



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“ EL DELITO DE PECULADO ”



**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JOSE SANCHEZ GAVITO TOVAR**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

CAPITULO I

FORMACION HISTORICA DEL DELITO.....	1.
1.- Origen del concepto y evolución.	1.
2.- Diferencias y semejanzas con el delito de abuso de confianza.	3.

CAPITULO II

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE PECULADO EN NUESTRO DERECHO.....	8.
1.- Ubicación de los delitos en nuestro Código penal en vigor.	8.
2.- Origen y primitiva redacción.	10.
3.- Reformas posteriores a 1871.	12.
4.- Reforma del cinco de enero de 1983.	16.
5.- Diversos aspectos de la descripción típica de este delito en las legislaciones de los Estados.	21.

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE PECULADO.....	25.
1.- Motivos que impulsan a la comisión del delito.	25.
2.- Presupuestos del delito.	27.
3.- Objetividad jurídica y estructura general del delito.	34.

CAPITULO IV

ANALISIS DE LAS FORMAS DE COMISION DEL DELITO DE PECULADO.....	38.
1.- Diversas modalidades del delito de peculado.	38.
2.- Distracción de dinero, valores, fincas u otras cosas pertenecientes al Estado.	41.

3.- Utilización indebida de fondos públicos o beneficios otorgados para promoción política o denigración de persona.	51.
4.- Gestión previa a la realización de promociones o denigraciones a cambio de fondos públicos.	55.
5.- Distracción de los bienes dados en custodia a persona que no es servidor público.	58.
6.- Legislación comparada.	61.
CONCLUSIONES	67.

CAPITULO I

FORMACION HISTORICA DEL DELITO

- 1.- Origen del concepto y evolución
- 2.- Diferencias y semejanzas con el delito de abuso de confianza.

FORMACION HISTORICA.

1.- Origen del concepto y evolución.

La palabra peculado, viene del latín "peculatus" de "peculari", robar los caudales públicos. La raíz común de dichas voces, así como de -peculio y de pecunia (dinero), es "pecus" (ganado), pues primitivamente, -pecunia significaba riqueza en ganados, ya que este servía al Estado y a los particulares como medio de cambio y común medida de valores, así como el "locuples" era el rico en tierras, las cuales también eran otra medida de valor. Se dice que Servio Tulio, sexto rey de Roma, hizo marcar las -- primeras monedas de su tiempo ostentando la figura de una cabeza de vaca o de oveja, lo que viene a comprobar la primacía en que en aquella época se le daba al ganado como medida característica de riqueza.

Desde sus orígenes en el derecho de Roma, aparece el "peculatus", como hurto agravado, en cuanto hurto de cosas muebles públicas, esto es perteneciente al Estado. La sustracción del dinero público, ya sea del Erario o de cualquier otra caja pública constituye la forma más importante de peculado.

Posteriormente aunque el "peculatus" sigue atendiendo la calidad de las cosas sobre las que recafa, se extiende y cobra más amplitud - al comprender toda serie de defraudaciones contra los fondos públicos, -- aún diferentes a la mera sustracción de los mismos, como acuñar más moneda pública de la autorizada y otros fraudes comunes y monetarios.

Finalmente no sólo atendió la calidad o carácter de los bienes en tutela, sino además consideró la calidad del agente, es decir comenzó a proteger al Estado del funcionario que actuaba con deslealtad abusando de su situación privilegiada. (1).

Se puede observar que el peculado más bien era asociado con el hurto, sin embargo la ley Julia reglamentó lo que ahora viene a ser el delito actual de peculado, en las legislaciones como la Española y la Argentina y que en nuestro derecho constituye el delito de uso indebido de ---

(1) Peculado (de bienes públicos y trabajos o servicios). Daniel P. Carrera. Ed. de Palma. Buenos Aires 1968. P.4

atribuciones y facultades, éste era el "residuis", dar otro destino al dinero o anotar en los registros públicos sumas inferiores a las recogidas, pero desde entonces es una conducta que resulta menos grave que el peculado, protegiendo a partir de esa época, los bienes que quedaban en poder de alguien después del ejercicio de sus funciones y que debía restituir con la rendición de cuentas. Respecto a los bienes, resultaba común que en este período se confundieran los bienes propiamente públicos y los bienes religiosos, destinados al culto o "res sacrae", por lo que el "peculatus" y el "sacrilegium" se encontraban estrechamente ligados.

Esta figura siempre se ha considerado de gran gravedad y -- por ende desde los primeros tiempos se implementaron fuertes castigos. Ya el Código de Manú recomendaba al rey que se castigase con la muerte a todos aquellos que robaron sus tesoros. En Roma, se reprimió con la "interdictio aere et igni", deportación, sin embargo Ulpiano agrega -- que a los jueces se les castigaba con la muerte y a los que ayudaban, o los que a sabiendas recibieran de ellos las cantidades sustraídas, se les castigaba con el trabajo forzado en minas.

En una segunda etapa, siguió reprimiéndose severamente. Los nombres de los peculadores, en Venecia, se esculpían en planchas de -- mármol, para infamia eterna y después como reacción contraria a este rigor excesivo, la represión se suavizó en el siglo XVIII penalizando a este delito como al hurto y aún más leve. (2).

En España, la legislación de Partidas defendió al Erario y -- consideró a este delito como una ofensa a la autoridad real y también -- castigó con la muerte al recaudador de impuestos que los hurtara, o al oficial del rey que tuviese algún tesoro en guarda, a los jueces, a -- los que ayudaran o a los encubridores.

Igualmente, partiendo de las legislaciones italianas, la No -- vísima Recopilación castigó con el mismo rigor, defendiendo al Erario -- por la necesidad pública de conservar las rentas y derechos y aún res-

(2) Tratado de Derecho Penal. Segunda parte. De los Delitos en Especial. V. III. P. 132. Vincenzo Manzini. Ediar. Buenos Aires 1961.

tituir al Estado.

El Código Penal español de 1822, una vez suavizado el excesivo rigor, castigó la malversación con pena de privación de la libertad, declaración de infamia y la obligación de restituir lo malversado. (3).

Por último, antes de continuar con nuestro estudio, es importante destacar que la designación a este delito se utiliza en la mayoría de las legislaciones, por ejemplo: Italiana, Argentina, Uruguay, Brasileña, Mexicana, etc. Sin embargo el Código Español emplea la voz malversación.

Dicha voz deriva del latín, "male", mal y "versare", volver. - Es decir que es una inversión ilícita de los caudales ajenos que alquien tiene a su cargo. (4).

Se considera que esta expresión es demasiado amplia y por tanto imprecisa por genérica, pues comprende toda forma de inversión, pudiendo encuadrarse las propias inversiones públicas, en cuyo caso, nuestro derecho las tipifica como delito de uso indebido de atribuciones y facultades, lo que resulta adecuado pues este tipo de inversiones merecen un trato diferente, además de que resultan de menos gravedad que el delito de -peculado.

2.- Diferencias y semejanzas con el delito de abuso de confianza.

A pesar de como hemos visto en el capítulo anterior, el peculado en sus orígenes se consideró como un robo de cosas públicas o religiosas, no es con este delito con el cual guarda mayor similitud, porque al transcurrir el tiempo evolucionó para comprender las diversas defraudaciones a las cajas públicas, para que finalmente adquiriera las características que actualmente contempla, es decir una sustracción abusiva cometida por aquel individuo a quien el Estado deposita su confianza para el desarrollo de sus funciones.

- (3) Únicamente se mencionan las legislaciones de Roma, España e Italia pues son las que propiamente influyeron a la nuestra.
- (4) Diccionario Enciclopédico Hispano-Mexicano - Plaza & James Editores España 1980.

Es así, como definitivamente el delito de peculado viene a ser un delito que se asemeja en mucho con el de abuso de confianza.

Se ha discutido sobre si el peculado es un abuso de confianza (apropiación indebida de otros códigos) cualificado por la persona del agente o si entre ambas infracciones hay diferencias de mayor relieve, en consideración a que en las dos figuras delictuosas el agente tiende previamente a la realización de la conducta en que consisten, a la posesión de la cosa y en las dos se les lesionan derechos ajenos sobre la cosa poseída. Entre los autores italianos, Angelotti ha sostenido que entre peculado y apropiación indebida sólo existe la distinción motivada por la cualidad ocasional o permanente del sujeto activo y por razón de la confianza. Otros autores parifican las dos infracciones punibles al grado de encontrar en ellas una exacta coincidencia. Así por ejemplo Petrocelli, para quien el peculado no es "en su genérica configuración sino una apropiación indebida cometida por un oficial público". Por el contrario Levi, -- analizando el vigente derecho italiano, encuentra distinciones de mayor envergadura en cuanto al presupuesto de la posesión, por lo que se refiere al verbo típico, etc.

Es importante observar que en este sentido hay dos condiciones que hacen al delito de peculado como calificado, la calidad en el agente y la calidad de los bienes que se protegen, sin embargo en la actualidad estas condiciones se han extendido, en primer lugar porque sujeto activo pueden serlo también particulares, siempre y cuando manejen fondos públicos o realicen la conducta prevista en la fracción III del artículo 223 de nuestro Ordenamiento Criminal y además porque desde tiempo atrás nuestro derecho protege las cosas privadas que custodia el Estado a través de su Administración.

No obstante lo señalado, podemos afirmar correctamente que la protección de los bienes de naturaleza privada, indudablemente se atiende en el delito de abuso de confianza y la pena de este delito nunca alcanzará a los sujetos por su calidad de servidores públicos.

Por lo tanto, en el delito de peculado debe existir una rela--

ción de autoridad con respecto a los fondos, pues constituye un abuso de las funciones públicas, mientras que en el abuso de confianza no existe tal relación, en virtud de que en este se atiende motivos cuya naturaleza incumbe al derecho privado.

Esta conclusión nos llevará forzosamente a distinguir ambos delitos, pero también encontraremos coincidencia plena en el presupuesto común de previa posesión a la conducta infractora, tomando en cuenta que en el delito de peculado se confían los bienes en razón del cargo o servicio, frente a cualquier otro motivo en el abuso de confianza. (5).

Lo último obliga a una segunda reflexión y consiste en que en el abuso de confianza la apropiación puede originarse en base a una transmisión de dominio, cuyo origen sea un contrato laboral, existiendo en este caso similitud con el peculado, pues al servidor público sólo puede imputársele delito, respecto de los fondos en custodia en sus funciones de autoridad y en el otro delito, se le imputará tal, sólo al que directamente este obligado a custodiar, conforme a su relación de trabajo.

Dicho de otro modo en ambos delitos tendrá clara influencia la división del trabajo, en virtud de que en cada caso incurrirá en delito el sujeto a quien se le haya transmitido la tenencia, custodia, administración, etc.

Tratándose del objeto jurídico del delito, en ambos casos, aparentemente, se tutela el interés patrimonial de las personas físicas o morales, es decir de cualquier individuo, empresa privada o del Estado, pero lo cierto e innegable es que en el caso del peculado, en realidad existen dos lesiones, la patrimonial y la del deber de fidelidad que constriñe al servidor público en su actuación.

Con gran acierto Sebastián Soler señala que no es correcto asimilar el peculado y el abuso de confianza, puesto que los fondos en el primero están confiados en razón del cargo y entonces, más que un abuso de confianza agravado es un abuso de autoridad. (6).

(5) Dcho. Penal Argentino - Sebastián Soler. Tomo V.P. 120 Tipográfica Editora Argentina.

(6) Ob., cit. P. 191.

Al respecto, no se pretende concluir que en el delito de peculado no se presente el elemento confianza, sino más bien se trata de precisar la manera en que se presenta en cada delito.

En el caso de abuso de confianza el medio que emplea el agente para lesionar, es precisamente la confianza y esta puede ser objetiva o subjetiva, es decir que se transmitirá un bien por razones de afecto, amistad, economía, capacidad o cualquier otra causa, pero en cambio, en el peculado sólo habrá el elemento confianza objetivamente hablando, pues se trata de una función pública, de una institución, representada por un individuo, de ahí que se considere este delito como un abuso de poder, pues la distracción sólo puede beneficiar a quien legalmente ejerza dicho poder. Es pues únicamente en el peculado donde la confianza se refiere tanto a la tenencia material como a la facultad de disponer de ella.

Por otro lado el objeto material recae exclusivamente, en el abuso de confianza, en bienes muebles, en tanto que en el peculado se protege indistintamente bienes muebles e inmuebles, en virtud de que nuestro legislador estimó a estos últimos como bienes que pueden ser objeto de apropiación fraudulenta.

En términos generales la conducta típica en el delito de peculado se hace consistir en la distracción de fondos públicos para usos propios o ajenos, frente a la disposición indebida de bienes transmitidos de ajena propiedad en el delito de abuso de confianza.

En ambos casos resulta la acción típica equivalente a apropiación definitiva con ánimo de no restituir, pero en nuestro delito en estudio el término distracción supone un uso transitorio que retarda una legítima inversión y se sanciona más la infracción por distraer que la intención de adueñarse, por lo que tiene mayor amplitud, puesto que no tiene trascendencia que el fin sea conseguir utilidad con el uso, enajenación u otro ejercicio de las facultades de dominio.

El artículo 382 del Código Penal establece como requisito indispensable para que se tipifique el delito de abuso de confianza al perjuicio inferido al bien patrimonial, sin que dicho requisito se haga nece

sario en el peculado, ya que como se indicó anteriormente, en éste delito se reprime la infracción del deber del servidor público, consistente en invertir la cosa o bien público en lo expresamente indicado y dicha inversión distinta implicará necesariamente el fundamento o base de la pena.

Otra diferencia clara consiste en que para que el abuso de confianza sea punible, se requiere que se fije en cantidad líquida el monto del abuso, mientras que el peculado no sólo impone castigo a lo valorizable en dinero, sino que además incluye la pena cuando no sea valuable lo distraído, conforme a lo dispuesto por el penúltimo párrafo del artículo 223.

Finalmente existe una última diferencia entre ambos delitos y esta se hace consistir en un requisito de procedibilidad, toda vez que según lo dispone el artículo 385 del Código Penal, el delito de abuso de confianza sólo se persigue "a petición de parte ofendida", esto es la persona física o moral directamente ofendida es quién puede iniciar la acción penal mediante su manifestación de voluntad al Ministerio Público y en consecuencia existe el perdón de parte del sujeto pasivo al agente del delito, sin que estas figuras se apliquen al peculado, toda vez que esta infracción penal se persigue de oficio.

CAPITULO II

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE PECULADO EN NUESTRO DERECHO

- 1.- Ubicación de los delitos en nuestro Código Penal en vigor
- 2.- Origen y primitiva redacción
- 3.- Reformas posteriores a 1871
- 4.- Reforma del cinco de enero de 1983
- 5.- Diversos aspectos de la descripción típica de este delito en las legislaciones de los Estados

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE PECULADO DE NUESTRO DERECHO

1.- Ubicación del delito en nuestro Código Penal en vigor.

El libro segundo, título décimo del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal del año de 1931 y vigente hasta la fecha, como en los anteriores códigos, ubica al peculado dentro de los "Delitos cometidos por los servidores públicos", denominación poco feliz, por hacer alusión al sujeto activo de las infracciones, en lugar de hacerlo tomando en consideración el bien jurídico tutelado, que como analizaremos en el inciso 3 del capítulo III de este trabajo, en forma general se puede decir que lo es la Administración Pública. (1).

