

FACULTAD DE DERECHO U. N. A. M.

**ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO
DE EJERCICIO INDEBIDO DE
SERVICIO PUBLICO**



T E S I S

Que para obtener el título de:

Licenciado en Derecho

P r e s e n t a :

JAIME GONZALEZ LOPEZ

Ciudad Universitaria

Mexico, D. F.

MCMLXXXIV



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

P Á G I N A

PRÓLOGO	18
CAPÍTULO I	
I. CONSIDERACIONES GENERALES.	21
A. REFERENCIA A LA CREACION DE LA FIGURA DELICTIVA.	21
B. ANTECEDENTES HISTORICOS LEGISLATIVOS.	23
C. ANTECEDENTES COLONIALES.	49
D. OBJETO DEL TRABAJO.	83
E. CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVARON LA CREACION DE LA FIGURA DELICTIVA.	83
CITAS BIBLIOGRÁFICAS	102

CAPÍTULO II

1. CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO.	106
A. LOS ORGANOS Y LOS TITULARES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.	112
B. FUNCIONARIO Y EMPLEADO PUBLICO.	119
C. DIFERENCIA ENTRE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS.	123
D. RELACION JURIDICA ENTRE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DEL ESTADO.	129
E. NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO.	131
F. LA LEGISLACION POSITIVA.	136
2. DERECHOS Y OBLIGACIONES.	142
A. LA DESIGNACION DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS.	144
B. LOS ELEMENTOS JURIDICOS DEL NOMBRAMIENTO.	150
C. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES.	152
CITAS BIBLIOGRÁFICAS	160

CAPÍTULO III

1. GENERALIDADES SOBRE EL DELITO.	164
A. EL DELICTUM EN EL DERECHO ROMANO.	164
B. LA DEFINICION DEL DELITO SEGUN DIVERSOS AUTORES.	172
C. EL CONCEPTO DEL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.	174
D. PRESUPUESTOS DEL DELITO.	177
E. SISTEMAS PARA ESTUDIAR EL DELITO.	177
F. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO.	181
2. LA CONDUCTA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DELITO.	182
A. LA AUSENCIA DE CONDUCTA.	185
B. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.	186

3. EL TIPO, LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD.	191
A. CLASIFICACION DE LOS TIPOS.	193
B. EL TIPO, LA TIPICIDAD Y ELEMENTOS DEL TIPO EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.	195
C. ATIPICIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.	202
4. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.	203
A. LO ANTIJURIDICO.	203
B. LA ANTIJURICIDAD DENTRO DE LA TEORIA DEL DELITO.	206
C. LA ANTIJURICIDAD FORMAL Y MATERIAL.	207
D. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.	209
E. LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.	216
F. CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.	216

CITAS BIBLIOGRÁFICAS.	221
-----------------------	-----

CAPÍTULO IV.

1. LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.	227
A. LA IMPUTABILIDAD.	227
B. LA INIMPUTABILIDAD.	229
C. LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.	234
2. LA CULPABILIDAD.	235
A. CLASES DE CULPABILIDAD.	236
B. LA INCULPABILIDAD.	242
C. LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.	244
D. LA INCULPABILIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVI CIO PUBLICO.	247

P Á G I N A

3. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	250
A. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.	250
B. LA PUNIBILIDAD.	251
C. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	252
D. LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.	252
4. LA CONSUMACIÓN.	253
A. EL ITER CRIMINIS.	252
B. LA TENTATIVA.	256
C. LA PARTICIPACION.	258
CITAS BIBLIOGRÁFICAS.	260
CONCLUSIONES.	261
LEGISLACIÓN CONSULTADA.	270

P R O L O G O

Un Pasante de Derecho intenta con este estudio hacer útiles sus empíricos conocimientos de Derecho, y es así, como el mismo, no tiene la pretensión de ser un manantial de donde broten los conceptos, los conocimientos, en forma elocuente, explícita ni mucho menos literaria sino por el contrario, el desarrollo de cada capítulo contiene el conjunto de conocimientos, desafortunadamente no suficientes, que un estudiante de Derecho asimila en el transcurso de sus estudios profesionales.

Si a eso unimos que el presente trabajo se circunscribe a una rama del Derecho, y dentro de la misma al específico análisis del estudio dogmático del delito de ejercicio indebido de servicio público, comprenderá el Honorable Jurado que mi única pretensión es la de someter a su docto examen y consideración el presente estudio, como requisito conveniente, necesario e indispensable para poder sustentar el Examen Profesional.

Por otra parte, la elaboración del índice no es arbitraria sino por el contrario, tiene su fundamento en la naturaleza misma del tema en derredor del cual un servidor entrelaza sus opiniones.

Temo, desde luego, haber interpretado alguna vez erróneamente, la substancia o esencia misma del tema y, por lo mismo, haber dado una opinión equivocada sobre él.

Empero que el Honorable Jurado sepa disculparme, corregirme y que tengan a bien perdonar la poca fluidez en el desarrollo del presente estudio, que no es por cierto, cualidad con la que el autor cuenta.

Y es así, como la medida y ejecución de este trabajo y, con ellas la satisfacción de un deber cumplido se explican con las necesidades intelectuales y afectivas que me llevaron a hacerlo.

C A P I T U L O I

1. CONSIDERACIONES GENERALES

- A. REFERENCIA A LA CREACION DE LA FIGURA DELICTIVA.
- B. ANTECEDENTES HISTORICOS LEGISLATIVOS.
- C. ANTECEDENTES COLONIALES.
- D. OBJETO DEL TRABAJO.
- E. CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVARON LA CREACION DE LA FIGURA DELICTIVA.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

A. Referencia a la Creación de la Figura Delictiva.

Por necesidad, carencia, hambre, vicio o simplemente por un estado anímico determinado, el hombre siempre ha codiciado el bien ajeno o ha atentado contra la seguridad e integridad de las personas, poniendo en peligro la seguridad pública. Esta misma inclinación al mal, a lo ilícito, se ve gravemente incrementada en el momento en que la figura principal es un servidor público del pueblo. Pues su conducta infringe además los principios rectores del sistema gubernamental al cual pertenece.

Este resultado surge bien de la unificación de - fuerzas, inteligencias, astucias o actividades que revelan abiertamente la perversidad de su empresa, la cual en ocasiones es premeditadamente osada o habilmente clandestina.

Nuestro Derecho Positivo, instrumento de lucha - para prevenir esos hechos ilícitos, ha tipificado el delito de ejercicio indebido de servicio público, que puede desempeñar un papel satisfactorio por lo que respecta al objeto de la tutela jurídica que es la seguridad pública.

La creación de la figura delictiva de ejercicio indebido de servicio público obedece a una aspiración de renovación moral de la sociedad, previniendo y sancionando la eventual corrupción del servidor público.

Dicha política gubernamental conduce a determinar el significado de la palabra corrupción para efectos de este estudio.

