutiva 89: prueba "prima facie".

—Ley Federal: delito especial castigado con
\$1,000.00 de multa.

BIBLIOGRAFIA

BLANCHE (Antoine), *Etudes Pratiques sur le Code Pénal*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, París, 1888.

BOLETINES de la Suprema Corte de Justicia.

BONIER (), *Traité des Preuves*.

BULLETINS de la Cour de Cassation Française (Cr.).

CAPITANT (Henri), *Vocabulaire Juridique*, Les Presses Universitaires de France, París, 1930.

CODE OF THE LAWS of The United States of America (The), 1934 Edition, United States Government Printing Office, Washington, 1935.

COLECCION de Gacetas Oficiales.

COLECCION de Leyes, Decretos y Resoluciones de la República Dominicana.

CORPUS JURIS (Norteamericano), The American Law Book Co., Nueva York, 1920.

COVIELLO (Nicolás), *Doctrina General del Derecho Civil, (Italiano)*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938.

CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, de Kriegel, Hermann y Osenbruggen, traducción y notas de Ildefonso García del Corral, Jaime Molinas, Editor, Barcelona, 1889.

CHAVEAU et Helie, *Théorie du Code Pénal*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, París, 1872.

DABIN (Jean), *La Technique de l'Elaboration du Droit Positif*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1935.

DALLOZ, *Code d'Instruction Criminelle*, Bureau de la Jurisprudence Générale, Paris, 1898.

DALLOZ, *Code Pénal Anoté*, Libraire Dalloz, Paris.

DALLOZ, *Periódico*, Bureau du Jurisprudence Générale, Paris, 1856.

DALLOZ, *Repertorio*, Bureau du Jurisprudence Générale, Paris, 1852.

ENNECERUS (Ludwig) *Derecho Civil (Alemán)*, Traducido de la 39a. edición alemana, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1934.

FUZIER-HERMAN, *Repertorio*, Librairie de la Societé du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, 1897.

GARCON (E.), *Códe Pénal Anoté*, Librairie de la Societé Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1901-1906.

GARRAUD (R.), *Droit Pénal Francais*, Recueil Sirey, Paris, 1913-1924.

GARRAUD (R.), *Precis de Droit Criminel*, L. Larase et Forcel, Paris, 188.

GARRAUD (R.), *Traité Theorique et Pratique d'Instruction Criminelle*, Societé du Recueil J. B. Sirey, Paris, 1909.

GEETING (John Fickey), *Criminal Procedure*, Vol. III de *American Law and Procedure*, Lassalle Extension University, Chicago, 1918.

- GENY (Francois), *Science et Technique en Droit Privé Positif*, Recueil Sirey, París, 1921.
- GOMEZ, hijo (Ml. Ub.), *Repertorio Alfabético de la Jurisprudencia Dominicana*, Talleres Gráficos de Fernando Soler Queral, Palma de Mallorca, 1935.
- GOODNOW (F. J.), *Les Principes de Droit Administratif des Etats Unis*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1923.
- HAUS (P.), *Principes Generaux du Droit Pénal Belge*, Etablissements Emile Bruylant, Bruselas, 1879, Tercera Edición.
- HELIE (Faustin), *Códe Pénal Anoté*, Librairie de Juris-Classeurs, París, 1920.
- HELIE (Faustin), *Traité d'Instruction Criminelle*, Henri Plon, París, 1866.
- HEDEMANN (Justus Wilhelm), *Las Presunciones en el Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931.
- JENKS (Edward), *El Derecho Inglés*, Editorial Reus, (S. A), Madrid, 1930.
- JEZE (Gastón), *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Editorial Reus, S. A. Madrid, 1928.
- MEYER-LUBKE (W) ., *Romanisches Etymologisches Wörterbuch*, Carl Winters Universitasbuchhandlung, Heidelberg, 1935.
- MIGUEL (Raimundo de), *Diccionario Etimológico Latino-Español*, Saenz de Jubera Hermanos, Madrid, 1931.

NERINCX (Alf.), *L'Organisation Judiciare aux Etats-Unis*, V. Giard & E. Eriére, París, 1909.

OCKENS (Guillermo), *Historia Universal*, Montaner y Simon, Barcelona, 1934. (Bibl. del autor).

OGILVIE (John), *English Etymological Dictionary*, Blackie & Son, Londres.

PANDECTES FRANCAISES, *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, París.

ROOD (John Romain), *Criminal Law*, Vol III de *American Law and Procedure*, La Salle Extension University, Chicago, 1918.

ROSELL (Pedro), *Lecciones de Derecho Civil Comparado*, Ciudad Trujillo, 1943.

RULING CASE LAW, Vols. 8 y 9, Edward Thompson Company, Northport, Nueva York, 1915.
Ciudad Trujillo, 1938. (Bibl. del autor).

SAILLARD (Henry), *De l'Abus de Confiance*, (Monografía), *Librairie des Juris-Classeurs* —:— Editions Godde, París, 1928.

SEITZ (Emile-E.), *Les Principes Directurs de la Procedure Criminelle de l'Angleterre*, Rousseau & C.a., París, 1928.

TRONCOSO DE LA CONCHA, (M. de J.), *Elementos de Derecho Administrativo*, Imprenta Listín Diario, Ciudad Trujillo, 1938.