El Código en vigor establece a partir del Capítulo II del título décimo las descripciones típicas de los siguientes delitos: ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad; coalición de servidores públicos; uso indebido de atribuciones y facultades; concusión; intimidación; ejercicio abusivo de funciones; tráfico de influencia; cohecho; peculado; y por último enriquecimiento ilícito.

El Capítulo I de este décimo título, contiene dos artículos con los numerales 212 y 213, los cuales establecen respectivamente lo que la Ley Penal define como servidor público y las consideraciones que debe tomar el Juez para individualizar las penas.

Los delitos descritos del Capítulo II en adelante se contienen del artículo 214 al 224 y nuestro delito en estudio se ubica en el Capítulo XII descrito por el artículo 223.

El siguiente cuadro ayudará a la mejor comprensión:

(1) Sebastián Soler. Ob. cit. T., V., P. 99.

LIBRO SEGUNDO

TITULO DECIMO "Delitos cometidos por los servidores públicos"	Capítulo primero.....	Art. 212 Concepto de servidor público para efectos del título.
		Art. 213 Individualización de las penas.
	Capítulo segundo.....	Art. 214 Ejercicio indebido de servicio público.
	Capítulo tercero.....	Art. 215 Abuso de autoridad
	Capítulo cuarto	Art. 216 Coalición de servidores públicos
	Capítulo quinto	Art. 217 Uso indebido de atribuciones y facultades.
	Capítulo sexto.....	Art. 218 Concusión
	Capítulo séptimo.....	Art. 219 Intimidación
	Capítulo octavo.....	Art. 220 Ejercicio abusivo de funciones.
	Capítulo noveno.....	Art. 221 Tráfico de influencia.
Capítulo décimo.....	Art. 222 Cohecho	
Capítulo décimo segundo	Art. 223 Peculado	
Capítulo décimo tercero	Art. 224 Enriquecimiento ilícito	

2.- Origen y primitiva redacción.

Como ya sabemos durante la colonia el estado de servidumbre en que se encontraban los indios, no permitió la aportación de reglamentaciones penales de índole nativa y posteriormente, durante la época independiente hubo intentos dispersos para legislar, pero los continuos disturbios provocados por la efervescencia política en que se hallaba el país, impidieron cualquier legislación integral. Fue nuestro Código Penal Federal de 1871 o Código de Martínez de Castro, que comenzó a regir a partir del 10. de abril de 1872, el que previno por primera vez la figura delictiva del peculado, dentro del título denominado: "Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones". En tal sentido, dicho código tipificaba en el Título Undécimo, Capítulo V, el peculado y la concusión, correspondiéndole a nuestro delito en estudio estar reglamentado de los artículos 1026 al 1031.

Cabe destacar en justicia, que la primera codificación de la República en materia penal, fue la expedida en el Estado de Veracruz en 1835, inspirada seguramente en la legislación española y tipificó al delito de peculado, como la sustracción hecha por el encargado de un servicio público de los caudales o efectos a su cargo, extendiendo la figura para aquel encargado que consintiere que otra persona sustragere dichos caudales o efectos, sin embargo esta reglamentación sólo tuvo validez dentro de la entidad federativa, por lo cual se estima que se trata solamente de un antecedente secundario, ya que el Código Federal de 1871 obedeció además a otros motivos, por ejemplo, los consignados en la legislación francesa vigente en la época.

El artículo 1026 del Código de Martínez de Castro decía:

"Comete el delito de peculado: toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga carácter de funcionario, que para usos privados propios o ajenos, distraiga de su objeto dolosamente el dinero, valores, fincas o cualquier -

otra cosa perteneciente a la Nación, a un municipio o a un particular; si por razón de su encargo los hubiere recibido en administración, en depósito, o cualquier otra causa".

En este texto, (al igual que en el Código de Veracruz), hubo influencia de ordenamientos españoles, entre los cuales destaca la 7ª. Partida título 14° 1. 14°; en la Real Orden de 14 de marzo de 1807; en la Ley de junio de 1853; y en el Decreto de 24 de noviembre de 1855, to dos ellos inspiraron sustancialmente a la Comisión integrada en 1868 — por los juristas Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona, que realizó el proyecto de Código Federal, aprobado el 7 de diciembre de 1871. (2).

Este Código Federal a su vez inspiró a la promulgación de los Códigos Locales, entre otros los de: Chiapas, Campeche, Morelos y Estado de México; los cuales siguieron el modelo trasado por su similar fuero federal, con tan sólo pequeñísimas modificaciones, verbigracia, la expresión Estado en lugar de Nación, agregando la expresión en custodia, etc.; sin embargo esencialmente se adecuaron al texto descrito en el artículo 1026 del Código de Martínez de Castro.

Nuevamente, cabe destacar que tanto el Código del Estado de Veracruz como el del Estado de Yucatán, no observaron la tendencia de los Ordenamientos en vigor de la época, ya que el primero, como ya se señaló, se promulgó 36 años antes que el Código Federal y el segundo, seguramente se vió influenciado por su cercanía con Veracruz, ambos fueron redactados en la misma forma que se indicó anteriormente, es decir como nuestra primera codificación Penal de la República.

Es importante observar que desde este primer texto federal, se utilizó la acepción distraer, se protegió igualmente los bienes inmuebles como objeto material del delito de peculado, también en cuanto al presupuesto de posesión se consideró en forma amplia, evitando el ca—

(2) Antonio A. Medina y Ormaechea. Código Penal Mexicano sus motivos, concordancias y leyes complementarias. Imprenta del Gobierno 1880.

suismo y finalmente, también desde entonces se apartó del modelo español, al considerar como delito, la sustracción de bienes que no pertenecen a la Administración y que en la legislación italiana se tipificó como malversación de caudales o efectos públicos.

Del artículo 1028 al 1030 del Código de 1871, se establecían las penas impuestas a los reos por este delito. La represión consistía desde arresto mayor hasta prisión, a lo que se añadían las penas pecuniarias (multa), destitución e inhabilitación.

Atinadamente el legislador quiso que el Código reconociera expresamente que la objetividad jurídica, no es de carácter puramente patrimonial, en cuanto al beneficio obtenido o perjuicio causado, ya que indicó en el artículo 1027 que no excusaba al sujeto activo del delito el que hiciese la distracción con ánimo de devolver. Finalmente el artículo 1031 sancionaba la tentativa con la destitución del empleo.

3.- Reformas posteriores a 1871.

Nuestro Código Penal de 1871, definió el delito de peculado, en forma que casi no varió en los posteriores ordenamientos sobre la materia, sin embargo será necesario hacer un paréntesis para analizar brevemente las modificaciones que nuestros legisladores han tomado en cuenta, antes de las reformas introducidas en 1983 y que actualmente nos rigen.

Durante la gestión del Presidente de la República, Licenciado Emilio Portes Gil, se expidió el Código de 1929 o Código de Almaraz, mismo que tuvo efímera existencia, ya que sólo se aplicó del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.

El capítulo I del Título Vigésimo primero de dicho Código, describió el delito de peculado en el artículo 1219 del igual manera que el Código de 1871, tan sólo suprimió la expresión dolosamente, puesto que dicho término resultaba innecesario, en virtud de que las intenciones del agente no trascienden, ya que al efectuarse la distracción, se encuentra implícitamente el ánimo de infringir a la ley. Igualmente, con la finalidad de completar la redacción del artículo 1026 del Código anterior, el legislador incluyó la protección de los

bienes de las entidades federativas, ya que estos no habfan sido tomados en cuenta atinadamente en la legislación federal, por tratarse de un delito de orden común, reglamentado por los ordenamientos locales, sin embargo el legislador de la época invadió la esfera de las legislaturas locales al prevenir la distracción, de bienes de las entidades federativas como delito de jurisdicción federal.

La única inovación del Código de Almaraz, fué la inclusión de la figura conocida por la doctrina como peculado culposo y que se habfa reglamentado anteriormente en el Código del Estado de Veracruz en 1835. Dicha figura consistía en que el hecho se origina por negligencia o descuido inexclusable por parte del funcionario público encargado de custodiar los bienes públicos, lo que propicia que un tercero aprovechándose de las circunstancias, realice la sustracción. Cabe hacer un incapié ya que en el caso de la reglamentación que hizo el legislador federal, el tercero que efectuará la sustracción debfa de ser un subalterno, es decir que se reprimfa la actitud negligente de los superiores jerárquicos respecto a los bienes sustraídos que se encontraren bajo su custodia.

Esta figura sólo la previó este Código, tal vez porque resulta demasiado rigorista el reprimir las sustracciones por culpa de los superiores jerárquicos, toda vez que viene a ser más perjudicial para el buen funcionamiento de la Administración Pública, el que los funcionarios por temor a ser sancionados por culpa, se hagan demasiados cautos y burocratizados, instituyendo métodos excesivos con el fin de controlar a sus subordinados, lo que los entorpecerfa al impedir que actuaran por propia iniciativa.

Además, en apoyo a esta afirmación, se puede ver con claridad que a pesar de que esta legislación consideraba como delito este tipo de sustracciones, sancionando al superior jerárquico que consistiera o por su descuido el subalterno sustrajera los bienes, el castigo era tan sólo el de destitución del empleo o cargo. Fueron estas las razones que probablemente impulsaron al legislador de 1931, a la abolición de esta figura, dejando a los ordenamientos de índole administrativo el reglamentar esta conducta, dándole la conotación a partir de -

entonces, de falta administrativa en vez de delito, o en todo caso encuadrándola como una forma de participación, respondiendo penalmente - conforme a las normas de concurso de personas, incurriendo el agente - en coautoría, complicidad o encubrimiento, según el caso.

Por el contrario el Código Penal de 1931, promulgado por el Presidente Pascual Ortiz Rubio el 13 de agosto de ese año y publicado al día siguiente en el Diario Oficial, no incluyó modificación alguna en la descripción del tipo y sólo volvió a incluir la pena de inhabilitación, atenuándola en relación al Código de 1871, pues éste la contemplaba para su aplicación permanente, mientras que el Código de 1931 la consideró tan sólo de dos a seis años.

Posteriormente al observarse la cada vez más intensa e importante intervención del Estado en la economía, se originó la necesidad de actualizar el Código, y el 9 de marzo de 1946 se modificó el texto, adicionándolo, para acertadamente considerar a los encargados de los - servicios descentralizados y con ello, a partir de entonces son propiamente sujetos activos del delito de Peculado previsto en el Código Penal (artículo 220) los "encargados de un servicio público del Estado, - descentralizado", pues los empleados del Estado que manejan los servicios públicos de la administración centralizada, caen también dentro - de la "lex specialis". Cometan pues peculado, y no abuso de confianza - los directivos y empleados de los organismos descentralizados por servicio que manejan fondos o bienes de estos, ya que, en nuestro régimen administrativo, se confían a estos "Establecimientos públicos" o "entidades autárquicas", la prestación de servicios públicos de carácter -- eminentemente técnico, en lo social, económico y cultural, y que requieren cierta autonomía y una mayor elasticidad que no es posible encontrar dentro de la Administración Centralizada del Estado, donde privan de ordinario rígidos controles y normas disciplinarias inadaptables a tales servicios. A dichos "entes", se les dotó de cierta autonomía, son creados por disposición legislativa y tienen patrimonio propio, sin que éste pierda su carácter público.

Entre nosotros bastará comprobar que se trata de un servicio

público descentralizado, para que el encargado de estos cometa peculado respecto de los fondos o bienes del mismo que maneja por razón de su cargo, los cuales ya sea por provenir de inversiones del Estado o de los particulares, gozan de protección especial precisamente por estar afectados a ese servicio público que aunque descentralizado, no por ello deja de formar parte de la Administración Pública. Frecuentemente han sido llevados a la consideración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, casos de apropiación de fondos pertenecientes a Bancos Oficiales, como el Banco Nacional de Crédito Ejidal, cometidos por funcionarios y empleados de éstos, en los que se ha resuelto que ellos cometen el delito de peculado y no el de abuso de confianza, en razón de que, como en el caso de dicho Banco, "fue constituido como sociedad mercantil únicamente con el doble propósito de eludir la creación de una entidad política y a la vez vincular el sistema de crédito agrícola con el sistema mercantil ordinario, sujetándolo a un régimen común de contratación y de obligaciones que le permitiera obrar en la práctica, espeditamente, sin acudir a las lentas y complicadas formas que la contratación reviste cuando se trata de entidades de orden público, pero sin pensar que esa forma de constitución lo privara de su verdadero carácter de organismo de servicio público descentralizado, puesto que tanto el fomento del crédito agrícola como su organización y su ejecución responden a una función pública y a un servicio de interés también público..."

Otro es el problema que se plantea cuando se trata no propiamente de organismos descentralizados por servicio público, sino de empresas de participación estatal, constituidas con aportaciones del Estado y organizadas conforme a las leyes de sociedades mercantiles y cuya función no es la de prestar un servicio público de aquellos que deben estar encomendados al Estado. No mereciendo dichos fondos la protección especial y más rigurosa del peculado, los dirigentes o empleados que se apropien de ellos o los distraigan de su objeto, cometerán abuso de confianza, pues en realidad cuando los fondos del Fisco resultan comprometidos en tal forma, afrontan los mismos riesgos que los dineros de inversión particular.

4.- Reforma del 5 de enero de 1983.

Con demasiada extensión y casuismo el legislador de 1982, por Decreto de 30 de diciembre del mismo año, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 1983, introdujo modificaciones originadas como consecuencia de la reforma al Título Cuarto de la Constitución General de la República, hecha el 28 de diciembre de 1982, mediante Decreto de 27 de ese mismo mes y año.

En todos los Ordenamientos penales precedentes, siempre y a diferencia de otros Códigos, se optó por una forma unitaria y extensiva de peculado. Actualmente se amplió de manera considerable las conductas comisivas del delito en estudio, pues además de la figura clásica que ha prevalecido desde las legislaciones anteriores, se introdujo ahora, tres nuevas fracciones que tipifican otras tantas conductas.

Resulta interesante en primer lugar, analizar la modificación del término con el cual se designa al sujeto activo del delito de peculado.

El maestro Mariano Jiménez Huerta, atinadamente califica esta denominación como autoritaria, pues el término "servidor público", denota una subordinación y obediencia, que va en detrimento de la calidad y dignidad de las personas y agrega, que esta expresión es propia de los Estados autoritarios y no como el nuestro, de los Estados de Derecho.(3).

En esencia la modificación a la expresión no lleva aparejado algún cambio, pero la doctrina sigue distinguiendo diversas calidades en los titulares y encargados de las actividades desarrolladas por la Administración Pública, es decir persisten los servidores públicos con Fuero o Inmunidad y que antes eran los Altos Funcionarios; los servidores públicos sujetos a juicio político y que antes eran funcionarios juzgados mediante jurado popular, pues dicho procedimiento ya no es reglamentado en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; servidores públicos en general, persistiendo la subdivisión de servidores pú

(3) Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, S. A. 1983. Tomo V. P. 8.

blicos de base y de confianza, según se desprende de la lectura del artículo 213 del Código Penal.

Los servidores públicos mencionados en primer término, gozan de inmunidad temporal, porque sólo pueden ser materia de acción ordinaria, ante los Tribunales Ordinarios, por delitos de orden común, previo desahoramiento de sus iguales.

Los sujetos que pueden ser juzgados por delitos políticos bajo el procedimiento que la ley señala, son sujetos a juicio ante Tribunales Administrativos, al cometer delitos comunes.