Según el Diccionario de la Lengua Española la palabra corrupción, " DERIVA DEL LATÍN CORRUPATIO ONIS, F. ACCIÓN DE CORROMPER O CORROMPERSE ". (1)

Existe otra palabra derivada de la misma, la cual nos da una acepción mas significativa; corruptela, " DERIVA DEL LATÍN CORRUPTELA, FOR., MALA COSTUMBRE O ABUSO INTRODUCIDO CONTRA LA LEY Y EL DERECHO ". (2)

Con ese sentido la legislación penal tiene una gran tarea para actualizarse y modernizarse de acuerdo a las exigencias generales de seguridad pública y de rehabilitación social que surgen del desarrollo del País durante los últimos cincuenta años.

De tal suerte, se reformó y adicionó el Título Décimo del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales a iniciativa del actual Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, la cual se turnó a la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, para efectos de su estudio y aprobación, misma que en sesión del día 3 de Diciembre de 1982, aprobó dichas reformas y adiciones al mencionado Capítulo, que en su esencia pretende sancionar las conductas delictuosas emanadas de los servidores públicos.

Dicha aprobación, de fecha 27 de Diciembre de 1982, originó que con fecha 5 de Enero de 1983, fueran publicadas las reformas y adiciones mencionadas en el Diario Oficial de la Federación, para efectos de la iniciación de su vigencia.

B. Antecedentes Históricos Legislativos.

La historia del Derecho Penal en México, puede decirse, empieza con la conquista, en vista que con anterioridad a la conquista los datos aún están latiendo para que alguien los descubra, debido a que con la información con que contamos de las culturas precortesianas y los grandes vestigios arquitectónicos, culturales, solamente podemos afirmar que si existió a pesar que este derecho penal pueda decirse era rudimentario pues emanaba de una cultura que no había alcanzado la perfección legislativa, por lo tanto, los rasgos no pueden ser sino incipientes y rudimentarios de su cultura jurídica; se puede afirmar que la civilización conquistadora fué impositiva y borra la estructura jurídica indígena imponiéndole su legislación rica y abundante de los conquistadores, pero inadecuada a su vida y costumbres, por ello, el maestro Macedo dice: " LA INFLUENCIA DEL RUDIMENTARIO DERECHO INDIO EN LA GÉNESIS DEL PUEBLO MEXICANO ES DE DIFÍCIL COMPROBACIÓN, LOS MEXICANOS, AÚN EL INDIO DE RAZA PURA, ESTÁ TOTALMENTE DESPRENDIDO DE TODA IDEA JURÍDICA PROPIAMENTE INDÍGENA, ES DECIR QUE TENGA SU RAÍZ Y ORIGEN EN LOS USOS Y COSTUMBRES PRECORTESIANAS ", (3) de esta manera encontramos dos grandes culturas que sobresalen por su estado de civilización la Azteca y la Maya.

En cuánto a los aztecas, es donde más se ha encontrado vestigios de la existencia de un ordenamiento penal, quizás por su estudio que se ha hecho de esta cultura o debido al grado cultural que tenía, el Derecho Penal Azteca como más adelante veremos y como escribe Kohler: " EL DERECHO PENAL MEXICANO ES TESTIMONIO DE SEVERIDAD MORAL, DE CONCEPCIÓN DURA DE LA VIDA, Y DE NOTABLE COHESIÓN POLÍTICA. EL SISTEMA PENAL ERA CASI DRACONIANO. " (4)

Este autor hace resaltar tres condiciones importantes: la moral, una concepción de la vida y la política, las cuales conforman el aspecto interior y exterior del derecho punitivo, de acuerdo a las penalidades establecidas en el derecho azteca no cuesta mucho trabajo entender por que el sistema es casi draconiano. El maestro Carrancá y Rivas señala al efecto: " OTRA COSA ES HABLAR DE LAS CONSIDERACIONES SOCIOLOGICAS, ETNOLOGICAS E HISTORICAS EN GENERAL DE LAS CUALES PUEDE DEDUCIRSE EL PORQUE DE DICHO SISTEMA. " (5)

George C. Vaillant hace unas observaciones que son importantes: " LA RELIGIÓN SIN EMBARGO, NO ENTRABA EN EL CAMPO DE LA ÉTICA, NINGÚN CASTIGO ESPERABA AL PECADOR DESPUES DE LA MUERTE ... NO ERA UN SISTEMA BIEN DEFINIDO DE RECOMPENSAR Y CASTIGAR. " (6)

La restitución era la base principal para resolver los actos antisociales en contraste con nuestro sistema de castigo al culpable. El destierro o la muerte era la suerte que esperaba el malhechor que ponía en peligro a la comunidad. Un ejemplo tomado al azar de los delitos y castigos pondrá de manifiesto el temor a las leyes aztecas

y el por qué de que nunca haya sido necesario recurrir al encarcelamiento como medio para hacer cumplir el castigo de un crimen. Sin embargo se empleaban jaulas y cercados para confinar a los prisioneros antes de ser juzgados o de sacrificarlos.

En principio advertíamos que la Ley Azteca era brutal, en consecuencia los aztecas tenían una conducta social aceptable y adaptable, en vista de que las sanciones para el que infringía la ley eran sumamente dignas de temerse.

Vaillant nos explica, que " EL ROBO SE CASTIGABA CON LA ESCLAVITUD, HASTA QUE SE HICIERA LA RESTITUCIÓN DE LO ROBADO, O CON UNA MULTA DEL DOBLE DE LA CANTIDAD ROBADA (UNA PARTE PARA LA VÍCTIMA Y OTRA PARA EL TESORO DEL CLAN), QUE EL ROBO EN CAMINO REAL CON LA PENA DE MUERTE, LO MISMO QUE EL ROBO DEL MAÍZ, CUANDO ESTABA CRECIENDO EN EL CAMPO, CON LA PENA DE MUERTE, QUE EL ASESINATO, INCLUSO EL DE UN ESCLAVO, CON PENA SIMILAR; QUE LA INTEMPERANCIA (VICIO DEL QUE NO SABE MODERAR SUS APETITOS) CON LA REPROBACIÓN SOCIAL, EL DESCRÉDITO PÚBLICO Y HASTA LA MUERTE POR LAPIDACIÓN Y A GOLPES, QUE LA CALUMNIA CON EL CORTE DE LOS LABIOS Y ALGUNAS VECES TAMBIÉN DE LOS OÍDOS; QUE LA HORCA ERA EL CASTIGO COMÚN PARA LA VIOLACIÓN DE LAS LEYES DEL INCESTO, Y QUE LA SODOMÍA SE SANCIONABA CON REPUGNANTE BRUTALIDAD ", según cita el maestro Carrancá y Rivas. (7)

Haciendo un análisis, las leyes, los delitos y las penas no son creaciones espontáneas, sino que son producto de un lento y minucioso proceso evolutivo espiritual y social del hombre. Al no esperarse castigo alguno después de la muerte se entiende y es razonable que se hacía necesario amenazar y castigar en la tierra, lugar donde se debía purgar todo delito, y donde se limpiaba la suciedad de la conciencia, la ética social azteca y la religión se encontraban distanciados pero coincidían en el interés por la pena, luego entonces es explicable y entendible que la restitución al ofendido fuera la base principal del castigo a los actos antisociales.