VAN SWINDEREN, *Droit Pénal dans les Pays-Bas et a l'Etranger*, Groningúe, 1894.



INDICE

Página

DEDICATORIA	5
INTRODUCCION	7

PRIMERA PARTE

Desarrollo de la Tesis

SECCION PRIMERA: GENERALIDADES

§ I. PROBLEMAS	9
1. Planteamiento del problema.— 2. Problemas particulares.	
§ II. NOCION HISTORICA Y ESTRUCTURA DE LA LEY	12
3. Importancia de la noción histórica. I. Derecho romano. II. Derecho francés. III Derecho dominicano.— 4. Estructura de la ley de Desfalco. Comparación entre la construcción legislativa en el derecho consuetudinario y en el derecho escrito.	

SECCION SEGUNDA: ELEMENTOS DE LA INFRACCION

§ I. DEFINICION DE LA INFRACCION	20
5. Definición de la infracción. I. Ley de Desfalco. II. Derecho norteamericano. Otras formas de la infracción en la Ley Federal.	
§ II. CALIDAD DEL AGENTE	23
6. Calidad del agente. I. Ley Federal. II. Orden Ejecutiva 89. III. Ley de Des-	

falco.— 7. Funcionarios de hecho. No-
ción. I. Derecho norteamericano. II.
Derecho francés y derecho dominica-
no.— 8. Comparación del desfalco con
otras especies de abuso de confianza
del Código Penal.

§ III. TITULO EN CUYA VIRTUD DEBEN SER RECI-
BIDAS LAS COSAS 29

9. Título en cuya virtud deben ser recibi-
das las cosas objeto de la infracción.
I. Código Penal. II. Ley Federal. Or-
den Ejecutiva 89. III. Ley de Desfal-
co.— 10. Entrega real o ficticia. I. Cód-
igo Penal. II. Derecho norteamericano
y Ley Federal. III. Orden Ejecutiva
89. IV. Ley de Desfalco.— 11. Com-
paración del desfalco con las demás es-
pecies de abuso de confianza del Código
Penal.

§ IV. COSAS OBJETO DEL DESFALCO 28

12. Bienes públicos y bienes privados. I. Có-
digo Penal. II. Derecho norteamericano
y Ley Federal. III. Orden Ejecutiva
89. IV. Ley de Desfalco.— 13. Bie-
nes muebles e inmuebles y condicio-
nes.— 14. Comparación del desfalco
con las demás especies de abuso de
confianza del Código Penal.

§ V. HECHOS MATERIALES DEL DESFALCO 46

15. Hechos calificados desfalco y presun-
ciones.— 16. Distracción o apropia-
ción fraudulenta. Derecho norteameri-
cano. Orden Ejecutiva 89. Ley de Des-
falco.— 17. Negligencia en restituir.
Diferencia con la negligencia en la con-



servación.— 18. Falta de restitución. Diferencia con la negligencia en restituir.— 19. Negativa de restitución. Diferencia con la falta de restitución.— 20. Mora. Formas. Diferencia con el déficit. I. En la negligencia en restituir. II. En la falta de restitución. III. En la negativa de restitución.

§ VI. ELEMENTO MORAL 62

21. Determinación de este elemento y confusión. I. Principios generales de la responsabilidad penal en el derecho angloamericano y paralelismo de éstos con los del derecho dominicano. II. Distinción de los hechos calificados desfalco.— 22. Negligencia en restituir. Dos opiniones.— 23. Falta y negativa de restitución. I. Ausencia de Falta. II. Doctrinas. De la falta. De la intención.— 24. Concepto de la intención fraudulenta.— 25 Prueba. Régimen de la Ley de Desfalco. Régimen del Código Penal. I. Cuerpo cierto. II. Cosas fungibles. III. Jurisprudencia.

SECCION TERCERA

§ I. PRESUNCIONES LEGALES 107

26. Enumeración de las presunciones y observación.— 27. Apropiación de la cosa.— 28.— Negligencia, falta o negativa de rendición de cuentas.

SECCION CUARTA: LA ACCION PUBLICA Y LA PENA EN EL CRIMEN DE DESFALCO.

§ I. CUESTIONES PREVIAS. 111

29. Principio.— 30. Iniciativa del ministe-



rio público.— 31. Cuestiones previas.—
 I. Excepciones previas. Principio. A)
 Bienes privados. B) Bienes públicos.—
 II. Excepciones prejudiciales.

§ II. PENALIDAD	115
32. Penas del desfalco. Multa y problemas.—	
33. Excusa atenuante de la restitución. Consecuencias.	

SEGUNDA PARTE

Legislación Extranjera

LEY FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	123
ALEMANIA	127
ARGENTINA	128
BELGICA	129
CUBA	130
ESPAÑA	133
HOLANDA	135
ITALIA	135
MEXICO	136

A P E N D I C E

LEY DE DESFALCO	137
ORDEN EJECUTIVA No. 89:	
Texto español	139
Versión inglesa	142
SINOPSIS COMPARATIVA DE LOS TEXTOS DE LA LEY FEDERAL Y DE LA ORDEN EJECUTIVA No. 89 FRENTE A LA LEY DE DESFALCO	145
BIBLIOGRAFIA	151