Una vez hecha esta aclaración, insistimos que a pesar de que es criticable que el legislador, considerando una supuesta renovación moral, no haya tomado en cuenta la dignidad de las personas que prestan sus servicios al Estado, pretenda erróneamente que con un cambio en la manera de designarlos, logrará una mayor lealtad y honestidad en el desarrollo de sus funciones, pues seguramente estimó que era deseable que esta nueva denominación contribuyera no sólo a desterrar la común prepotencia y negligencia con que se han conducido innumerables servidores públicos de cualquier nivel, sino a hacer conciencia en la propia comunidad sobre la función de servicio que los mismos desempeñan y la conveniencia de exigirles el estricto cumplimiento de sus obligaciones, así como el correspondiente respeto a los derechos e intereses de los gobernados.

De lo transcrito concluimos que este deseo, pudo conciliarse con la denominación anterior, sin embargo prevaleció más la intención política de impresionar a la opinión pública, que la de integrar nuestra corriente jurídica, legislando con rigor pero con respeto a la dignidad humana.

Más criticable aún por la falta de cuidado en la publicación, se observan dos defectos formales en las reformas al Título Décimo. El primero de ellos consiste en que los artículos 212 y 213 del primer capítulo de dicho título, carecen de un rubro que los agrupe, no obstante que el resto de los preceptos están comprendidos en capítulos en que cada uno se amparan en rubros o títulos, además de que dichos numerales, -

podrían caer dentro de la denominación de disposiciones generales o comunes. El segundo de los defectos aludidos es el que revela mayor descuido de parte del legislador, y consiste en que aparentemente el Título Décimo consta de trece capítulos, pero en realidad son sólo doce, ya que entre el delito de cohecho (artículo 222) y el delito de peculado (artículo 223), la numeración se salta del capítulo décimo al capítulo décimo segundo, lo que sin duda será rectificado en un futuro próximo, mediante una fe de erratas, pues no se puede sostener un error de esta índole, y así el capítulo décimo primero se contemplará dentro del Título Décimo.

Ahora bien, analizando el contenido de las tres nuevas fracciones del artículo 223, podrá observarse que las personas que realizaron las reformas seguramente no eran juristas versados en la materia, o bien, sin ser tan rigoristas, lo hicieron con demasiada premura.

Como siempre, la fracción primera de este precepto, describe el tipo clásico, mientras que las nuevas fracciones contienen otras conductas que según veremos son inútiles. La fracción II establece que comete peculado "El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona".

Nuevamente le asiste la razón al maestro Jiménez Huerta cuando afirma que esta figura se encuentra tipificada dos veces, pues es innegable que "utilizar" los fondos es distraerlos de su objeto y por ello dicha descripción se subsume en el tipo tradicional contenido en la fracción I (4), no obstante podemos agregar a favor de la reforma en análisis, que de alguna manera refuerza aún más, la idea de que la distracción no debe considerarse por que ocasione un perjuicio económico al Estado, ni porque se constriña exclusivamente a enfocar beneficios cuantificados en dinero, sino que más bien el tipo se colma cuando el -

(4) Ob., cit., P. 53.

agente obtenga un provecho de cualquier naturaleza, situación que si bien ya era considerada por la doctrina y la jurisprudencia, ahora se ve fortalecida con el reconocimiento expreso que se introdujo en la Ley. En lo que hace a lo establecido por la fracción III, del artículo 223 se incurre en peculado: "Cuando cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades". Veremos en su oportunidad en el último capítulo de este trabajo, que tal descripción está íntimamente relacionada con la fracción que le precede y por tanto cabe considerar los mismos comentarios ya apuntados.

Además, en este caso el legislador consideró que esta forma de participación resulta de tal importancia que creó una figura de peculado "equiparado", relacionándola con la fracción anterior, siendo entonces novedoso castigar a estos sujetos, puesto que antiguamente sólo lo les correspondía responsabilidad por concurso de personas.

Finalmente la fracción IV prevé como delito cuando: "Cualquier persona que sin tener carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó".

Volvemos a considerar que el legislador inútilmente creó esta forma de comisión, puesto que dicha figura puede adecuarse dentro de la misma fracción I del artículo 223, la cual viene a resultar el tipo tradicional. Todo lo anterior se apoya con lo que establece el artículo 212 pues la definición que hace de servidor público es la siguiente:

"Para los efectos de este Título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada

o en la del Distrito Federal, Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a estas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en -- los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejan recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados; a -- los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tri bunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos - en este título, en material federal".

De la lectura de este precepto puede desprenderse que son -- servidores públicos los que custodian, administran o aplican recursos - federales y con ello se entiende que cualquier persona legalmente designada puede distraer fondos, encomendados, claro que esa designación debe estar hecha conforme a la ley y por autoridad competente, puesto que para que se tipifique nuestra conducta delictiva en estudio, no basta - el lucro o interés del Estado, sino que debe haber una función de autoridad con respecto a los fondos y si faltase alguno de los requisitos - mencionados, existiría delito diverso por que no se cumpliría con la ca lidad exigida en el agente. (5).

En cuanto a este aspecto cabe un último comentario en favor del legislador y es que, si bien es cierto que éste concepto se formó - apoyándose fundamentalmente en la definición prevista en el artículo -- 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se tuvo en cuenta que esta incurrió en deficiencias, por ejemplo, resulta -- obvio que omitió incluir como servidores públicos, a los trabajadores y empleados de los órganos legislativo y judicial, entre otros, al titular de la Contaduría Mayor de Hacienda esto es, al titular del órgano - técnico dependiente de la Cámara de Diputados y encargado de revisar la cuenta pública anual del Gobierno Federal y del Departamento del Distri to Federal, pero el Código Penal atinadamente los contemplan, en virtud de que quedan incluidos en la descripción del artículo 212 al señalar -

(5) Sebastián Soler. Ob. cit. Tomo V. P. 200.

como servidores a los "que desempeñan un cargo en el Congreso de la --- Unión"; a su vez también puede observarse que la Constitución si incluyó como servidores públicos a cualquier trabajador de la Fábrica de Bicicletas Condor, S. A., o de la Embotelladora Garci-Crespo, S. A. de C. V. (6), y que son excluidos en el peculado, además tampoco se incluyó - en Ordenamiento alguno, a los Magistrados del Tribunal Fiscal de la Federación, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal y de los Tribunales del Trabajo Federal y Locales, pues no se tratan estos de Tribunales de Justicia (como lo menciona el Código Penal), sino que son Tribunales Administrativos.

No obstante, y únicamente para efectos de nuestro delito, la fracción IV del artículo 223 podría acudir en apoyo de una correcta imputación a estos servidores pues encuadrarían cuando distrageran fondos federales.

5.- Diversos aspectos de la descripción típica de este delito en las legislaturas de los Estados.

Resulta interesante analizar los diferentes ordenamientos en vigor en cada una de las entidades federativas, pues nos permite distinguir los criterios que han seguido los legisladores de los Estados y la posición de estos frente a las tendencias seguidas por el legislador federal.

Considerando lo anterior se puede clasificar en tres grupos los códigos penales de los Estados, a saber:

- a.- Ordenamientos que no contemplan el delito de peculado.
- b.- Ordenamientos que lo tipifican en la forma tradicional o clásica.
- c.- Ordenamientos que lo tipifican atendiendo a las reformas del 5 de enero de 1983 en materia federal.

(6) Ambas empresas, entre otras, aparecen en la última publicación de la lista de la Administración Pública Federal Paraestatal, Diario Oficial del 15 de octubre de 1982, aunque la segunda está por verse a particulares.

a.- Ordenamientos que no contemplan el delito de peculado. - Aunque esta tendencia no es la que predomina en el país, es importante destacar que en los estados de Coahuila, Hidalgo y Quintana Roo, no hay precepto que establezca la conducta delictiva de peculado, es decir que en dichas entidades federativas no existe una protección especial de los bienes estatales que son entregados para su administración, guarda o custodia.

b.- Ordenamientos que lo tipifican en la forma tradicional o clásica. Es este el grupo predominante en el país, lo que resulta lógico, en virtud de que su origen se puede remontar en el Código de 1871, - tan sólo con contadísimas diferencias de mínima importancia. El tipo de referencia se hace consistir fundamentalmente en la siguiente descripción: "Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario, que para usos propios o ajenos, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, o a un Municipio, o al Organismo descentralizado, (algunos incluyen instituciones públicas) o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, depósito o cualquier otra causa" (7).

Los Estados que pertenecen a este grupo son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guerrero, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.

A su vez podemos realizar una subdivisión dentro de esta tendencia: Las reglamentaciones que previenen una atenuación de la pena y, - las que por el contrario, no establecen atenuación.

Dentro de las primeras tenemos los Códigos de Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guerrero, More-

(7) Artículo 200 del Código Aguascalteco.

los, Michoacán, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas.

El resto de los ordenamientos de las entidades federativas -- que mencionamos en este grupo, no previenen la penalidad atenuada.

Tal atenuación esta prevista para aquellos casos en que el sujeto activo devuelve lo distraído dentro del plazo que en el caso establece la ley.

El término común para devolver lo distraído es dentro de los diez días siguientes al que se descubrió el delito, sin embargo los Códigos de Baja California, Durango, Guerrero y Zacatecas conceden un plazo mayor, de treinta días, y las Legislaciones penales de Chiapas y Michoacán amplían aún más dicho plazo pues, establecen la atenuación de la pena si se devuelve antes de que se dicte sentencia o antes de la -- audiencia final respectivamente.

Destaca el hecho de que el Código Penal de San Luis Potosí, a pesar de ser el ordenamiento criminal más antiguo en la República Mexicana (21 de noviembre de 1922), contempla la graduación de la pena desde que entró en vigor, tomando en consideración para ello la cuantía de lo distraído, situación que en forma reciente se adoptó en nuestra legislación federal, debido a las reformas del 5 de enero de 1983.

c).-Ordenamientos que lo tipifican atendiendo a las reformas del 5 de enero de 1983 en materia federal. Siguiendo al legislador federal en su deseo de fortalecer la honestidad y proteger los bienes públicos los legisladores de los Estados de: Colima, Jalisco, México, Sonora y Veracruz, adecuaron su texto al reformado Código Penal Federal -- y así prevenir el delito de peculado con más amplitud.

Cabe indicar que el Código Penal del Estado de México, si -- bien modificó su texto mediante decreto estatal de 11 de abril de 1984, no siguió el modelo trasado por el legislador federal, pues en realidad cometió el error de proteger los bienes de las empresas del gobierno -- del Estado, lo que sin duda no debe ser, en virtud de que tales empresas tienen que correr los mismos riesgos que las de particulares, y por

otro lado sigue siendo sustancialmente el tipo tradicional de peculado lo que se reglamenta.

No puede dejarse sin comentar que considero un acierto las reformas de 28 de enero de 1984, introducidas en el Código Penal de Veracruz, toda vez que aunque sigue el modelo del Ordenamiento Federal, intenta perfeccionarlo y a mi juicio si lo logró en las siguientes prevenciones.

Al inicio de este trabajo, en el Capítulo II inciso 1, se había dicho que no era muy afortunado denominar a este delito como uno cometido por los servidores públicos, ya que no debe atenderse el sujeto activo de la infracción, sino al bien jurídico tutelado, en efecto, el código veracruzano acertadamente agrupa al peculado, dentro de los "Delitos contra la función pública" lo que sin duda se acerca más a la protección que se pretende en estos casos.

Otro de los aciertos que a mi juicio contiene esta legislación es que la penalidad es más severa para el peculado tradicional y menor para el caso de que este se efectúe por una persona que no sea servidor público, lo que sin duda se apoya en un principio fundamental olvidado por el legislador federal, pues este omitió que el servidor público tiene mayor conocimiento de su responsabilidad ante la ley, ya que tiene más obligación de lealtad ante la función pública, desde su inicio en su cargo.

Finalmente, aunque sin pertenecer a este grupo de ordenamientos, el Código de Guanajuato, fué reformado el 2 de mayo de 1984, en su parte relativa al delito en estudio, sin embargo sólo fué para suprimir la atenuación de la pena, pero sin seguir el modelo de su similar para la Federación y por ello este código pertenece a los mencionados en el punto b. que anteriormente se explicó.

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE PECULADO

- 1.- Motivos que impulsan a la comisión del delito
- 2.- Presupuestos del delito
- 3.- Objetividad jurídica y estructura general del delito

ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE PECULADO

1.- Motivos que impulsan a la comisión del delito.

Bajo este título se pretende analizar brevemente las causas - que impulsan al agente del delito a incurrir en la infracción penal que hemos venido estudiando y que de alguna manera nos permite visualizar - la problemática social en que se origina este tipo de lesión jurídica.

Tiene forzosamente que considerarse tanto los aspectos internos que provocan la conducta antisocial, como los aspectos externos.

Así las cosas tenemos en primer término el aspecto interno -- que ha llevado al sujeto a cometer una conducta antisocial y que es precisamente el móvil, según la definición expresada por Rodríguez Manzanera (1). Es decir que el móvil viene a ser el sentimiento que provoca -- que un individuo actúe conforme a un comportamiento delictivo perfectamente determinado.

En el caso del delito de peculado el motivo fundamental y único que guía al agente es necesariamente económico, un móvil de lucro in debido basado en un sentimiento de ambición o superioridad que da lugar al abuso de poder y la hostentación del mismo.

Los factores antropológicos y físicos definitivamente no influyen en forma alguna, como para impulsar la comisión del delito, es más bien los factores sociales o externos, los que evidentemente se presentan, estimulados siempre por una educación deficiente o mal orientada.

Dicha afirmación se apoya en que resulta claro que los países desarrollados presentan índices más bajos de malversación y deshonestidad, pues entre otras muchas causas, la enseñanza se fundamenta en destacar la importancia del ejercicio de la función pública; al individuo se le fomenta desde su primera infancia el respeto por las instituciones públicas, el sentido del deber social y un sentimiento de cooperación de los individuos para el logro de fines sociales.

(1) Criminología. Segunda edición. Ed. Porrúa 1981. P., 463.

Por otro lado en los países desarrollados este tipo de circunstancias no se presentan, pues existe un descrédito a la función pública, ya que la misma está mal organizada con una ausencia importante de coordinación, existe la multiplicación de servicios autónomos, proliferan los servidores públicos y la escasa remuneración de estos y en el aspecto de represión y persecución de infracciones, nos encontramos con una policía deficientemente organizada y reclutada, con una también escasa remuneración.

En estas condiciones podemos adivinar el porque está tan íntimamente relacionada la corrupción y el delito, así como la diferencia entre los primeros y los segundos países.

También podemos agregar que influye un aspecto económico social, dado que en los países subdesarrollados las oportunidades de lograr cierto bienestar son pocas y por ello existe una ambición desmedida de lujo, ya que erróneamente se cree en estos países que el lujo da prestigio y respeto, siendo que en realidad lo que origina es envidia.

Por todo lo expuesto, se puede concluir que principalmente es la vida social la que provoca o impulsa a los individuos a cometer la conducta delictiva de peculado.

Justo es decir que en el aspecto económico nuestro país ha sufrido un cambio radical, toda vez que hasta hace pocos años gozaba de un crecimiento sostenido, lo que podía frenar relativamente la corrupción. Sin embargo no olvidemos que en México la deshonestidad no surgió de repente, pues se evidencía a lo largo de la historia que se han presentado casos de corrupción, entre otras causas por la constante e injusta distribución del ingreso, pero que en las condiciones actuales de la economía nacional, dicha distribución ha sido todavía más distorsionada y como esto provoca sentimientos de desesperación, se agudiza los deseos de progresos materiales individuales aceleradamente.