Cabe observar que la severidad moral de los aztecas jugaba un papel importante, por una parte el miedo a esa severidad y por otra al temor a las leyes hacían innecesario recurrir al encarcelamiento. Los aztecas no readaptaban a sus delincuentes, ellos mantenían a los delincuentes potenciales casi prácticamente a toda la comunidad bajo el peso de un convenio tácito de terror, no existía la rehabilitación sino se pretendía evitar el crimen por medio de ese convenio.

Los aztecas tenían una vida fuertemente comunitaria, no existía libertad de pensamiento, libertad individual, ni fortunas personales luego entonces la vida se desarrollaba con acepción del Código que ya había confirmado su eficacia por mucho tiempo, en todo régimen draconiano - toda ley severa, toda moral implacable, reprimen la libertad y por consecuencia cualquier manifestación de la conducta incluyendo sus desviaciones, lo que es imposible -

negar que tal sistema encadena al hombre y es una limitante a su iniciativa.

El maestro Carrancá y Rivas señala citando a Fray Diego Durán mencionando lo siguiente: " 32. DICEN ALGUNAS PERSONAS QUE ESTOS TUVIERON HORCA, EN QUE HORCABAN A LOS DELINCUENTES. YO HE PREGUNTADO, HE INQUIRIDO TODO LO POSIBLE, Y NO HALLÓ MAS DE CUATRO GÉNEROS DE MUERTES CON QUE ESTOS CASTIGABAN LOS DELITOS. ÉL UNO ERA DE APEDREAR A LOS ADÚLTEROS Y ECHARLOS FUERA DE LA CIUDAD A LOS PERROS Y AURAS A LOS FORNICARIOS DE FORNICACIÓN SIMPLE CON VIRGEN DEDICADA AL TEMPLO O HIJA DE HONRADOS PADRES, O CON PARIENTA, APALEADO Y QUEMADO, ECHANDO LAS CENIZAS AL AIRE. OTRA MUERTE HABÍA, QUE ERA ARRASTRAR A LOS DELINCUENTES CON UNA ZOGA POR EL PESCUEZO Y ECHADOS EN LAS LAGUNAS. Y ESTOS ERAN LOS SACRÍLEGOS QUE HURTABAN LAS COSAS SAGRADAS DE LOS TEMPLOS.

" 33. LA CUARTA MANERA ERA LA DEL SACRIFICIO, DONDE IBAN A PARAR LOS ESCLAVOS DONDE UNOS MORÍAN ABIERTOS POR MEDIO; OTROS DEGOLLADOS, OTROS QUEMADOS; OTROS ASPADOS; OTROS ASAETADOS, OTROS DESPEÑADOS; OTROS EMPALADOS; OTROS DESOLLADOS CON LAS MÁS CRUELES E INHUMANOS SACRIFICIOS, "

(8)

Como podemos observar, al no existir ni siquiera un sistema rudimentario o incipiente de readaptación, hace pensar que la penalidad era en forma inhumana, infiriendo que era una civilización primitiva con una evolución cultural tímida y complicada, que de alguna forma no son congruentes con otros aspectos sociales desarrollados en for-

ma sobresaliente, pero comprueba la ferocidad del sistema penal y de la represión penal en la organización azteca.

Sobre el particular encontramos también que el Maestro Carrancá y Trujillo señala que " EN CUÁNTO A LOS PUEBLOS ORGANIZADOS SOBRE EL TERRITORIO DE MÉXICO HASTA EL DESCUBRIMIENTO (1511) LAS IDEAS MÁS SEGURAS DE LOS HISTORIADORES SON: LA DESIGUALDAD JERÁRQUICA Y SOCIAL, ARISTOCRACIA GUERRERA Y SACERDOTAL QUE EL PODER MILITAR Y EL RELIGIOSO HAN SIDO SIEMPRE JUNTOS PARA EL DOMINIO DE LOS PUEBLOS, FLOTANDO SOBRE LAS DESIGUALDADES ECONÓMICAS; EN UNA PALABRA, OLIGARQUÍAS DOMINANTES Y, COMO CONSECUENCIA, LA JUSTICIA PENAL DIFERENCIADA SEGÚN LAS CLASES CON PENAS DIVERSAS SEGÚN LA CONDICIÓN SOCIAL DE LOS INFRACTORES. " (9)

Por otro lado no debemos olvidar que los aztecas eran guerreros y conquistadores a los cuales se les atribuye el vasallaje existente, teniendo una combatividad y agresividad por medio de su política imperialista, por lo tanto el Derecho se caracteriza por estar al servicio de la oligarquía dominante, negando todo estímulo o la libertad humana por ser oligarquista.

Carrancá y Trujillo también hacen referencia al Código Penal de Netzahualcoyotl vigente para Texcoco, es uno de los vestigios más importantes del derecho precortesiano y a pesar de no ser azteca sí tiene relevancia en esta época, se dice que " EL JUEZ TENÍA AMPLIA LIBERTAD PARA FIJAR LAS PENAS ENTRE LAS QUE SE CONTABAN PRINCIPALMENTE LAS DE MUERTE Y ESCLAVITUD, CON LA CONFISCACIÓN, -

DESTIERRO, SUSPENSIÓN O DESTITUCIÓN DE EMPLEO Y HASTA PRISIÓN EN CÁRCEL, O EN EL PROPIO DOMICILIO. " (10)

Los adúlteros sorprendidos infraganti delito eran lapidados o estrangulados, Orozco y Berra anota, " HABER CONTEMPLADO TODAVÍA A MEDIADOS DEL SIGLO XIX, EN LA BIBLIOTECA DEL CÓDIGO MÁXIMO DE LOS JESUÍTAS EN MÉXICO UNA PINTURA INDÍGENA COLONIAL QUE REPRESENTABA LA LAPIDACIÓN DE UNOS ADÚLTEROS. " (11)

La distinción entre delitos intencionales y culposo fue también conocida, castigándose con la muerte, el homicidio intensional y con indemnización y esclavitud el culposo. Una excluyente o cuando menos atenuante. La embriaguez completa. Y una excusa absolutoria, robar siendo menor de diez años y una excluyente por estado de necesidad; robar espigas de maíz por hambre. Tales son los casos de incriminación registrados por cronistas y comentadores. Venganza privada y talión fueron recogidos por la Ley Texcucana.

Refiere el citado tratadista que el Derecho Texcucano se encuentran los mismos elementos del derecho azteca como son la brutalidad en la represión y un sistema penal severo.