2.- Presupuestos del delito.

Siguiendo a Manzini, los presupuestos del delito son aquellos elementos, positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho y de los cuales depende la existencia del título delictivo de que se trate, distinguiéndose los presupuestos del delito de los propios — del hecho. (2).

Así entonces los antecedentes jurídicos indispensables para que pueda integrarse el delito de peculado es la calidad de servidor público. Si falta dicha calidad no habrá delito de peculado por variación en el tipo, y entonces estaremos frente a otro delito, o bien, puede tratarse de una figura atípica.

En orden a los sujetos activos, se trata en el peculado de un delito cualificado, (delito propio) en tanto que no cualquier persona puede ser el agente del mismo. Este debe reunir determinadas cualidades.

La opinión generalizada en la doctrina respecto a la conceptualización de servidor público, es que están prestando sus servicios — en la Administración Pública (en sentido amplio), en cualquiera de sus ramos o poderes y por el origen de su nombramiento se colocan como intermediarios entre el Estado y los particulares, en tanto que indudablemente existen a lado de ellos un conjunto de la administración que sólo guardan la relación interna con el servicio, necesaria para auxiliar a los representantes en el ejercicio de sus funciones y facultades. (3)

Sin embargo el Código vigente ha incorporado a partir de las reformas de enero de 1983, una definición de servidor público, con lo que en la actualidad ya no se hace necesario recurrir a las doctrinas — de derecho administrativo para determinar los sujetos de delito, adquiriendo con esto mayor autonomía y fuerza dicho concepto penal. Igualmente, para reafirmar la importancia de este comentario, se agrega a manera de énfasis que, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en su artículo 2o. define de manera semejante y congruen-

(2) Ob. cit., V.I., P. 521

(3) Gabino Fraga. Derecho Administrativo. P., 130 Ed. Porrúa, S.A. Méx., 1973.

te a la del Código Penal, a aquellos sujetos a responsabilidad con base en esa Ley, e inclusive remite al mencionado Código para aplicarlo su-pletoriamente, en los casos de que exista alguna laguna u omisión en el financiamiento de responsabilidad administrativa. Mezger al cuestionarse acerca de la definición de servidor público, considera que en una ley penal no debe contemplar tal definición, pues extravasa los límites del derecho penal, sin embargo admite que el concepto penalístico no coincide con el correspondiente en el Derecho Público. (4).

Por otro lado parece que los términos cargo y función pública corresponden al de servidor público.

En nuestro derecho es sujeto activo de este delito, solamente el que encuadre dentro de la definición del artículo 212 del Código Penal, sin omitir las consideraciones especiales previstas en el artículo 223 del mismo Ordenamiento, que influyen sólo para efectos del delito - en estudio.

El artículo 212 establece el concepto de servidor público con fome al previsto en la Constitución en el art. 108. "El que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada, Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organismos y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, Congreso de la -- Unión, o Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o -- que manejen recursos federales", incluyendo dentro del concepto a los - servidores públicos elegidos por votación popular en las entidades fede rativas y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de delitos de orden federal.

No obstante lo anterior, el artículo 223 restringe el concep to de servidor público, sólo para los efectos de la comisión del delito de peculado, pues la distracción debe hacerse de cosa perteneciente al Estado, organismo descentralizado o particular. Es decir que los que de

(4) Edmud Mezger. Derecho Penal. Parte Especial P., 402

sempañan un empleo, cargo o comisión en la Administración Pública Federal centralizada, Distrito Federal, organismos descentralizados, Congreso de la Unión, o poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, así como los funcionarios de elección popular y los Magistrados de las judicaturas locales, son todos los que al apropiarse o distraer los bienes de la Administración Pública, o los particulares confiados a ellos por razón de su cargo, tipifican delitos previstos por la ley penal.

La razón por la cual el artículo 223 excluye a los demás servidores públicos descritos en el diverso 212, es porque aún cuando la Federación tiene intereses patrimoniales y ejerce control sobre esas entidades, ellas operan con autonomía en el desempeño de la función para la cual fueron creadas y que en ningún caso se necesita protección especial para realizarla, pues sus actividades no requieren de autoridad alguna o simple y sencillamente no se trata de una actividad propiamente pública, sino que el Estado arriesga sus recursos como cualquier particular.

Por lo que se refiere al peculado oficial, se ha estimado también que sujeto activo del delito que estudiamos puede serlo el funcionario "de hecho" y aún el funcionario que resulte incompetente, más no con incompetencia absoluta que lo convierta en un usurpador, pues en tal caso sería reo de otros delitos contra el patrimonio. La noción de "que manejen recursos federales" debe entenderse en el sentido de tener este carácter aquellas personas que manejen y presten ese servicio sin estar revestidos de funciones públicas con carácter de autoridad esto es, con actividad de imperio.

Este concepto es trascendente para ampliar la calidad del agente del delito de peculado, es decir, que puede considerarse servidor público no sólo aquel que su actuación depende de un nombramiento, de conformidad a las normas que rigen sus actividades, sino que incluye a todas aquellas personas que les son encomendadas determinadas funciones por un servidor público legalmente facultado para hacerlo, y que administrativa o judicialmente confía a aquellos, los bienes o efectos pú

blicos, en custodia de la Administración. El primer caso ejemplificativo de un agente del delito que sea propiamente servidor público, correspondería al Notario que se apropia de las sumas encomendadas por la Ley y el segundo sería cuando sin detentar el cargo de servidor público el mismo Notario sustrae dinero que se le entregó por providencia judicial. Aunque en los dos casos no se trata de un ejercicio del Notariado, en ambos si se tipifica peculado.

En el derecho italiano, se distingue entre "oficiales públicos y encargados de un servicio público", los primeros son aquellos empleados de todo ente público que ejercitan permanente o temporalmente una pública función administrativa y los segundos, los empleados de todo ente público que prestan permanente o temporalmente un servicio público.

Aunque el actual Código ya no utiliza esta expresión, la distinción se aplica en nuestro derecho pues los encargados de un servicio público, pueden ser o no los empleados públicos. Lo son siempre, los encargados de los servicios públicos manejados por la Administración centralizada del Estado. Lo importante en este renglón, más que la personal investidura es la objetividad del servicio público prestado y la adscripción de este a un "ente público" aún desvinculado de la administración central, pues incuestionablemente que los particulares que manejan servicios públicos concesionados no son sujetos activos del delito de peculado. Dichos agentes obran a nombre y por cuenta propia.

Los presupuestos del hecho en cambio, son aquellos antecedentes de carácter jurídico o material, indispensables para la existencia del delito; si faltan no habrá delito alguno.

Como en el abuso de confianza, en el delito de peculado, la posesión del objeto material, constituye un presupuesto del hecho en que consiste. Es decir, que el título delictivo de peculado presupone que el encargado del servicio público ha recibido el objeto material (bienes muebles o inmuebles) por razón de su cargo, en administración, en depósito o por otra causa. La expresión de "o por otra causa" quita-

taxatividad a los títulos para poseer por parte del sujeto activo, quien tiene la posesión precaria de cosas ajenas, en cuanto son pertenecientes al "ente público" o a un particular, teniendo siempre esta posesión, su explicación en la "razón del cargo". Si el sujeto no tenía la posesión, podrá realizar otro delito contra el patrimonio o eventualmente un abuso de autoridad, pero no peculado.

El agente, como decimos, tiene sobre las cosas una posesión, pero ésta es precaria, es decir no posee "cumanimus rem sibi habendi", - esto es con ánimo de hacerlas propias. Se asemeja en todo caso a la "posesión derivada" del derecho civil, siendo sin embargo, el concepto penalístico a que nos estamos refiriendo, mucho más amplio, puesto que comprende la propiedad u otro derecho real, incluyendo además formas para disponer por parte de la Administración por la naturaleza de servicio o por fines de la Administración Pública. (5)

Por ello, para los efectos del peculado, puede acogerse la fórmula o la noción dada por Maggiore de "posesión" en sentido penal, como "la posibilidad que la administración pública tiene para disponer de una cosa, utilizándola para sus fines propios, por medio del funcionario que de ella depende".

La cosa puede pertenecer a la Administración o a un particular, jurídicamente una cosa sólo pertenece a un sujeto cuando le compete a éste, el derecho de propiedad u otro derecho real sobre la cosa o sobre parte de ella por concurso de otros, sin embargo el legislador mexicano no consideró indispensable que la pertenencia fuere de la Administración a diferencia del derecho italiano, ya que en éste, el concepto de pertenencia establece la distinción entre el peculado y la malversación, es decir que si la pertenencia es por parte de la Administración será peculado, pero si por el contrario la pertenencia es de un particular, custodiadas por medida cautelar, o depósito, administración, etc., por parte del Estado, se tipifica como malversación. (6).

(5) Maggiore. Derecho Penal V. III. P., 167. Ed. Temis Bogotá. 1972.

(6) Manzini. Ob. cit. P. 140

Mientras tanto en el derecho mexicano la posesión no determina diferencia alguna, pues la confianza que se le da al funcionario sobre la cosa, no se refiere únicamente a su tenencia material o a su simple retención, sino que abarca inclusive la disposición de la cosa, ya que dentro de la administración de la misma, esto es dentro de los actos de administración, entendidos como "todos" aquellos que sin variar la función económica de la cosa, están dirigidos a "procurar a su propietario su legítimo goce", pueden encontrarse actos que son de disposición respecto a objetos singulares, pero de administración respecto a la unidad económica compleja.

Otro de los puntos interesantes y que ya se comentó al estudiar las diferencias semejanzas con el delito previsto en el artículo 382, es que la confianza siempre debe ser objetiva y no subjetiva, es decir que no debe atenderse las razones de estima, comodidad o elección arbitraria, sino legalmente dispuesta o facultada.

La posesión por lo demás no debe provenir de una voluntad viciada por error o por engaño ni debe haber sido obtenida mediante violencia, pudiendo darse en estos casos las figuras de concusión y la de abuso de autoridad. (7).

Por último, la posesión debe quedar calificada, y con ello se señala otra importante diferencia con el abuso de confianza, por la "razón del cargo" o designación para custodiar y que ya habíamos analizado anteriormente. Es decir la posesión debe obedecer o corresponder a la competencia aunque sea genérica del funcionario o del encargado del servicio público. Se habla en este sentido y desde un punto de vista restringido, de una competencia funcional y legal que implique una relación de dependencia entre la función pública o el público servicio y la cosa. La posesión de la cosa debe originarse en "razón" del cargo y no en ocasión del mismo, siendo inexacto, como bien afirma Levi, que para que exista la "razón" del cuerpo en la posesión, sea suficiente que el cargo haya dado solamente ocasión para poseer, ya que hablando así se -

(7) Manzini. Ob., cit. P. 150.

llegaría al absurdo de considerar que cualquier posesión en atención a las cualidades particulares del agente, es decir por cualquier motivo, pudiera considerarse como razón del cargo. Como ejemplo tenemos el cartero que sustrae durante el transporte utilizado para asuntos personales, un sobre dirigido a su oficio, caso en que se tipifica robo y no peculado.

Finalmente las consideraciones anteriores se exceptúan en el caso previsto en la fracción III del artículo 223, puesto que esta forma comisiva, no requiere de la calidad de servidor público, ni de la previa posesión y la protección se construye exclusivamente, a los bienes o recursos federales, ya que el agente actúa obteniendo un provecho de ellos, o bien de actos administrativos que le sean ventajosos, pero ni tiene la calidad de servidor público y tampoco tiene la previa posesión de la cosa, sin embargo se sanciona la acción de promover o denegar a cambio de los efectos públicos.

Esto significa que en la modalidad delictuosa prevista en la fracción III, están ausentes los presupuestos del hecho y del delito y reafirma la circunstancia de que no será adecuado entonces en puridad, designarla como delito de peculado, pues en todo caso puede ser una participación o bien una instigación del peculado.

Lo anterior no es aplicable al caso previsto en la fracción IV del mismo artículo 223, pues en este caso aunque no existe la calidad de servidor público (presupuesto del delito), si existe la previa posesión (presupuesto del hecho), en virtud de que no es posible que un particular maneje fondos federales, sin conocimiento o desacuerdo del Estado, pues en el presente caso se estará en presencia de un delito de robo. Por lo tanto tal caso acertadamente se protege especialmente los fondos federales al considerarse como una modalidad del delito de peculado.

3.- Objetividad jurídica y estructura general del delito.

Si entendemos que la objetividad jurídica consiste en los bienes e instituciones amparadas por la ley y afectados por el delito (8), entonces el objeto en el delito de peculado, estriba en proteger los intereses del Estado, partiendo de la base de que por tratarse de un sujeto impersonal e intangible, para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, necesita de la intervención de personas físicas, mismas que tienen el deber de cuidar y administrar adecuadamente los recursos financieros, existiendo a la vez una relación de confianza entre estas y aquel, la cual es indispensable para que se puedan desarrollar las funciones de carácter público, todo ello motivo suficiente para juzgar que debe salvaguardarse en forma muy especial, el funcionamiento adecuado de tales recursos para el bienestar general. (9).

En efecto, este delito es de los agrupados dentro de los que causan una lesión a los intereses patrimoniales del Estado, sin embargo no sólo causa este tipo de lesión, sino que además constituye una infracción del deber de probidad por parte de quienes legalmente ejercen las facultades de autoridad, es decir de los servidores públicos. (10).

Manzini a su vez, destaca que el interés estriba en asegurar el funcionamiento normal de la administración pública, lo que deriva en beneficio de la seguridad patrimonial de los bienes pertenecientes a la administración pública, así como los bienes encomendados a ella. (11).

El objeto jurídico de este delito, lo hace consistir con acierto, Maggiore, en la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública, así como en el interés del Estado por la probidad y fidelidad del funcionario público. (12). Esa doble objetividad se con

(8) Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. P. 152 Ed., Porrúa. 1980.

(9) José Ma. Rodríguez Devesa. Derecho Penal Español. P. 237 Madrid 1975

(10) Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. V.II. P. 371 Madrid 1973.

(11) Ob. cit., p. 136.

(12) Derecho Penal. Ob., cit., P. 161.

templa claramente en Códigos como el nuestro, en que no sólo se tutela, el interés del Estado en la conservación y destino de los bienes que le pertenecen y en la normal prosecución y actividad de los servicios públicos sino también en el mantenimiento de la fidelidad por parte de sus funcionarios, lo cual ha motivado la promulgación de una norma penal que reprima las conductas que contravengan estos intereses en custodia y por otro lado impulsó la promulgación de una Ley que responsabiliza directamente a las personas que ejercitan las funciones públicas, pues no parece justo que el Estado, guardan de los intereses colectivos, responda en forma directa por el daño causado, lo que se aprecia claramente en nuestro derecho pues así lo prevé expresamente el artículo 32 fracción VI del Código Penal y el diverso 1928 del Código Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestro Código Penal lo reprime, dado que resulta por demás trascendente, tutelar el adecuado funcionamiento del servicio público, pues la conducta abusiva del agente, más que provocar un daño patrimonial, produce un daño moral y político, por eso resulta punible la distracción cometida por el servidor público aún que este la cubra con fianza. (13).

Se puede concluir de lo manifestado en el apartado anterior, en donde se analizó el presupuesto del delito y de lo señalado, en éste de la objetividad jurídica, que la calidad de empleado no es suficiente para considerar que hay peculado, ni siquiera cuando vaya unida a la sustracción de fondos públicos, si no se encuentran funcionalmente confiados a la custodia del empleado, de manera que hay una traición a los intereses financieros del Estado y al interés administrativo de vigilar, regular y cumplir legalmente las funciones públicas. (14) Es decir que no comete peculado, los auxiliares que no sean empleados, pues no hay deber de fidelidad; lo mismo si alguien hace la entrega voluntariamente creyendo que si está dentro de las funciones del servidor público recibir dichos fondos, pues no existe la relación de auto-

(13) Raúl Carrancá y Rivas. Código Penal. Anotado P.538 Ed. Porrúa

(14) Sebastián Soler. Ob., Cit., P. 199.

ridad con respecto a los fondos, casos en los cuales constituirán delitos diversos pero no peculado. No obstante esto último hay que recordar que existe una excepción, prevista en forma expresa en la fracción III del artículo 223, pues en tal fracción se reprime por equiparación.

Al respecto Manzini al analizar la legislación italiana, nos dice que se trata de otro delito agravado, justificando la posición de su legislación en el hecho de que el fin de apropiarse o distraer un inmueble, siempre atenderá a la obtención de rentas o productos, lo que en realidad viene a ser valores (15). Sin embargo, en nuestra legislación se protegió cualquier apropiación fraudulenta de inmuebles.

También en nuestro régimen penal resulta indiferente que los bienes sean fungibles o no fungibles, públicos o privados, con tal de que hayan sido confiados por los particulares al encargado del servicio público, por razón de su cargo.

De conformidad a lo previsto en las fracciones II y III del artículo 223, el objeto material recae sobre fondos públicos, es decir en cualquiera de los recursos financieros del Estado, siempre y cuando no esten afectados a empresas con fines comerciales (16), ya que como hemos señalado anteriormente, cuando esto sucede, la Administración Pública pierde sus beneficios de autoridad, colocándose en igualdad con los particulares y por ello sus relaciones se regulan bajo el régimen de derecho privado. Igualmente se incluyeron actos administrativos, como son: Las concesiones, permisos, autorizaciones o licencias de índole económico, franquicias, exenciones o subsidios sobre contribuciones o precios y tarifas, así como contratos en general, es decir actos catalogados por los juristas de Derecho Administrativo dentro de aquellos que amplían la esfera jurídica de los particulares.

De esta manera la protección penal del peculado engloba no sólo a los caudales o efectos públicos propios del Erario, sino a los

(15) Ob., cit. P. 138.

(16) Giuseppe Maggiore. P. 193.

comprometidos en servicios públicos descentralizados. Igualmente los bienes de los particulares confiados a dichos servicios y por razón de ellos.

Dentro de las cosas muebles objeto del peculado, quedan comprendidas también las energías y los fluidos.

Tanto nuestro derecho como en el italiano, quien convierta en provecho propio la mano de obra perteneciente a la pública administración, puede configurar un delito de abuso de autoridad. Concretamente el preceptuado en la fracción IX del artículo 215 del Código Penal, y que a la letra dice: "...el servidor público... IX Cuando, con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio".

En resumen se debe tratar de fondos públicos o privados funcionalmente confiados a la custodia del agente, de suerte que el peculado revele la infracción de éste al deber de fidelidad que ha contraído con la administración pública y un perjuicio al interés de la administración en la normal prosecución de los servicios públicos.

Por otra parte tenemos que el objeto material, constituido -- por las personas o cosas sobre quién recae el daño o peligro, en delito que examinamos, lo es el dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular. Es decir, constituyen la objetividad material de este delito en nuestro Código Penal, "cosas muebles o inmuebles ajenas", a diferencia de otras legislaciones que hacer recaer el peculado exclusivamente sobre bienes muebles.

CAPITULO IV

ANALISIS DE LAS FORMAS DE COMISION DEL DELITO DE PECULADO

- 1.- Diversas modalidades del delito de peculado
- 2.- Distracción de dinero, valores, fincas u otras cosas pertenecientes al Estado.
- 3.- Utilización indebida de fondos públicos o beneficios otorgados para promoción política o denigración de persona.
- 4.- Gestión previa a la realización de promociones o denigraciones
- 5.- Distracción de los bienes dados en custodia a persona que no es servidor público.
- 6.- Legislación comparada.

ANALISIS DE LAS FORMAS DE COMISION DEL DELITO DE PECULADO

1.- Diversas figuras delictivas contenidas por el artículo 223 del Código Penal vigente.

Como lo señalamos anteriormente, a partir de la reforma del 5 de enero de 1983, el Código Penal Federal previene cuatro formas de comisión del peculado las cuales serán transcritas conforme al texto del artículo que las tipifica.

"223.- Comete el delito de peculado:

I.- Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga a su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado, o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.

II.-El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover su imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

III.- Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, y

IV.- Cualquier persona que sin tener carácter de servidor público federal y estando obligado legalmente a su custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos

propios o ajenos a las de una aplicación distinta a la que se les destinó".

Esta reforma surgió sin duda, por la necesidad imperiosa para castigar la corrupción, que había adquirido niveles intolerables e insospechados, a partir del año de 1976, lo que condujo a la opinión pública a reclamar el saqueo y la constante administración fraudulenta, y en respuesta el legislador de 1982 estimó que había que ser más severo y cuidadoso en la reglamentación de la responsabilidad penal, traduciendo esto en que el delito de peculado fue ampliado considerablemente, con la intención clara de que bajo la amenaza de pena, los servidores públicos se comporten más prohibidos en el desempeño de sus funciones.

No cabe duda que resulta acertada la idea de reprimir la corrupción y sobre todo iniciarla con los funcionarios y empleados del Estado, pues ellos son los que con su prepotencia común propician el deterioro de los servicios públicos.

En efecto tal idea no resulta novedosa, ya desde hace más de dos siglos el pensador Montesquieu, en su tratado de filosofía política intitulado "Del espíritu de las leyes", dejaba clara la idea de como surge la corrupción, al señalar, que "la corrupción se transmite de los estratos superiores a los inferiores y no a la inversa", debido a -- que es en dichos niveles donde nace la necesidad del lujo y la ambición.

Pero lo importante será que el gobierno haga cumplir las reformas y continúe reforzando la frugalidad, evitando que reaparezca la corrupción, o por lo menos se controle dentro de lo tolerable.

Seguramente todas estas reflexiones inspiraron al legislador a reglamentar con apasionamiento y amplitud en torno a la moderación y la honestidad de los servidores públicos y así se tomó la decisión de ampliar, modificar e incluir disposiciones para vigilar y en su caso, sancionar las acciones contrarias a éstos principios.

Antes de continuar este estudio, recomendaré al lector tener presente que si bien era justa una reglamentación en este sentido, no -- fue lo suficientemente afortunada a lo que realmente pudo haber sido, --

primeramente porque se atendió más a razones de índole político y porque el apasionamiento desmesurado del legislador, provocó que se incurriera en demasiado causismo e incongruencias precisamente por no ajustarse a una técnica jurídica y sobre todo por no atender los estudios que para tal efecto se han realizado.

Cabe anotar, finalmente que el Código Penal considera en las fracciones II y III del artículo 223 peculados específicos de reciente creación y en dichos hechos están ausentes los sustanciales elementos propios del delito de peculado previsto en la fracción I de dicho numeral. Y en la última fracción se alude una conducta que tradicionalmente ha sido considerada como peculado, pero que si tiene los elementos principales de la figura que se analiza. Preciso es, por tanto, para contemplar el estudio de la materia, hacer las correspondientes referencias -- por separado.

De nueva cuenta observamos que desgraciadamente por la simplicidad con que se hizo las reformas, se omitió considerar que tales conductos podrían haber sido considerados dentro de las formas de participación que nuestro código establece, o bien apoyándose en la doctrina penalística en algunas de las fases del inter-criminis.

Sin todo lo anterior, no resultaría interesante nuestro estudio, porque son estas las razones que provocan interés en el análisis de las nuevas reformas, además de que puede despertar la inquietud, en aquellos que se preparan dentro de la profesión, en atender todos los detalles ya examinados por la doctrina, para cuando se les pueda presentar la oportunidad de participar en una reforma de ley.

Otro de los puntos que no quisiera omitir, antes de examinar detalladamente cada una de las modalidades del delito de peculado, es -- que hasta cierto punto es incomprensible que nuestro sistema, frecuentemente no reúne a los más capacitados o a los más ilustrados en las materias que se piensa legislar, ya que es innegable que nuestro país tiene -- muchos jurisperitos especializados y que pudieron reglamentar adecuadamente este título que se reformó.

2.- Distracción de dinero, valores, fincas u otras pertenencias al Estado.

La descripción contenida en la fracción I del artículo 223 de nuestro Código, siempre ha constituido la conducta delictiva realizada por los encargos públicos en contra de la administración de bienes del Estado.

Dicho artículo textualmente establece:

"Comete el delito de peculado:

I.- Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado -- a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa".

En este orden de ideas, se puede afirmar que este es el peculado clásico, puesto que a partir de las reformas del 5 de enero de 1983, se previenen nuevas figuras.

El peculado propiamente dicho, consiste en la apropiación de bienes pertenecientes a la Administración Pública realizada por un funcionario público o el encargado de un servicio público, cuando por razón de su cargo están en posesión de tales bienes y como se ha indicado se reglamenta en la primera fracción del artículo 223.

CONDUCTA TIPICA

La conducta típica del delito de peculado, la hace consistir nuestra ley punitiva a través de la fracción citada, en el hecho de "distraer de su objeto la cosa para usos propios o ajenos". En la legislación italiana vigente se habla de "apropiación", o "distracción" debido a que resulta trascendente en este derecho, diferenciar el peculado de la malversación. Se habla en las legislaciones argentina y española de "sustracción", de los objetos materiales del delito. Sin embargo debemos dentro de una esmerada interpretación, concluir que dentro del verbo "distraer" empleado por el legislador mexicano desde 1871, debe quedar implí

cita la "sustracción" de la cosa, dado que la expresión "para usos propios" así lo hace entender, puesto que implica que el agente aparta o extrae la cosa para obtener provecho personal, en vez de darle el destino público que corresponde conforme a la ley.

También debe entenderse como una disposición de la cosa como si fuera dueño. En la legislación italiana se utiliza la expresión ---- "apropiarse", indicando precisamente el hecho de disponer de una cosa - como si fuese el propietario (1), por parte del agente que posee la cosa sin olvidar que el funcionario siempre posee para el Estado y en ningún momento recibe para sí, es decir que tiene la tenencia de la cosa - más no la propiedad, y como en el delito de abuso de confianza recibe - en nombre de persona diversa, lo que hace que esto sea la esencia de la represión a esta conducta. (2).

Por otro lado, la expresión "distraer" significa destinar para otro objeto, pasar a un fin distinto de aquel a que originalmente estaba destinado, sin embargo para efectos de este delito sólo deben considerarse las distracciones cuando el destino va dirigido a un fin privado y no a un objetivo público o propio de la Administración Pública, pues en este último caso estaremos en presencia de otro delito. (3). De conformidad con lo establecido en la fracción III del artículo 217 de nuestro código penal, la distracción para un fin público distinto resulta una de las formas de comisión del delito de uso indebido de atribuciones y facultades.

El propio artículo 223 en su fracción IV establece una salvedad a lo afirmado anteriormente, ya que contempla como peculado la inversión distinta a la que originalmente se le dió a la cosa y que en su oportunidad se comentará con más amplitud, ya que se trata de una modalidad con características muy particulares.

- (1) Giuseppe Maggiore. Ob., cit. P. 161
- (2) Rodríguez Devesa. Ob., cit. P. 241
- (3) Giuseppe Maggiore. Ob., cit. P. 162

Si desearamos ser rigoristas con esta expresi3n, diriamos que es inadecuada, porque se trata de un sin3nimo de malversaci3n y que en el caso resulta demasiado amplia, adem1s de que el legislador pudo haber utilizado la acepci3n "disponer", pues se castiga la ofensa o abuso del funcionario, debido al acto de dominio realizado con los fondos, pero lo cierto es que desde el primer texto empleado por el legislador mexicano la distracci3n de la cosa informa el verbo t3pico en el delito de peculado y por ello en nuestro derecho la distracci3n de la cosa implica la inversi3n del t3tulo de la posesi3n y el comportamiento respecto de la cosa a modo de propietario ("utidominus") poniendo los bienes fuera del alcance de la custodia en que han sido colocados por las leyes, es decir, retir1ndolos de su destino de servicio p3blico e incorpor1ndolos al propio patrimonio. (4)

El reintegro de los caudales p3blicos distra3dos no destruye el delito y s3lo influir1 sobre la responsabilidad civil, proveniente del delito en lo relativo a la restituci3n de la cantidad utilizada. (5)

Por tanto resulta indiferente que el agente tenga constituida fianza inclusive superior a lo sustra3do, para la integraci3n del delito, en el cual tampoco se exige la causaci3n de un da1o o un entorpecimiento para el servicio p3blico. Desde este punto de vista, el peculado es un delito de predominante actividad y no de resultado material. En la legislaci3n, se atiende particularmente a la lesi3n patrimonial, cuyo monto sirve para graduar la pena.

Reafirmando lo transcrito en el inciso donde se analiz3 el objeto material del delito, se observa que mediante la expresi3n "dinero" y la de "valores" deben entenderse en sentido amplio los fondos monetarios p3blicos y privados, as3 como los valores en papel (documentos de cr3dito p3blico, sellos, estampillas, t3tulos de cr3dito de naturaleza gen3rica y t3tulos de cr3dito singulares). Entran tambi3n dentro de la tutela penal los inmuebles p3blicos y privados confiados al servicio p3-

- (4) Revista Criminalia. Mayo 1959. Delito de Peculado, escrito por Fern1ndez Doblado Luis.
 (5) Eugenio Cuello Cal3n. Ob., cit. P., 374

blico. Los bienes inmuebles del dominio público afectos a un servicio estatal, son como los de uso común, inalienables e imprescriptibles y - estandando fuera del comercio, no pueden ser objeto de ningún contrato; - no obstante que quedan a salvo de la apropiación fraudulenta de los funcionarios y encargados de los servicios públicos.

Respecto al peculado de uso, esto es, el uso temporal o momentáneo que el encargado del servicio público hace respecto de las cosas que se le confían, debe excluirse de incriminación en cuanto se refiere a bienes fungibles (peculado de especies). Así, no constituirá peculado, sino en todo caso un ilícito administrativo el empleo privado - del automóvil oficial o el llevarse a su casa por parte del sujeto activo los útiles y enseres de oficina para trabajar en asuntos privados. - Ello mientras no haya naturalmente ánimo de apropiación, pues como enseña Manzini: "se trata de un hecho precario, excepcional y destinado a - satisfacer una necesidad o también un capricho ocasional, que excluye - el comportamiento en el funcionamiento, como propietario en relación con la cosa" (6) El peculado de uso respecto a bienes fungibles, como la sustracción del dinero para usos privados, propios o ajenos comprometiendo el dinero público o de los particulares, sí consume el peculado, aún - cuando se haga con ánimo de restituir.