En el Código Penal de Netzahualcoyotl no se encuentra algo parecido a lo que hoy conocemos como peculado o malversación de fondos, existía la traición al Rey y el robo pero a pesar de la denominación la pena era casi igual a la que dictaba el Derecho Azteca. Carrancá y

Trujillo recopila de otras fuentes lo siguiente: SEGÚN LO MENCIONA CARRANCÁ Y RIVAS " EL LADRÓN DEBÍA SER ARRASTRADO POR LAS CALLES Y DESPUES AHORCADO; AL HOMICIDA, DECAPITADO Y SI ERA PLEBEYO, PERDÍA SU LIBERTAD A LA PRIMERA INFRACCIÓN Y A LA SEGUNDA ERA MUERTO; A LOS HISTORIADORES - QUE CONSIGNABAN HECHOS FALSOS Y A LOS LADRONES DEL CAMPO - QUE ROBABAN SIETE O MÁS MAZORCAS, " (12)

Lo cual confirma que para el traidor al Rey y al ladrón tenía de muerte y confiscación de bienes.

Con respecto a las leyes tlaxcaltecas de las cuales se pueden decir lo mismo que las leyes texcocanas, con menos fundamentos y vestigios que estos últimos, el maestro Carrancá y Rivas cita a Carrancá y Trujillo aludiendo a lo siguiente: " PENA DE MUERTE PARA EL QUE FALTARA AL RESPETO A SUS PADRES, PARA EL CAUSANTE DE GRAVE DAÑO AL PUEBLO, PARA EL TRAIADOR AL REY AL ESTADO, PARA EL QUE EN LA GUERRA USARA LAS INSIGNIAS REALES, PARA EL QUE MALTRATARA A UN EMBAJADOR, GUERRERO Ó MINISTRO DEL REY, PARA LOS QUE DESTRUYERAN LOS LÍMITES PUESTOS EN EL CAMPO, PARA LOS JUECES QUE SENTENCIARAN INJUSTAMENTE O CONTRA LA LEY A QUE DIERAN AL REY RELACIÓN FALSA DE ALGÚN NEGOCIO, PARA EL QUE EN LA GUERRA ROMPIERA HOSTILIDADES SIN ORDEN PARA ELLO O ABANDONARA O DESOBEDECIERA, PARA EL QUE MATARA A LA MUJER PROPIA AUNQUE LA SORPRENDIERA EN ADULTERIO, PARA LOS ADULTEROS, PARA EL INCESTUOSO EN PRIMER GRADO, PARA EL HOMBRE O LA MUJER QUE USARA VESTIDOS IMPROPIOS DE SU SEXO, PARA EL LADRÓN DE JOYAS DE ORO, PARA LOS DELAPILADORES DE LA HERENCIA DE SUS PADRES, " (13)

LA MUERTE ERA AHORCAMIENTO, LAPIDACIÓN, DECAPITACIÓN, DESCUARTIZAMIENTO. SE CONOCÍA TAMBIÉN LA PENA DE PÉRDIDA DE LA LIBERTAD.

Lo que podemos deducir de la información antes expuesta, es que el mal manejo del erario público era castigado o se le equiparaba al robo y no como traición al Rey o al Estado. A pesar que los dos tienen la pena de muerte como sanción, la diferencia estaba en la forma de realización, pues entre la decapitación y el descuartizamiento existe una diferencia entre la crueldad y el tiempo para efectuar uno y otro.

Regresando al Derecho Azteca, el emperador en forma conjunta con el consejo supremo de Gobierno, el cual era formado por cuatro miembros que debían ser hermanos, primos o sobrinos, y de los cuales se elegía el sucesor del emperador, eran los que juzgaban y ejecutaban las sentencias, el juicio se hacía en audiencia pública en una sola instancia y sin apelación de ninguna índole.

Existía una Ley del Talión, los ejecutores que se negaran a efectuar la pena dictada en sentencia judicial, sufrirían la misma pena.

Nos sigue diciendo el maestro Carrancá y Rivas al referirse a Carlos H. Alba en su estudio de derecho comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Vigente nos dá un catálogo de delitos y penas en el Derecho Penal Azteca señalando las siguientes: " DESTIERRO, PENAS INFAMANTES, PÉRDIDA DE LA NOBLEZA, SUSPENSIÓN DE EMPLEO, DESTITUCIÓN

DE EMPLEO, ESCLAVITUD, ARRESTO, PRISIÓN, DEMOLICIÓN DE CASA, PENAS CORPORALES, PENAS PECUNIARIAS, CONFISCACIÓN DE BIENES, MUERTE. Es importante hacer notar que la suspensión y la destitución del empleo, así como las penas pecuniarias, las conocieron los aztecas siglos antes que nosotros. La pena de muerte se aplicaba en diferentes formas: " INCINERACIÓN EN VIDA, DECAPITACIÓN, ESTRANGULACIÓN, DESCUARTIZAMIENTO, EMPALAMIENTO, LAPIDACIÓN, GARROTE, MACHACAMIENTO DE LA CABEZA. " (14)

No cabe duda que los aztecas son nuestro primer antecedente de las conductas ilícitas cometidas por funcionarios públicos, sobremanera llama la atención la suspensión y destitución del empleo que la causa principal para que se aplicara esta pena debe haber sido malversación del erario público.

El maestro Carrancá y Rivas hace la mención al profesor Lucio Mendieta y Nuñez en la Enciclopedia Ilustrada Mexicana, señala que " LA RIÑA ERA CASTIGADA CON ARRESTO EN LA CÁRCEL " más para los delitos de aborto, abuso de confianza, adulterio, alcahuetería, asalto, calumnia, calumnia judicial, daño en propiedad ajena, embriaguez, estupro, encubrimiento, falso testimonio, falsificación de medidas, hechicería, homicidio, incesto, malversación de fondos, peculado, pederastía, riña, robo, sedición, traición, etc., las penas recorrían una amplísima gama, exceptuando la de prisión. " (15)

Al referirse el maestro Carrancá y Rivas a Francisco Javier Clavijero quien en su obra " HISTORIA ANTIGUA DE MÉXICO ", al referirse a las leyes penales menciona que " ESTAS LEYES NO ESTABAN ESCRITAS PERO SE PERPETUABAN EN LA MEMORIA DE LOS HOMBRES, ASÍ POR LA TRADICIÓN GENERAL COMO POR LAS PINTURAS. " (16)

No había súbdito que no las supiese, porque los padres de familia no cesaban de instruir en ellas a sus hijos para que evitando la transgresión precavieran el castigo.

Es menester transcribir el catálogo de delitos y penas del Derecho Penal Azteca que Raúl Carrancá y Rivas reproduce en su obra Derecho Penitenciario, y que por ser muestra un antecedente primario debemos reproducirlo.