La "distracción" de la cosa para usos propios o ajenos, implica no ya el uso temporal y ocasional de la cosa sin alterar su destino, sino verdaderamente pasar una cosa a fin distinto de aquel al que - estaba destinada, vale decir desafectada, e impedir en esa forma que - cumpla su misión funcional dentro del servicio público, con perjuicio - de éste y en provecho del agente como dirección objetiva de su acción.

En la anterior forma, el uso disconforme puede realizarse - cuando el agente retira el dinero de la caja o impide que ingrese a - ella el dinero que como funcionario o encargado recibe, para emplear dichos fondos en uso privado, siendo indiferente que tenga el ánimo de - restituirlos.

(6) Ob. cit., P. 139

Como ya se dijo, la distracción puede consistir en aplicar - los fondos a un fin público distinto de aquel al que están destinados. Nuestro Código contempla expresamente como un uso indebido de atribuciones y facultades el hecho de que los servidores públicos, que teniendo a su cargo caudales del Erario, les den una aplicación pública distinta a aquella a que estuvieren destinados (art. 217 fracción III). Este delito, construido con carácter formal, no requiere que se cause perjuicio de ninguna naturaleza.

Sujeto pasivo en el delito de peculado, lo es el Estado, los organismos descentralizados y aún los particulares.

En orden a la conducta, el delito de peculado es un delito - de predominante actividad, susceptible de cometerse mediante acción o - por omisión.

El momento consumativo del delito de peculado, según lo veremos ocurre cuando se realiza la distracción del dinero, valores u otras cosas muebles e inmuebles a que se refiere la ley.

Se afirma que tratándose de apropiación de dinero, el delito no resultará consumado antes de que el encargado del servicio público - no se haya puesto en mora, omitiendo la entrega dentro del término debido. Se trata de un delito instantáneo.

Tratándose en el peculado, de un delito especial o propio es to es, que requiere una especial capacidad o cualidad en su autor, queda desde luego excluida toda autoría de una persona que no reúna dichas cualidades (intraneus). Autor o coautor del delito, sólo pueden serlo - las personas calificadas. Por lo tanto, una persona no calificada --- (extraneus) que participe en este delito especial, sólo podrá serlo a - título de cómplice. Un fuerte sector de la doctrina alemana, (Mezger, - Litz-Schmidt, Allfeld, M.E. Mayer, Nagler, Kohler) sostiene la posibilidad del castigo para el intraneus como autor mediato, cuando se ha servido como medio de una persona no calificada en la producción del resultado propo del delito especial.

Tampoco se tipificará este delito, cuando falta el presupes

to de previa posesión, es decir si no hay entrega material, judicial, - contractual o legal, no se estará en posibilidad de distraer los bienes.

ANTIJURIDICIDAD

Los hechos en que consiste el delito de peculado deben ser -- desde luego, objetivamente antijurídicos, no teniendo tal carácter aquellas sustracciones o distracciones que se hagan con el válido consentimiento del sujeto pasivo, o naturalmente en ejercicio de un derecho y en cumplimiento de un deber.

CULPABILIDAD

En lo concerniente a la culpabilidad, en el delito de peculado, el reproche se formula solamente a título de dolo. Para la sustracción propiamente dicha, debe estimarse como suficiente el dolo genérico, esto es, la voluntariedad del hecho con conciencia de obrar ilegalmente, por lo tanto no es configurable la culpa.

Dentro de nuestro actual sistema, el delito también conocido - como de malversación no es imputable al servidor público, por culpa, sin embargo en las legislaciones española y argentina si se presenta la culpa, inclusive anteriormente en nuestro derecho, concretamente durante la vigencia del Código de Almaraz, se previno el peculado culposo. Como --- ejemplo se cita, cuando un funcionario que actúa sin dolo hace la certificación de cuentas fraudulentas presentadas por un funcionario y autoriza su cobro. Aquí contemplaríamos hipotéticamente la realización de dos delitos distintos: una malveración culposa y un delito contra el patrimonio, que puede ser robo, defraudación, etc., pero en relación íntima uno con otro. El acto culposo del intraneus, da la ocasión para el acto doloso del extraneus, siendo la realización de éste posible gracias a la - producción de aquel. En este interesante enlace delictivo, el hecho doloso viene a ser una verdadera condición de punibilidad de la negligente - condición de la última. Sin embargo dicha figura no fué nuevamente in-- cluída por el legislador de 1983, no obstante que se incluyeron figuras más lejanas.

Volviendo a la actual reglamentación, en cuanto a la hipóte-

sis de "distracción, debe concurrir el dolo específico, consistente en el particular conocimiento del destino de la cosa y el fin de provecho propio o ajeno, (distráer para uso propio o ajeno) sin que sea requerido el ánimo de lucro.

Refiriéndose al elemento subjetivo de este delito, Levi, estima necesario: a) conciencia de ser un oficial público o encargado de un servicio público; b) conciencia de que la cosa es ajena en la apropiación, y de que tiene una particular destinación, en la distracción; c) conciencia de poseerla por razones de oficio o servicio (si no, surgirá un delito contra el patrimonio); d) conciencia y voluntad de apropiársela o distraerla; esto para la distracción, se traduce en el conocimiento de dar a la cosa una destinación no consentida.

Aproximadamente a las disposiciones jurídicas de códigos extranjeros, a las cuales hemos hecho referencia, aunque sin referirse propiamente al peculado, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, contiene la siguiente disposición generalísima y exenta de referencias subjetivas en orden a la culpabilidad: Artículo 47 fracción I... "Abstenerse de cualquier acto u omisión que cause suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión".

Dentro del aspecto negativo de la culpabilidad, un error esencial o substancial sobre los elementos que integran el tipo de peculado, puede, según el caso, desvirtuar la figura hacia un delito contra el patrimonio o eximir por completo de culpabilidad. Al respecto Maggiore señala: "Tampoco el dolo es excluído por la ligereza, a menos que esta se resuelva en un error de hecho (sobre la calidad del funcionario público, sobre la posesión o la pertenencia o sobre la sustracción o la distracción), en cuyo caso se aplica el artículo 47 C.P. It.". (7).

El orden a la culpabilidad, el peculado es por lo tanto, un delito doloso. El peculado culposo, si bien no sancionado penalmente, puede dar lugar a una responsabilidad administrativa o de carácter ci-

(7) Ob., cit., P. 170.

vil.

PUNIBILIDAD

El delito de peculado es sancionado en la parte final del artículo 223 con la pena de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar cargos públicos, cuando el monto de lo distraído no exceda de quinientas veces días salario en el Distrito Federal o bien no sea valuable; además cuando el monto excede de lo anteriormente señalado, se impondrá de dos a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces días salario, destitución e inhabilitación de dos a catorce años.

Este delito junto con los de cohecho (artículo 222) y Enriquecimiento Ilícito (artículo 224), son los que contemplan la penalidad más alta de los delitos cometidos por los servidores públicos en contra de la Administración y como todos los demás delitos del Título Décimo de nuestro Código, fija la cuantía como condición para aplicar las penas, sin olvidar que el elemento esencial de la acción y no de punibilidad lo es el provecho.

Como la pena se impone cuando se presenta cualquiera de las formas establecidas en las fracciones I a IV, sin distinguir particularmente alguna de otra, se considera que el juzgador deberá valorizar con mucho cuidado las conductas previstas por las fracciones III y IV, toda vez que en estos casos se presentan las siguientes circunstancias que el legislador omitió considerar:

En primer lugar, el delito de peculado protege los deberes de toda función pública y los casos que se contemplan en estas fracciones no hay tales deberes, dado que los sujetos activos en estos tipos no son servidores públicos, lo que repercute en que no tienen el conocimiento total de dichos deberes, y a su vez carecen parcialmente de una conciencia de obrar infringiendo la ley, pues es difícil que conozcan el código de conducta de los servidores públicos, sin olvidar que tampoco

co tienen imperio y por tanto tienen desventajas en cuanto a la guarda del bien o no pueden abusar del poder pues carecen del mismo.

Por otro lado, en el caso de la hipótesis establecida en la fracción IV, se sanciona también una malversación en sentido amplio, - lo que viene a ser tratado inequitativamente por el legislador, en virtud de que cuando se trata de una malversación cometida por un servidor público de conformidad a lo dispuesto por la fracción III del artículo 217, la graduación de la pena es menor y cuando la comete un individuo que no es servidor público, (artículo 223 fracción IV), inexplicablemente el legislador de 1983 graduó la pena con más severidad.

Resumiendo, en estos casos, al juzgador le corresponderá -- dar un trato equitativo igual a los iguales, sin que se incurra en el error de tratar con más rigorismo a aquellos individuos que de alguna manera carecen del imperio de autoridad, pues ello sería contrario al principio general de derecho que obliga aplicar una sanción con más severidad a aquellos que tienen un mayor conocimiento de la misma. Dicho tratamiento diferente se hará con fundamento en lo dispuesto por los artículos 51, 52 y 213 del Código Penal al individualizar la sanción.

Se destaca que ni la intención de restituir, ni la efectiva restitución, excluyen el delito, dando margen esta última sólo a una valoración de la pena, al individualizarla el juzgador, tomando en cuenta que hay necesidad de reparar daños y perjuicios, de conformidad con lo previsto por el artículo 213 del Código Penal.

No es conveniente continuar, si nos olvidamos de que hasta - hace poco y en algunas legislaciones de los Estados, la restitución de lo distraído atenúa o atenúa (peculados locales), la sanción considerablemente, pero debido al caso Méndez Docurro, (8) la opinión pública criticó severamente tal atenuación, decidiéndose entonces que se suprimiera en la legislación federal.

No obstante lo anterior, no debemos olvidar que las tenden--

(8) Citado por Raúl Carrancá y Rivas en su obra Código Penal Anotado. P. 538.

cias modernas de Derecho penitenciario, aconsejan la imposición de penas cortas y la readaptación social del reo y sobre todo, no nos apartemos de la idea apuntada con anterioridad, de que el móvil de este delito es económico, basado fundamentalmente en una desmesurada ambición del sujeto activo, por lo que resulta lógico pensar de que cualquier individuo antes de cometer el delito, toma en cuenta que debe correr el riesgo de que la pena, hasta de 14 años, se vea compensada por la satisfacción total de su sentimiento de ambición, ello trairá como consecuencia, entre otras cosas, que los delincuentes en este delito, cometen distracciones más cuantiosas, tratando de compensar la severa pena que se les puede imponer y no como pudiera ser en el caso de atenuación de la pena, que devolviera para conseguir su libertad.

Respecto a la participación propiamente dicha, la autorizada pluma de Mariano Jiménez Huerta, señala: "En estos tipos delictivos (especiales o propios), la cualidad del sujeto activo se objetiviza, como ya anteriormente hemos afirmado, en las conductas típicas que integran las esencias antijurídicas de cada una de ellas, las cuales trascienden típicamente no solamente en relación al sujeto activo primario, sino también en orden a los sujetos activos secundarios, a virtud del principio de identidad típica que norma y regule la participación criminal. El hecho realizado en común es puesto a cargo, con su nombre típico, de todos los concurrentes". Para este autor halla aplicación aquí el artículo 54 del Código Penal.

Destacamos por último, la posibilidad de un peculado continuado, en el caso de repetidas sustracciones de cosas o caudales hechas con su mismo designio criminal por parte del encargado de un servicio público, habiéndolas recibido por el mismo concepto.

En cuanto a las especiales formas de aparición del delito, cabe decir en orden al desarrollo del delito, que el momento consumativo devendrá en el peculado, cuando ocurra la dolosa sustracción o distracción de las cosas muebles o inmuebles que el encargado del servicio público posee por razón de cargo, independientemente de que se ha-

ya realizado o no un daño patrimonial, pues como se ha sostenido con acierto, el peculado no es un delito contra el patrimonio, sino como ya lo vimos, un delito contra la pública administración que se resuelve en una violación a los deberes de fidelidad y probidad del agente en relación con la administración pública. Respecto al peculado de cosas, el momento consumativo se presentará en cuanto el agente verifique un hecho que manifieste su voluntad de tener la cosa como propia. Igualmente respecto de fondos, se consumará el delito que estudiamos, en cuanto el sujeto activo incorpore a su propio patrimonio el dinero destinado al público servicio, comprometiéndolo y sometiénolo a riesgo, que por su condición de dinero público no debe de ningún modo correr. En el caso de los receptores o recaudadores de ingresos del Estado, y para el efecto de la consumación, habrá de estarse la fórmula -- del debido tiempo, en que el agente debe entregar lo percibido. (9).

Ya dejamos anotado en el Código de 1871 el conato de peculado, era castigado con la pena de destitución de empleo. (artículo 1031). Aún cuando el vigente no conservó una disposición semejante, debe concluirse que es admisible la punibilidad por tentativa en el peculado.

3.- Utilización de fondos públicos o beneficios otorgados para promoverse políticamente o denigrar.

La fracción II del artículo 223 contempla parcialmente una forma nueva de comisión del delito de peculado, haciéndola consistir en el hecho de que el servidor público indebidamente utilice fondos federales u otorgue alguno de los actos que amplían la esfera jurídica de los particulares para promover su imagen política o social, o para denigrar a alguien.

Cabe aclarar nuevamente que tipificar esta conducta resultó inútil, pues encuadra también dentro del peculado clásico dado que el hecho de utilizar los fondos públicos, equivale a distraerlos de su objeto, además de que el legislador en forma inadecuada empleó el cali

(9) Revista Criminalística. Mayo 1959. Delito de Peculado por Luis Fernández Doblado.

ficativo "indebidamente", pues este sugiere la idea de que los servidores públicos puedan utilizar fondos federales para su beneficio, lo que resulta infundado, ya que tales fondos originalmente están afectados a fines públicos y por tanto no podemos concluir que el servidor público que utiliza los fondos para promoción de su persona lo haga conforme a la ley, es decir en forma debida.

A lo largo de este trabajo se ha insistido en que el elemento esencial de la acción de delito de peculado, lo es el provecho que obtiene el agente, y éste, no necesariamente se exige que sea de contenido económico y tampoco se exige que el provecho sea para el servidor público, dado que la fracción I indica que la distracción sea para usos propios o ajenos. Esta segunda característica, se ve fortalecida por la descripción de la fracción II, pues señala que la promoción política y social también se sanciona cuando se haga en beneficio del superior jerárquico o de un tercero, toda vez que esto puede beneficiar indirectamente al servidor público o por lo menos se trata de distracciones para fines privatistas.

Por lo anterior considero que no es necesario analizar esta conducta con más detalle pues no se trata de una forma diferente de peculado, ya que esta última contiene los mismos elementos que la forma tradicional ya estudiada.

Independientemente de lo expuesto, por tratarse de un delito alternativamente formado, es decir que se preveen dos o más hipótesis comisivas y el tipo de colma con cualquiera de ellas, hay que analizar el hecho de que el servidor público utilice los fondos para denigrar a alguien, toda vez que en este caso, surge la pregunta de que si efectivamente persiste el elemento esencial de la conducta.

Al respecto se estima que en esta descripción delictiva la naturaleza intrínseca del peculado es cambiada radicalmente, puesto que el elemento provecho desaparece, ya que sustancialmente la represión se orienta con exclusividad al abuso que comete el agente, olvidando el elemento o beneficio, dado que sólo se reprime al aprovechamiento indebido-

del servidor público de su situación, en virtud de que éste tiene bajo su encargo dichos fondos y abusa del poder, con todo lo cual se constituye la distracción para efectos del delito de peculado.