" PRINCIPALES DELITOS Y PENAS CORRESPONDIENTES "

LOS PRINCIPALES DELITOS Y LAS PENAS CORRESPONDIENTES ENTRE LOS AZTECAS, ERAN LOS SIGUIENTE:

DELITOS	PENAS
Traición al Rey o al Estado.	Descuartizamiento.
Encubrimiento de tal traición, por parte de los parientes.	Pérdida de la libertad (no se especifica si en la cárcel o en esclavitud).
Encubrimiento General.	La misma pena con que se castiga el hecho delictuoso cometido o que iba a cometerse.
Espionaje.	Desollamiento en vida.
Rebelión del señor o príncipe vasallo del imperio azteca, que trate de liberarse de él.	Muerte por golpes de porra en la cabeza y confiscación de bienes.
Encubrimiento de los parientes, hasta el 4° grado, que habiendo tenido conocimiento de traición al soberano no lo han comunicado.	Esclavitud.
Uso en la guerra o en alguna fiesta, de las insignias o armas reales de México, de Texcoco o de Tacuba.	Muerte y confiscación de bienes.
Deserción en la guerra.	Muerte.

DELITOS

PENAS

Indisciplina en la guerra.	Muerte.
Insubordinación en la guerra.	Muerte.
Cobardía en la guerra.	Muerte.
Robo en la guerra.	Muerte.
Traición en la guerra.	Muerte.
Robo de armas e insignias militares.	Muerte.
Dejar escapar un soldado, ó guardar a un prisionero de guerra.	Deguello.
Hacer en guerra, alguna hostilidad a los enemigos sin orden de los jefes.	Deguello.
Acometimiento en la guerra, antes de tiempo.	Deguello.
Abandono en la guerra de la bandera.	Deguello.
Quebrantamiento de algún bando publicado en el ejército.	Deguello.
Maltrato de algún embajador, ministro ó correo del Rey, dentro del camino real.	Muerte.
Retorno de un embajador sin respuesta alguna.	Deguello.
Incumplimiento del cometido por parte de los embajadores.	Deguello.

DELITOS

PENAS

Amotinamiento en el pueblo.	Muerte.
Desprendimiento o cambio de los - mojones puestos con autoridad - pública en las tierras.	Muerte.
Dictar un juez sentencia injusta o nó conforme a las leyes.	Muerte.
Relación infiel, por parte de un juez, de alguna causa al Rey o al superior.	Muerte.
Dejarse un juez corromper con do- nes (cohecho).	Muerte.
Peculado.	Muerte.
Peculado cometido por un adminis- trador real.	Muerte y confiscación de bienes.
Malversación.	Esclavitud.
Ejercicio de funciones en jueces y magistrados. fuera de palacio.	Trasquilamiento en público y des- titución de empleo en casos le- yes; muerte, en casos graves.
Negativa para cumplir la senten - cia, por parte de los ejecutores.	La misma pena que se nieguen a - ejecutar.
Alteración en el mercado de las - medidas establecidas por los jue- ces.	Muerte, sin dilación en el lugar de los hechos.
Incumplimiento de sus tareas en - los funcionarios del mercado.	Pérdida de empleo y destierro.

DELITOS

PENAS

Hurto en el mercado.

Lapidación en el sitio de los -
hechos.

Homicidio, aunque se ejecute en -
un esclavo.

Muerte.

Privación de la vida de otro por
medio de bebedizos.

Ahorcadura.

Privación de la vida de la mujer
propia aunque se la sorprenda en
adulterio.

Muerte.

Acceso carnal a la mujer, cuando
conste que ella ha violado la fé
conyugal.

Muerte.

Adulterio (no se reputaba tal
el comercio del marido con una
soltera).

Lapidación o quebrantamiento de
la cabeza entre dos lozas; en -
Ichcatlán, a la mujer acusada se
le descuartizaba y se dividían -
los pedazos entre los testigos;
en Ixtepec, la infidelidad de la
mujer se castigaba por el mismo
marido, con autorización de los
jueces, que en público le corta-
ba la nariz y las orejas.

Incesto en primer grado de con -
sanguinidad o de afinidad.

Ahorcadura.

Pecado nefando (sodomía).

Ahorcadura.

DELITOS

PENAS

Pecado nefando (sodomía) cuando el delincuente es sacerdote.

Alcahuetería.

Prostitución en las mujeres no -
bles.

Vestirse de mujer el hombre o de
hombre la mujer.

Lesbianismo.

Homosexualidad en el hombre.

Comercio carnal con alguna mujer-
libre, de parte del sacerdote, en
el tiempo en que está dedicado al
servicio del templo.

Excesos contra la continencia -
que se profesa de parte de los -
mancebos o vírgenes que se educan
en los seminarios.

Muerte en hoguera.

Muerte en hoguera; quemaban los
cabellos con teas de pino y em-
barraban la cabeza con resina -
del mismo árbol. Agravación de
la pena en razón del rango o -
situación social de las perso -
nas a quienes servía de tercera.

Ahorcadura.

Ahorcadura.

Muerte por garrote.

Empalamiento para el sujeto -
activo; extracción de las entra-
ñas por el orificio anal para -
el pasivo.

Privación del sacerdocio, y des-
tierra. En algunos casos la -
muerte.

Castigo riguroso, e incluso la-
muerte.

DELITOS

PENAS

Relaciones sexuales entre sacer -
dotes y sacerdotizas.

La muerte con garrote (secre-
tamente), incineración del ca-
dáver, demolición de casa y con
fiscación de bienes.

Encubrimiento del delito anterior.

Muerte.

Introducción subrepticia en los -
lugares donde se educan las donce-
llas.

Muerte.

Conversación clandestina entre -
una sacerdotiza, una mujer consa-
grada al templo o una jóven edu-
cada, con alguna persona del sexo
masculino.

Muerte.

Robo de cosas leves.

Satisfacción del agravado; lapi-
dación si la cosa hurtada ya no
existe, o si el ladrón no tiene
con que pagar su equivalente.

Hurto de oro o de plata.

Pase denigratorio del ladrón por
las calles de la ciudad, y poste-
rior sacrificio del mismo en hon-
ra de Dios de los plateros.

Hurto de cierto número de mazor-
cas de maíz de alguna sementera,
o arrancadura de cierto número -
de plantas útiles.

Pérdida de la libertad en favor-
del dueño de la sementera (una
excluyente por estado de necesi-
dad: robar de la sementera o de
los árboles frutales que hay so-
bre el camino, cuando baste para

DELITOS

PENAS

Venta de algún niño perdido, <u>simu</u> lando que es esclavo.	remediar la necesidad presente).
Venta de tierras ajenas que se <u>tienen</u> en administración.	Pérdida de la libertad y de los bienes, de cuyo producto se aplica la mitad al niño para sus <u>alimentos</u> , y del resto se paga el precio al comprador para restituir al dicho niño su libertad.
Irresponsabilidad de los tutores al no dar buena cuenta de los <u>bienes</u> de sus pupilos.	Esclavitud y pérdida de los bienes.
Disipación en vicios, de parte de los hijos que han heredado la <u>hacienda</u> de sus padres.	Ahorcadura.
Arrogancia frente a los padres, en los nobles o en los hijos de los príncipes.	Ahorcadura.
Despilfarro, en los plebeyos del matrimonio de los padres.	Destierro temporal.
Vicio y desobediencia en los <u>hijos jóvenes</u> de ambos sexos.	Esclavitud.
Injurias, amenazas o golpes, en la persona del padre o de la madre.	Corte del cabello y pintura, de las orejas, brazos y muslos; aplicándose esta pena por los padres.
	Muerte al activo, y sus descendientes no podrán suceder a sus abuelos en los bienes de éstos.