No obstante lo anterior, resulta que si bien es cierto que se puede considerar como una distracción para usos ajenos, no aparece con claridad el elemento provecho y por tanto rompe con la tradicional forma de conducta del peculador, esto puede considerarse como un error pues no es congruente que se haya incluido esta hipótesis como delito de peculado, pues la misma pudo haber sido encuadrada en otro delito y en el caso, parece más un abuso de autoridad, o un uso indebido de atribuciones y facultades, pues en el primer caso no se atiende el elemento provecho y si el abuso de facultades y en el segundo parece más un mal manejo de fondos, en sentido amplio, que una sustracción. Quizás la razón más clara de este tipo de asimilación de figuras, la encontramos en el hecho de que resulte más eficaz la amenaza o amago, al tipificar esta conducta como peculado y no como los delitos que se indicaron, porque el primero castiga con más severidad que los otros.

También se hace consistir como delito, cuando el servidor público otorga alguno de los actos administrativos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, para los mismos fines.

Se reafirma con la transcripción que antecede que el legislador incurrió en extremo casuismo, pues esta conducta absurdamente se reprime en tres ocasiones diferentes, tomando en cuenta en cada caso, las causas o motivos particulares que impulsaron al agente a realizar el hecho delictivo. Es decir, que atendiendo la subjetividad de la conducta del sujeto activo, el otorgamiento de los actos administrativos mencionados, dará lugar a una triple calificación del hecho, según pueda ser: Uso indebido de atribuciones y facultades; Ejercicio abusivo de funciones o Peculado.

En efecto el artículo 217 fracción I del Código Penal, establece que comete delito de uso indebido de atribuciones y facultades el

servidor público que otorgue "Concesiones de servicio público o de explotación aprovechamiento y uso de bienes de dominio federal; permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico; franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre contribuciones e ingresos fiscales, sobre precios de tarifas de los bienes de servicios producidos o prestados por la Administración Pública Federal o del Distrito Federal; otorgue, realice o contrate, obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos".

Para que se agote éste delito, basta el otorgamiento hecho en contravención a una ley, sin que exista algún interés público preponderante, sin que sea menester que el servidor público obtenga beneficio alguno, sino que más bien se protege el adecuado manejo de esas facultades y con ello se pretende garantizar el debido funcionamiento de la Administración.

También el artículo 220 fracción I establece, que comete el delito de ejercicio abusivo de funciones, el servidor público indebidamente otorgue: Concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, efectúe compras o ventas o realice cualquier otro acto jurídico que produzca beneficios económicos a su persona, a su cónyuge, familiare, etc.

En este caso el tipo se colma con el otorgamiento (en los casos que estamos relacionando) que produce beneficios económicos.

Finalmente el artículo 223 fracción II tipifica como peculado, cuando se otorga alguno de los actos administrativos multicitados, obteniendo el servidor una promoción de su imagen política y social o que se otorgue para denigrar a alguien.

El abuso del servidor público, en este caso, solo constituirá delito de peculado cuando el beneficio obtenido con el otorgamiento, — sea el promocional política o socialmente al otorgante, o bien consiga que se le haga mala fama a una persona. Cuando sea este el beneficio obtenido o el perjuicio ocasionado, resulta ser la conducta más grave, se

servidor público que otorgue "Concesiones de servicio público o de explotación aprovechamiento y uso de bienes de dominio federal; permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico; franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre contribuciones e ingresos fiscales, - sobre precios de tarifas de los bienes de servicios producidos o prestados por la Administración Pública Federal o del Distrito Federal; otorgue, realice o contrate, obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos".

Para que se agote éste delito, basta el otorgamiento hecho en contravención a una ley, sin que exista algún interés público preponderante, sin que sea menester que el servidor público obtenga beneficio alguno, sino que más bien se protege el adecuado manejo de esas facultades y con ello se pretende garantizar el debido funcionamiento de la Administración.

También el artículo 220 fracción I establece, que comete el delito de ejercicio abusivo de funciones, el servidor público indebidamente otorgue: Concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, efectúe compras o ventas o realice cualquier otro acto jurídico que produzca beneficios económicos a su persona, a su cónyuge, familiare, etc.

En este caso el tipo se colma con el otorgamiento (en los casos que estamos relacionando) que produce beneficios económicos.

Finalmente el artículo 223 fracción II tipifica como peculado, cuando se otorga alguno de los actos administrativos multicitados, obteniendo el servidor una promoción de su imagen política y social o que se otorgue para denigrar a alguien.

El abuso del servidor público, en este caso, solo constituirá delito de peculado cuando el beneficio obtenido con el otorgamiento, - sea el promocional política o socialmente al otorgante, o bien consiga que se le haga mala fama a una persona. Cuando sea este el beneficio obtenido o el perjuicio ocasionado, resulta ser la conducta más grave, se

gún nuestro Código; además podemos observar que en relación con las otras dos conductas descritas, existe un problema de prueba, puesto que para tipificar el peculado hay que acreditar que efectivamente el otorgamiento se hizo o para denigrar o para promoverse política o socialmente, sin que esto último sea necesariamente realizado, puesto que expresamente la fracción indica que "con objeto", lo cual da la idea de que sólo hasta la intención de denigrar o promoverse. Entonces el tipo se agota con el otorgamiento hecho con la intención de perjudicar o beneficiarse.

Visto lo anterior puede observarse que el legislador se hubiera evitado muchos problemas y en consecuencia, actuar en forma práctica si subsume en una sola conducta, las tres que hemos analizado, agrupándolas en lo que puede ser el tipo genérico previsto en la fracción I del artículo 217 del Código Penal, toda vez que esta descripción está exenta de cualquier condición subjetiva que haya impulsado al agente en la comisión del delito.

Respecto al resto de los elementos del delito coinciden con el tipo genérico, inclusive existe coincidencia en el presupuesto del delito, y al igual que aquel, es indispensable cuantificar el valor del beneficio otorgado con el acto administrativo o los fondos públicos, para el efecto de la aplicación de la pena.

4.- Gestión previa a la realización de promociones a cambio de fondos públicos.

Esta figura descrita en la fracción III del artículo 223, está íntimamente relacionada con la fracción anterior, no sólo porque recaé la conducta delictiva en los mismos bienes, sino porque se trata de una conducta que consiste en pactar ilegalmente ciertos compromisos y sin embargo, como en el delito de cohecho da lugar a dos formas delictivas.

Como lo analizamos anteriormente, se creó esta nueva modalidad del peculado y se atendió tal, a que el delito se puede originar por una proposición del servidor público, o por iniciativa de un particular.

En el primer caso, estaremos ante la hipótesis prevista en la-

fracción II del artículo 223, mientras que en el segundo caso se tipificará delito en los términos de la fracción III del mismo artículo, dependiendo del papel que juegue el sujeto dentro del pacto.

Importante es, según lo dispone la fracción III, que la protección sea más amplia que en la conducta anterior, toda vez que constituye delito solicitar o aceptar, no siendo necesaria la consumación del objeto que se persigue, mientras que en el tipo anterior, se requiere para consumir el delito que se dispongan de los bienes.

Sin embargo en esta fracción III más que una forma de peculado, esto acertadamente resultaba una forma de participación que encuadraba dentro de lo previsto por la anterior fracción II del artículo 13 del Código Penal y que actualmente en puridad satisface las hipótesis de las fracciones I o V del mismo artículo, según el caso.

En efecto, correctamente es una forma de participación previa a la realización del delito, dado que se induce al servidor público a cometer una distracción de fondos o en todo caso, se efectúa un acuerdo bilateral para distraer fondos que inclusive puede encuadrar dentro del supuesto de tentativa establecido por el artículo 12 del Código Penal, en virtud de que dicho acuerdo puede iniciarse su cumplimiento, mediante la ejecución de actos que preparen la distracción, pero la consumación de esta puede no llevarse a cabo por alguna auditoría, conducta que sin duda quedará tipificada como una tentativa.

Todo ello vuelve a resaltar el deseo del legislador de reglamentar rigurosamente los actos de corrupción pero también su innecesario casuismo que lo llevó a incurrir en continuas deficiencias técnicas a nuestra Ley Criminal.

También podemos concluir que no parece lógico que se sancione con mayor severidad a un particular que se beneficie con fondos públicos que a un servidor público que efectúe lo mismo pero abusando de su posición, sin embargo no olvidemos que en mucho de los casos puede ser que las actitudes desleales de los servidores públicos se realizan por la insistencia de los particulares, además de que dentro de la exposición de -

motivos de esta reforma se consideró que era necesario ser más enérgico con la sociedad en general y no sólo con los encargados de las funciones públicas.

Por otro lado podemos señalar que no resulta adecuado que técnicamente estas conductas se prevean dentro del capítulo denominado "Delitos cometidos por los Servidores Públicos".

Las legislaciones de Holanda, Dinamarca y Suiza, reglamentan estas conductas en el capítulo relativo a "Crímenes contra la Autoridad Pública". En Polonia se encuadra dentro de las conductas de "Infracciones contra las autoridades públicas y Oficiales Públicos".

No obstante lo anterior, nuestra legislación y muchas otras, por cuestiones prácticas las incluyen dentro del capítulo de "Delitos cometidos por los Servidores Públicos". Estas razones consisten en que resulta más cómodo manejar el Código si encuadramos las conductas una tras otra, ya que así podemos observar simultáneamente figuras que coinciden por cuanto hace a la participación en el delito de dos sujetos, pero que constituyen figuras delictivas autónomas.

Además no resulta del todo incongruente que se agrupen de esta forma, toda vez que atacan al mismo objeto jurídico o por lo menos, el mismo objeto material como es el caso en estudio.

Esta conducta no constituye propiamente peculado, sino que se trata de una equiparación o como los denomina el maestro Jiménez Huerta son delitos espúrios, y por tanto, no existe el deber de probidad por parte del agente, ni se requiere que exista entorpecimiento del servicio o actividad pública, sino que más bien se pretende evitar que los particulares induzcan la actuación desleal del servidor público, tratando a su vez que no actúen en complicidad con aquel, creando responsabilidad en el particular.

De lo anterior se desprende que el objeto jurídico no es precisamente la protección del deber de probidad, no obstante esto si subsiste la protección de la normal prosecución de las funciones públicas, pero sobre todo la protección recae en los fondos públicos o bien

en aquellos actos administrativos de contenido económico y que van en un momento dado en detrimento del patrimonio del Estado.

El sujeto activo del delito previsto en esta fracción, puede serlo cualquier persona física, a diferencia del tipo previsto en la --- fracción I que es calificado.

Ya habíamos dicho que el delito se consume en este caso, con la simple proposición hecha al servidor público, no siendo necesario que este último la acepte; y para el caso que la proposición provenga del --- servidor público no será necesario que el agente reciba los beneficios o los fondos, siendo suficiente para agotar el tipo que el agente realice las promociones o denigraciones.

Por lo demás resulta aplicable lo expresado para la fracción --- II, pues la relación es tan estrecha que no podemos establecer distinciones entre estas dos figuras, por tanto, cabe agregar lo expresado al analizar la fracción anterior, por cuanto a que en todo caso hubiera sido --- más adecuado el encuadrar esta figura delictiva en un segundo párrafo --- adicionado a la fracción I del artículo 217 y sin considerar que la aceptación de recibir el o los beneficios, se hicieron por una causa determinada que motivó al proponente a pactarlo, es decir que bastaría sancionar a aquel individuo que solicite o acepte recibir algún beneficio de los servidores públicos, sin que se adecúe a lo establecido por las leyes, sino que más bien lo haga por proporcionar al servidor público una contraprestación que compense el beneficio que ha recibido.

Finalmente podemos afirmar que en estas dos fracciones se da un buen paso, al intentar hacer un reconocimiento expreso en la ley, de la posible comisión del delito de peculado, sin que se obtengan beneficios de índole económica y además que serán sujetos del delito tanto el encargado de una función pública como el que acepte el pacto ilegal, lo que pudiera lograr que la ciudadanía en general advierta su participación definitiva en los índices elevados de corrupción.

5.- Distracción de los bienes dados en custodia a persona que no es ser-

vidor público.

El delito de peculado básicamente ha consistido en una disposición que protege los bienes públicos de aquellos individuos que por razón de funciones los manejan con cierta libertad.

No obstante que dicha protección esencialmente es para sancionar el mal manejo que puedan hacer tales sujetos, desde nuestro primer ordenamiento criminal se ha extendido la disposición, para proteger los bienes públicos de aquellos individuos que aunque no están revestidos de funciones públicas con carácter de autoridad, esto es con actividad de imperio, tienen ya sea la administración, custodia o la simple actividad de la Administración Pública, tanto en los aspectos de la actividad económica, cada vez más inmiscuida la Administración, como para ejercer el buen gobierno.

Por ello desde nuestro primer Código Penal de 1871, bajo la expresión "...aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario...", se reglamentaba la posibilidad de un peculado cometido por un particular, a quién la Administración Pública, le confiaría sus fondos, bienes o recursos para determinado destino (explosión, traslado, custodia, vigilancia o cualquier otra causa equivalente).

En nuestro reformado artículo 223 fracción IV se establece esta particular protección de la siguiente manera:

"Artículo 223.- Comete el delito de peculado:
 ...IV.- Cualquier persona que sin tener carácter de servidor público federal y estando obligado legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se destinó".

Esta disposición aparentemente establece la posibilidad de comisión de peculado, sin que se surta la calidad del sujeto activo.

Sin embargo, esto no resulta cierto, pues si observamos detenidamente la redacción de la fracción IV, el manejo de los recursos federales se hace consistir en: "...la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales..." pero tales actos son "legalmente" conferidos.

De ahí que aunque se carezca de la calidad específica de servidor público, el agente tiene una calidad por "equiparación", ya que solo podrá ser sujeto activo del delito quien este autorizado por la ley, para administrarlos.

También de estas expresiones utilizadas por el legislador se infiere que el presupuesto del hecho subsiste, en virtud de que existe una entrega previa basada en una cuestión objetiva, (decreto, orden de autoridad, contrato, etc.), y no por una razón de naturaleza privada.

Dicho de otro modo, solo cometerá peculado quien sustrae algún recurso federal, estando virtualmente obligado a su custodia, no en razón del cargo sino por mandato expreso de la ley.

Extendiéndonos un poco más la autorización no sólo será por medio de una ley o decreto, sino que incluirá también la designada por autoridad judicial o administrativa, o mediante contrato o convenio, casos en que se hará de acuerdo a la ley.

CONDUCTA TIPICA

Incurrirá en peculado el particular autorizado legalmente que malverse un recurso público federal.

En consecuencia la acción equivale a apropiación definitiva con ánimo de no restituir, apartarlos de su destino específico, separarlos o simplemente retenerlos.

El objeto material en este tipo se hace consistir en cualquier recurso público federal, con lo que claramente se deja fuera a los recursos federales que no son públicos, esto es a todos aquellos recursos del Estado destinados a fines privados, como son empresas en donde el Estado tiene una participación minoritaria y que su actividad se-

constríne exclusivamente a fines comerciales y con esto se refuerza la idea ya anotada, de que los recursos del Estado afectados para fines mercantiles no requieren de una protección especial, toda vez de que guardan una situación de igualdad con respecto a los particulares.

Al igual que el peculado tradicional se consuma el delito en forma instantanea y el delito está alternativamente formado, en virtud de que la conducta se surte o con la distracción para usos propios o ajenos, o con la aplicación distinta al fin que originalmente se tuvo.