DELITOS

PENAS

Maldad en las hijas de los señores y en los miembros de la nobleza.

Muerte

Hacer algunos maleficios.

Sacrificado en honra de los dioses.

Exceso de los funcionarios en el cobro de los tributos.

Trasquilamiento en público y destitución de empleo, en casos leves; en casos graves muerte.

Embriaguez en los jóvenes.

Muerte a golpes en el hombre y lapidación en la mujer.

Embriaguez en los hombres prevecos.

Si noble, privación de nobleza y empleo, destierro ó muerte; si plebeyo trasquiladura y derribo de la casa (por no ser digno de vivir entre los hombres quien voluntariamente se priva de la razón). No está prohibida la embriaguez en ocasión de bodas o de otras fiestas semejantes, en que se les permite excederse dentro de sus casas. A los viejos septuagenarios, en atención a sus años, se les permite beber cuanto quieran.

Mentira grave y perjudicial.

Cortadura parcial de los labios, y a veces de las orejas o la muerte por arrastramiento.

Como podemos observar el Derecho Azteca establecía diversos delitos cometidos por funcionarios públicos, el cual eran sancionados, si no era administrador real - con la pena de muerte y si este revestía ese carácter recibía la pena de muerte y confiscación de bienes, pero al mismo tiempo se habla de malversación, la cual se castigaba con la esclavitud, en nuestro derecho actual puede decirse que la malversación de peculio de un particular es abuso de confianza; pero si lo realiza un funcionario o empleado en bienes del Estado o bienes de particulares bajo la responsabilidad del Estado.

Otra gran cultura es la Maya, por lo que debemos ver los perfiles que tenía su derecho, el cual era diferente a los Aztecas, más sensitiva, un sentido de la vida más humano y no inquisitivo.

La cultura Maya puede afirmarse que tenía una evolución ética pues estaba en el período de tránsito de la pena de muerte en la pérdida de la libertad, y ese Código Penal establecía la pena de muerte para aquellos delitos, los cuales casi en forma general atacasen la moral rígida entre los mayas, superando de esta forma a los aztecas, pero al igual que los aztecas las penas no eran para readaptar al delincuente, entre los mayas existía una relación religiosa y penal, cada sociedad se defiende mediante la Ley Penal, y los mayas contaban con su medio, el cual defendían al mismo tiempo sus instituciones civiles y su organización religiosa, la pena era una mezcla de castigo al delincuente y transgresor de la Ley divina, según los mayas en la comisión de un delito se ofendía al

Estado lo mismo que a los dioses de allí la amplitud de la pena y la severidad en el castigo.

Lo que es importante hacer notar que en cuanto al derecho penal de los Mayas no se conoce ningún Código prehispánico que trate lo relacionado con esa Legislación, el derecho maya era consuetudinario es decir no hay fuentes escritas, las únicas fuentes a las que se puede recurrir son las de los cronistas, acordes y en muchos aspectos aunque siempre indecisas e indiferenciadas en otros casos la esclavitud y la pena de muerte constituyen el factor común de la penalidad del Derecho Maya.

La imprecisión de las fuentes del Derecho Maya, nos conduce a no tomarlo como antecedente legislativo del delito a estudio y aún más por no existir elementos para afirmarlo y lo único que nos conducen dichas fuentes es a guiarnos pero no nos lleva a realizar conclusiones concretas como en el caso de los aztecas y lo único que puede afirmarse es que en la época precortesiana si existía un sistema legislativo para represión de los delitos, que la pena fue cruel y desigual y en las organizaciones más avanzadas las clases teocrática y militar se valieron de la intimidación para consolidar su poder.

Al igual que lo hicimos con los aztecas, Raúl Carrancá y Rivas en su obra Derecho Penitenciario nos hace mención de la Legislación Maya.

" PRINCIPALES DELITOS Y PENAS CORRESPONDIENTES "

LOS PRINCIPALES DELITOS Y LAS PENAS CORRESPONDIENTES ENTRE
LOS MAYAS, ERAN LOS SIGUIENTES:

DELITOS

PENAS

Adulterio.

Lapidación al adúltero varón si el ofendido no perdonaba (dejar caer una pesada piedra sobre la cabeza desde lo alto). En cuanto a la mujer, nada más su vergüenza o infamia. O bien lapidación, tanto al hombre como a la mujer. O bien la muerte por flechazos en el hombre. O bien arrastramiento de la mujer, por parte del esposo, y abandono en sitio lejano para que se la devoraran las fieras. O bien, como remate de la venganza privada, matrimonio del marido engañado con la mujer del ofensor. O bien muerte a estacadas. O bien extracción de las tripas por el ombligo, a ambas adúlteros.

Sospecha de adulterio.

Amarradura de las manos a la espalda, varias horas ó un día. O bien desnucamiento. O bien corte de cabello.

DELITOS

PENAS

Violación.

Lapidación, con la participación del pueblo entero.

Estupro.

Lapidación, con la participación del pueblo entero.

Corrupción de Virgen.

Muerte.

Relaciones amorosas con un esclavo o esclava de otro dueño.

Esclavitud a favor del dueño - - ofendido.

Sodomía.

Muerte en un horno caliente.

Robo de cosa que no puede ser devuelta (no se admite el robo de famélico o en estado de necesidad).

Esclavitud.

Hurto a manos de un plebeyo - - (aunque sea pequeño el hurto).

Pago de la cosa robada, o esclavitud. En algunas ocasiones, - muerte.

Hurto a manos de señores o gente principal (aunque sea pequeño el hurto).

Labrado en el rostro de la barba hasta la frente, por los dos lados.

Traición a la patria.

Muerte.

Traición a los súbditos de Ah - Chac Cocom (según la crónica de Chac-Xulub-Chen) (1542).

En la gran cueva de la comadreja, destrucción de los ojos.

Homicidio (aún si se trataba de un acto casual).

Muerte por incidias de los parientes, tal vez por estacamiento. O pago del muerto (curiosa compensación pecuniaria, des-

DELITOS

PENAS

	pués de la prioridad que tenía - el talión). O esclavitud con - los parientes del muerto. O entrega de esclavo.
Homicidio no intencional (mejor dicho culposo).	Indemnización de su importe con los bienes propios del ofensor, o en caso de no tenerlos, con los de su mujer o demás familiares.
Muerte no procurada del cónyuge.	Indemnización de su importe con los bienes propios del ofensor - o, en caso de no tenerlos, con los de su mujer o demás familiares.
Homicidio, siendo sujeto activo - un menor.	Esclavitud perpetua con la familia del occiso.
Homicidio de un esclavo.	Resarcimiento del perjuicio.
Daño a la propiedad de tercero.	Indemnización de su importe con los bienes propios del ofensor - o, en caso de no tenerlos, con los de su mujer o demás familiares.
Deudas.	Muerte y substitución en la misma obligación por parte de los familiares del deudor siempre y cuando el delito se hubiese cometido sin malicia. El señor -

DELITOS

PENAS

Deudas en el juego de pelota.

paga la deuda por su vasallo.

Incendio por negligencia o imprudencia.

Esclavitud (el valor del esclavo era por la cantidad perdida en el juego).

Incendio doloso.

Indemnización de su importe con los bienes propios del ofensor o, en caso de no tenerlos, con los de su mujer o demás familiares.

Muerte. En algunos casos, satisfacción del daño.

A los funcionarios se les esculpían en ambos carrillos figuras alusivas a los delitos que cometían; el castigo se ejecutaba en la plaza pública, ante el pueblo, a manera de martirio e infamia.

Los mayas sólo usaban unas jaulas de madera que servían como cárcel para los prisioneros de guerra, los condenados a muerte, los esclavos prófugos, los ladrones y los adúlteros. Fué en una de estas jaulas donde los indios nativos encarcelaron a Jerónimo de Aguilar y a sus compañeros.

En dicho catálogo no encontramos algo parecido en relación al delito a estudio, por lo cual podemos deducir que si existía o bien se consideraba como traición a

la patria y el cual era castigado con la muerte, o bien se consideraba como hurto y cuando se hace referencia a que los funcionarios se les gravaba la cara su delito, lo único cierto es que no existen fuentes para asegurar ni una ni otra cosa.

Entre los zapotecas y los tarascos culturas importantes no se tiene alguna y la existencia de su legislación es borrosa e incompleta, por lo cual no podemos tomar como antecedente, aunque investigaciones del Dr. Lucio Mendieta y Nuñez hablaba en el caso de los zapotecos, de muerte y confiscación de bienes en el robo y en el caso de los tarascos muerte ejecutada en público en caso de desobediencia a los mandatos del Rey, pero realmente es escasa la investigación y las pruebas para tomar alguna decisión al respecto de estas culturas.

Finalizando, diremos que el Derecho Precortesiano como ya habíamos dicho al principio tiene una influencia nula en el Derecho Colonial y vigente, en la colonia se legisló con dureza como veremos en el subcapítulo siguiente:

C. ANTECEDENTES COLONIALES.

En este período encontramos un trasplante de las leyes españolas a territorio mexicano, siendo estas leyes un filtro por el cual paso la cultura europea y española, el maestro Carrancá y Rivas dice al respecto: " LA LEY 2, TIT. I, LIB. II DE LAS LEYES DE INDIAS DESPUES DE ESTA RECOPIACIÓN O POR CÉLULAS PROVISIONES U ORDENANZAS DADAS Y NO REVOCADAS PARA LAS INDIAS, SE GUARDAN LAS LEYES DE NUESTRO REINO DE CASTILLA CONFORME A LAS DEL TRONO, ASÍ EN CUANTO A LA SUSTANCIA, RESOLUCIÓN Y DECISIÓN DE LAS CASAS, NEGOCIOS Y PLEITOS, COMO A LA FORMA Y ORDEN DE INSTANCIAR (1530), EL DERECHO INDIANO FUÉ EL PRINCIPAL, EL VIGENTE MIENTRAS QUE EL DERECHO DE CASTILLA FUÉ EL SUPLETORIO; LA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS FUE EL CUERPO PRINCIPAL DE LAS LEYES QUE COMPLEMENTABA CON LOS AUTOS ACORDADOS HASTA CARLOS III, PORQUE DESPUÉS SE INICIÓ UNA LEGISLACIÓN ESPECIAL MÁS SISTEMATIZADA, COMO LAS ORDENANZAS DE INTENDENCIAS Y A LOS DE MINERÍA, ESTAS LEYES FUERON LA RECOPIACIÓN DE LEYES CONCERNIENTES A LA ADMINISTRACIÓN Y GOBIERNO DE LOS TERRITORIOS DE NUEVO MUNDO, Y SE DEBE A QUE FELIPE II EN EL AÑO 1570, ORDENÓ UN ESTUDIO DE LA DOCUMENTACIÓN REAL Y DE LOS AUTOS DE GOBIERNO EXPEDIDOS PARA EL DE LAS INDIAS, Y QUE SE HICIERA UN SOLO CUERPO, ACLARANDO LAS DISPOSICIONES DUDOSAS Y CONCILIÁNDOLAS CON - TRADICTORIAS, Y FUE HASTA 1680 EN MADRID CUANDO SE PUBLICÓ, LA RECOPIACIÓN DE LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS MANDADAS A IMPRIMIR Y PUBLICAR POR LA MAJESTAD CATÓLICA DEL REY DON CARLOS II. " (17)

Es conveniente recordar que la Penalogía Eclesiástica marchaba paralela a la Penalogía Virreynal, y eran objeto de persecución los sospechosos de tener pacto con el demonio, los judaizantes, a los herejes y a los delincuentes comunes, y este período se distingue por las penas que regularmente consistían en ahorcar, quemar, descuartizar, cortar miembros y exhibirlos por ser instrumento del delito, azotes, etc.

Por otro lado no debe olvidarse la existencia de la Santa Inquisición, el día 27 de junio de 1535 recibió Don Fray Juan de Zumárraga, Obispo de México, el título de Inquisidor Apostólico de manos de Don Alonso de Manrique, Inquisidor General de España y Arzobispo de Sevilla; y con ello se le entregó a Zumarraga la facultad de proceder, al efecto Carrancá y Rivas alude: " CONTRA TODOS Y CUALQUIER PERSONA, ASÍ HOMBRES COMO MUJERES VIVOS O DIFUNTOS, AUSENTES O PRESENTES, DE CUALQUIER ESTADO Y CONDICIÓN, PRERROGATIVA Y PREEMINENCIA, DIGNIDAD QUE FUESEN, EXENTOS O NO EXENTOS, VECINOS O MORADORES QUE FUEREN O HUBIEREN SIDO EN TODA LA DIÓCESIS DE MÉXICO, Y QUE HALLASEN OCUPADOS SOSPECHOSOS O INFAMADOS DE HEREJÍA Y APOSTETESÍA, Y CONTRA TODOS LOS FACTORES DEFENSORES Y RECEPTORES DE ELLOS. " (18)

La recopilación se compone de IX Libros divididos en títulos integrados por buen número de leyes, cada uno, en cuánto a las leyes penales estas se encuentran difusas en toda la recopilación pero importante para nosotros en el Libro VII que trata en forma sistemática de policía, prisiones y derecho penal, y el cual haremos una

enunciación para determinar si existe algún antecedente de ejercicio indebido de funciones en tal catálogo, y al efecto señala Carrancá y Rivas.

" TÍTULO OCHO, DE LOS DELITOS, Y PENAS Y
SU APLICACIÓN.