ANTI JURIDICIDAD

Estaríamos ante el aspecto negativo de la antijuridicidad, si se destinaran los recursos a un fin distinto al que originalmente tenían, siempre y cuando el destino diverso sea público, evitando un perjuicio a la Administración por ser conveniente aplicarlos para un objeto que beneficia más al destino público que el que originalmente se le dió.

CULPABILIDAD

Como en el peculado clásico la comisión del delito será dolosa.

FUNIBILIDAD

Para los efectos de este delito nos remitimos a lo expresado para el tipo clásico, pero insistiendo en que esta forma delictiva merece una valoración especial por parte del juzgador al individualizar la pena.

6.- Legislación comparada.

Siempre resulta útil analizar distintas descripciones típicas que las legislaciones extranjeras contienen en cada uno de sus ordenamientos legales.

Debido a que no es el objetivo de este estudio abundar en el tema, sólo me concretaré a transcribir en forma selectiva, las leyes penales de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, de Italia, Alemania, Estados Unidos, Cuba y Puerto Rico, con lo que se observará clara-

mente, diversas tendencias que existen al reglamentar este delito.

Código Penal Soviético.

Dentro del título "Delitos cometidos por los Funcionarios Públicos" el artículo 116 establece que se sanciona "La apropiación o malversación de dinero, valores u otros bienes que por razón de sus funciones o para la ejecución de una comisión dada, se hallen a su disposición, realizada por un funcionario o persona comisionada con privación de libertad hasta 3 años".

La malversación o apropiación cometida por las mismas personas, cuando tengan facultades especiales, así como la apropiación de valores del Estado de importancia especial, serán sancionados con privación de la libertad no inferior a dos años y confiscación de bienes. (10)

Este ordenamiento reputa como funcionario a "...aquellas personas que desempeñan una función permanente o temporal en una institución del Estado o de los Soviets o en sus empresas, así como en las organizaciones o asociaciones, a quienes la ley impone determinados deberes, derechos y facultades para la ejecución de tareas económicas, administrativas, profesionales u otras de carácter público".

Así mismo considera que "Los funcionarios de las asociaciones profesionales responderán como los funcionarios públicos de los delitos cometidos en el desempeño de su servicio (peculado), cuando sean acusados por acuerdo de tales asociaciones".

Código Penal Italiano.

Bajo el título "Delitos contra la Administración Pública" la ley penal italiana dispone en dos artículos la conducta de peculado y la de malversación, de la siguiente manera: "Artículo 314.- El oficial público o el encargado de un servicio público que teniendo por razón de su oficio o servicio la posesión de dinero o de otra cosa mueble perteneciente a la Administración Pública, se apropia de ello o lo distrae en provecho propio o ajeno, es castigado con la reclusión de tres a diez años y con multa no inferior a ocho mil liras".

(10) Luis Jiménez de Asúa. Derecho Penal Soviético. P. 116.

"La condena importa la interdicción perpetua de los oficios públicos. Sin embargo, si por circunstancias atenuantes se inflige la reclusión por un tiempo inferior a tres años, la condena importa la interdicción temporal". (11).

Mientras que el artículo 315 señala que: "El oficial público o el encargado de un servicio público que se apropia o en cualquier otra forma distrae en provecho propio o de un tercero, dinero o cualquier cosa mueble perteneciente a la Administración Pública y en cuya posesión esté por razón de su oficio o servicio, es castigado con la reclusión de tres o ocho años y con la multa no inferior a ocho mil liras". Indicando que se aplican las disposiciones del apartado del artículo anterior, que alude la pena de interdicción y las circunstancias atenuantes.

Código Penal Alemán.

"Crímenes y delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas", es el título donde se encuentra establecida la figura de peculado y específicamente es el artículo 350, el que hace la descripción de la siguiente manera: "Apoderamiento de dinero u otras cosas que el empleado ha recibido o tiene en custodia en su carácter de tal". (12).

El artículo 351 establece la sanción y esta consiste en "... Prisión no inferior a tres meses, desposeimiento de los derechos cívicos honoríficos" pero la pena grave es de seis meses a diez años y es agravante "tener incorrectamente", alterar, registros, libros, etc., o presentar comprobantes, balances, etc., incorrectos.

Ley Federal Criminal de los Estados Unidos.

El título donde se encuentra el delito de peculado se ubica en el capítulo IX "Ofensas relativas a los deberes oficiales", estableciéndose en la sección 88 una figura que equivale a la malversación en sentido amplio, es decir que más bien se trata de delito de uso indebido de atribuciones y facultades previsto en la legislación mexicana, por cuan-

(11) IL Codice Penale Italiano. Sofo Borghese 1953. Ed. Casa Editrice Dott Francesco Vallardi Milano

(12) Derecho Penal. Parte especial. Edmund Mezger. P. 403 Ed. Bibliográfica Argentina 1954.

to a que se sanciona el destinar fondos a un fin diverso al que originalmente se tenfa.

Es en cambio, la sección 89 en donde se establece la malversación en los siguientes términos: "Cualquier oficial u otra persona - a cargo, por cualquier Acta del Congreso, para mantener a salvo los - fondos públicos, que tenga o use o convierta para su uso propio, o deposite en un banco o lo cambie por otros fondos, salvo cuando esta permitido por la ley, cualquier porción de dinero público entregado a él - para guardarlo, será culpable de malversación de dinero, usado, convertido, depositado o cambiado. Será multado con una suma igual a la cantidad de dinero malversado y puesto en la cárcel por no más de diez -- años". (13).

Código de Defensa Social Cubano.

El título "Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos", los artículos 420, 421 y 422 previenen las figuras equivalentes al peculado, de la siguiente manera: - "420.- A) El funcionario público que teniendo a su cargo caudales o -- efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan, será sancionado:

1° Con privación de libertad de seis meses y un día a dos años, si el - valor de los sustraído no excede de cien pesos.

2° Con privación de libertad de dos años y un día a cinco años, si exce - de de 100 pesos y no pasa de 5,000 pesos.

3° Con privación de libertad de cinco años y un día a diez años, si -- excede de 5,000 pesos.

B) Cuando comprobada la existencia de la sustracción no fuere posible fijar su cuantía, el Tribunal impondrá la sanción de los límites - establecidos en el inciso 2° del apartado A), teniendo en cuenta las - circunstancias concurrentes.

C) En todos los casos se impondrá además al culpable una sanción

(13) Federal Criminal Law William H. Atwell, Fourth Edition. Biblioteca de Los Angeles.

de interdicción absoluta por un período igual al de privación de libertad al que se le impusiere.

421.- A) El funcionario público que por imprevisión, imprudencia, negligencia o impericia inexcusable, diere ocasión a que otra persona sustrajere los caudales o efectos 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 100 a 300 cuotas.

B) Si el funcionario culpable reintegrare antes de abrirse el juicio oral, los caudales, valores o efectos sustraídos o mediante su gestión se logre dicho reintegro, la sanción de multa no excederá de 100 - cuotas.

422.- A) El funcionario público que con perjuicio o entorpecimiento del servicio distrajere de algún modo los caudales, valores o efectos dispuestos 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 100- a 150 cuotas.

B) Si reintegrare los caudales, valores o efectos sustraídos la sanción será de suspensión de tres meses a dos años y multa de 90 a 250 cuotas.

C) Si el hecho se ejecutare sin perjuicio ni entorpecimiento del servicio público, y hubiere habido reintegro, la sanción será de multa de 60 a 150 cuotas". (14).

Código Penal Portorriqueño.

"Delitos contra el Erario de Puerto Rico", es el título en donde se contiene el artículo 372 que describe la figura de peculado o malversación como a continuación se transcribe: "Todo funcionario de Puerto Rico o de cualquier Municipio o Distrito Local y toda persona en cargada de recibir o guardar, traspasar o desembolsar fondos públicos — que:

(14) Códigos Penales Iberoamericanos. Luis Jiménez de Asúa - Francisco Carsi. Ed. Andrés Bello Caracas 1956. P. 855.

- 1° Sin autoridad legal los apropiare del todo o en parte para su uso particular o el de otra persona; o,
- 2° Los prestare, o cualquier porción de ellos; o que especulare con ellos o los utilizare por cualquier objeto no autorizado por la ley; o,
- 3° No los conservare en su poder hasta desenvolsarlos o entregar los por autorización de la ley; o,
- 4° Depositare ilegalmente, todo o parte de ellos en algún banco, o en poder de algún banquero u otra persona; o,
- 5° Canjeare o consitiere cualquier porción de ellos, bien en metálico, en papel y otra moneda corriente, sin autoridad legal para ello; o,
- 6° A sabiendas llevare una cuenta falsa o hiciere algún asiento-falso, raspadura en alguna cuenta de dichos fondos o que se relacionare con los mismos; o,
- 7° Fraudulentamente alterare, falsificare, adulterare, destruyere o tachare cualquier cuenta o documento que se relacione con ellos; o,
- 8° Voluntariamente se negare o dejare de pagar a su presentación cualquier otra letra, orden o libramiento girado por autoridad competente contra los fondos públicos en su poder; o,
- 9° Voluntariamente dejare de traspasar los mismos, en los casos en que la ley exige dicho traspaso; o,
- 10° Voluntariamente dejare o se negare a entregar a algún funcionario u otra persona autorizada por la ley para su recepción, -- cualquiera cantidad de dinero que por la ley estuviere en la -- obligación de entregar como queda dicho.

Incurrirá en pena de presidio por uno a diez años quedando además incapacitado para ejercer cargo público". (15).

CONCLUSIONES

Los cambios en las relaciones humanas organizadas políticamente rara vez opera de manera gradual, progresiva, uniforme y continuada, sino por saltos ocurridos después de etapas que comprenden a veces centenares de miles de años, cuando se presenta un nuevo signo de los tiempos, según el cual se ordenan los más diversos fenómenos extraños entre sí por su origen y que pueden diferir de lugar a lugar.

Sabemos que desde sus inicios destaca la importancia que se le ha dado al cuidado de las cosas públicas, es decir que en cualquier sociedad primitiva pero organizada, los bienes destinados a fines públicos, son protegidos con especial cuidado de los posibles malos manejos que los puedan afectar y de esta forma inicialmente al peculado se le consideró como un robo de cosas públicas protegiendo así tales bienes públicos, posteriormente se amplía para comprender un sin número de defraudaciones cometidas por las personas encargadas de las funciones públicas, hasta que finalmente adquirió la forma consistente en la sustracción o distracción de bienes públicos dados en custodia.

La importancia de los fondos públicos federales aumenta en la medida de que el Estado incrementa su radio de acción, mediante su intervención en la vida económica nacional, constituyendo dicha intervención uno de los grandes fenómenos de la actualidad.

Es hasta durante el primer cuarto de nuestro siglo cuando la participación del sector público se vuelve decisiva para la economía nacional y por ello debe fortalecerse el deseo de proteger todos los bienes públicos, como se demuestra con la expedición de los Códigos Penales del 29 y 31, los cuales previenen la figura tradicional del peculado.

Pero todo ello resultó insuficiente pues es bien sabido que en los últimos años el sentimiento de ambición, llegó al extremo en nuestra sociedad principalmente en los servidores públicos, quienes con su común prepotencia obtuvieron enriquecimientos desmesurados, hasta el grado de hostentar el lujo en sus mansiones y la obtención de bienes --

que solo podían amasarse en la época feudal.

Ante tal situación surgió la necesidad imperiosa de ampliar las formas delictivas y sancionar con mayor rigor.

Las mismas circunstancias tenían que repercutir en nuestro delito a estudio, dado que su importancia es evidente, no obstante que -- por la frecuencia con que se comete resulta menor que el delito de cohecho, por la cuantía de los daños que ocasiona al Estado, es infinitamente superior y si aunamos a esto el hecho de que el sujeto activo de este delito lo es precisamente, quien expresamente está facultado para vigilar dichos bienes y que por ello tienen a su alcance todos los medios para enriquecerse o enriquecer a otros indebidamente, arriesgando además, los recursos indispensables para el bienestar de la comunidad.

La preocupación natural que provocó el constante comportamiento desleal de las personas que ejercían las funciones públicas, acertadamente hizo pensar en la necesidad de defender los bienes públicos de sus administradores.

Este acierto no puede ser el único, sino que lógicamente provocó el loable intento de precisar lo que el derecho penal considera como servidor público y que con anterioridad requería el trasladarse a otras disciplinas jurídicas públicas o sociales para poder conceptuarlo.

Asimismo, debe destacarse el reconocimiento expreso que hizo el legislador de 1983, de que el agente no necesariamente obtiene un beneficio económico, sino que puede ser un beneficio político, o simplemente una satisfacción al denigrar a alguien.

Por último, se actualiza la graduación de la pena atendiendo la situación económica del país, puesto que se basa en el parámetro salario mínimo diario, lo que permitirá sin duda una mayor certeza y permanencia de nuestra ley penal.

Lo mismo sucede por lo que hace a las disposiciones para imponer las sanciones económicas.

Frente a lo expuesto no podemos omitir considerar, las deficiencias técnicas en que incurrió el legislador de 1983 y que originó de

masiado casuismo, como ha quedado apuntado a lo largo de este trabajo, pero ahora le corresponde a los jurisperitos la tarea de hacer más eficaz la tutela penal que a través de ese delito se realiza.

BIBLIOGRAFIA

- ATWELL WILLIAM H.,
Federal Criminal Law. Cuarta Edición
Biblioteca de Los Angeles California.
- CARRANCA Y RIVAS RAUL,
Código Penal Anotado. Editorial Porrúa,
S. A. México 1985.
- CARRERA DANIEL P.,
Pecualdo de Bienes Públicos y Trabajos
o Servicios. Editorial Palma. -
Buenos Aires 1968.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO,
Lineamientos elementales de Derecho
Penal. Editorial Porrúa S.A. México-
1980.
- CUELLO CALON EUGENIO,
Derecho Penal. Editorial Bosch 1936.
Madrid 1973.
- DE MEDINA Y ORMAECHEA
ANTONIO A.,
Código Penal sus motivos, concordancia
y Leyes complementarias. Imprenta
del Gobierno. México 1880.
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO
HISPANO-MEXICANO,
Plaza and James Editores. Madrid ---
1980.
- FRAGA MAGAÑA GABINO,
Derecho Administrativo. Editorial Porrúa
S.A. México 1973.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS,
La Ley y el Delito y Tratado de Derecho
Penal. Editorial Losada. Buenos-
Aires 1964.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS,
Derecho Penal Soviético. Tipográfica
Editora Argentina 1947.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS Y
FRANCISCO CARSI,
Derecho Penal Soviético. Editora Andrés
Bello. Caracas 1956.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO,
Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa
S.A. México 1983.

- MAGGIORE GIUSSEPPE, Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. México 1983.
- MANZINI VINCENZO, Tratado de Derecho Penal. Editorial-Ediar. Buenos Aires 1961.
- MEZGER EDMUNDO, Derecho Penal. Editorial Bibliográfica. Argentina 1954.
- MONTESQUIEU, Del Espiritu de las Leyes. Editorial Sarpe. Madrid 1984.
- RODRIGUEZ DEVESA JOSE MARIA, Derecho Penal Español. Editorial — Bosch. Madrid 1975.
- RODRIGUEZ MANCERA LUIS, Criminología Editorial Porrúa, S. A. México 1981.

H E M E R O G R A F I A

Revista Criminalia. Mayo 1959. México. "El Delito de Peculado". Escrito por el Lic. Luis Fernández Doblado.