LEY PRIMERA, QUE TODAS LAS JUSTICIAS, AVERIGUE -
Y CASTIGUEN LOS DELITOS.

ORDENAMOS Y MANDAMOS A TODAS NUESTRAS JUSTICIAS-
DE LAS INDIAS, QUE AVERIGUEN, Y PROCEDAN AL CASTIGO DE LOS
DELITOS, Y ESPECIALMENTE PÚBLICOS, ATROCES, Y ESCANDALO -
SOS, CONTRA LOS CULPADOS Y GUARDANDO LAS LEYES CON TODA
PRECISIÓN, Y CUIDADO, SIN OMISIÓN, NI DESCUIDO USEN DE SU
JURISDICCIÓN, PUES ASÍ CONVIENE AL SOSIEGO PÚBLICO, QUIE -
TUD DE AQUELLAS PROVINCIAS Y SUS VECINOS.

LEY II. QUE SE GUARDEN LAS LEYES CONTRA LOS -
BLASFEMOS.

POR LA 1. 25. TÍT. I LIB. I DE ESTA RECOPIA -
CIÓN ESTÁ ORDENANDO LO CONVENIENTE, SOBRE PROHIBIR LOS JU-
RAMENTOS, Y LA PENA, QUE INCURREN LOS QUE JURAN EL NOMBRE
DE DIOS EN VANO. Y PORQUE CONVIENE, QUE LOS BLASFEMOS -
SEAN CASTIGADOS CONFORME A LA GRAVEDAD DE SU DELITO, MANDA
MOS, QUE LAS LEYES, Y PRAGMÁTICAS DE ESTOS REINOS, DE -

CASTILLA, QUE LO PROHIBEN, Y SUS PENAS, SEAN GUARDADAS, -
EJECUTADAS EN LAS INDIAS CON TODO RIGOR, COMO ALLÍ SE CON-
TIENE.

LEY III. QUE SEAN CASTIGADOS LOS TESTIGOS -
FALSUS.

SOMOS INFORMADOS, QUE EN LAS INDIAS HAY MUCHOS-
TESTIGOS FALSOS, QUE POR POCO INTERÉS SE PERJURAN EN LOS -
PLEITOS, Y NEGOCIOS, QUE SE OFRECEN Y CON FACILIDAD LOS -
HALLAN CUÁNTOS SE QUIEREN APROVECHAR DE SUS DISPOSICIONES,
Y PORQUE ESTE DELITO ES EN GRAVE OFENSA DE DIOS N. SEÑOR,
Y NUESTRA, Y PERJUICIO DE LAS PARTES, MANDAMOS A LAS AU-
DIENCIAS Y JUSTICIAS, QUE CON MUY PARTICULAR ATENCIÓN PRO-
CUREN AVERIGUAR LOS QUE COMETEN ESTE DELITO, CASTIGANDO -
CON TODO RIGOR A LOS DELINCIENTES, CONFORME A LAS LEYES DE
NUESTROS REINOS DE CASTILLA, PUES TANTO IMPORTA AL SERVI -
CIO DE DIOS, Y EJECUCIÓN DE LA JUSTICIA.

LEY IV. QUE ES EL DELITO DE ADULTERIO SE -
GUARDAN LAS LEYES SIN DIFERENCIA ENTRE ESPAÑOLAS Y MESTI -
ZAS.

EN EL DELITO DE ADULTERIO PROCEDAN NUESTRAS JUS-
TICIAS, CONTRA LAS MESTIZAS, CONFORME A LAS LEYES DE ESTOS
REINOS DE CASTILLA, Y LAS GUARDEN COMO DISPONEN, RESPECTO
DE LAS MUJERES ESPAÑOLAS.

LEY V. QUE LA PENA DEL MARCO, Y OTRAS PECUNIARIAS IMPUESTOS POR DELITOS, SEAN EL DOBLO, QUE EN ESTOS REINOS DE CASTILLA.

MANDAMOS, QUE LA PENA DEL MARCO CONTRA LOS MANCEBADOS, Y LAS OTRAS PECUNIARIAS, IMPUESTAS POR LEYES DE ESTOS REINOS DE CASTILLA A LOS OTROS DELINCUENTES, SEAN, Y SE ÉNTIENDAN AL DOBLO EN LOS DE LAS INDIAS, EXCEPTO EN LOS CASOS, QUE POR LEYES DE ESTA RECOPIACIÓN FUERE SEÑALADA LA CANTIDAD CIERTA, EN QUE SE GUARDARÁ LO DISPUESTO.

LEY VI. QUE A LOS INDIOS AMANCEBADOS NO SE LLEVE LA PENA DEL MARCO.

EN ALGUNAS PARTES DE LAS INDIAS SE LLEVA LA PENA DEL MARCO A LOS INDIOS AMANCEBADOS, COMO EN ESTOS REINOS DE CASTILLA Y NO CONVIENE CASTIGARLOS CON TANTO RIGOR, NI PENAS PECUNIARIAS, ORDENAMOS A NUESTRAS JUSTICIAS, Y ENCARGAMOS A LOS PRELADOS ECLESIAÍSTICOS, QUE NO LES IMPUGNAN, NI EJECUTEN TALES PENAS, Y LAS HAGAN VOLVER, Y RESTITUIR.

LEY VII. QUE NO SE PRENDA MUJER MANCEBA DE CLÉRIGO, FRAYLE, Ó CASADO SIN INFORMACIÓN.

LOS ALGUACILES NO PRENDAN A NINGUNA MUJER POR MANCEBA DE CLÉRIGO, FRAYLE, Ó CASADO, SIN PROCEDER INFORMACIÓN POR DONDE CONSTE DEL DELITO.

LEY VIII. QUE LAS JUSTICIAS APREMIEN A LAS INDIAS AMANCEBADAS A IRSE A SUS PUEBLOS A SERVIR.

ORDENAMOS, QUE SI HUBIERE SOSPECHA DE QUE ALGUNAS INDIAS VIENEN AMANCEBADAS, SEAN APREMIADAS POR LAS JUSTICIAS A QUE SE VAYAN A SUS PUEBLOS, O A SERVIR, SEÑALÁNDOLES SALARIO COMPETENTE.

LEY IX. QUE NO SE PUEDAN TRAER ESTOQUES, VERDUGOS Ó ESPADAS DE MÁS DE CINCO CUARTAS DE CUCHILLA.

MANDAMOS, QUE NINGUNA PERSONA, DE CUALQUIER CALIDAD Y CONDICIÓN QUE SEA, PUEDA TRAER, NI TRAIGA ESTOQUE, VERDUGO, Ó ESPADA DE MÁS DE CINCO CUARTAS DE VARA, DE CUCHILLA, Y EL QUE LO TRAJERE INCURRA POR LA PRIMERA VEZ EN PENA DE DIEZ DUCADOS, Y DIEZ DÍAS DE CÁRCEL, Y PERDIDO EL ESTOQUE, VERDUGO Ó ESPADA; Y POR LA SEGUNDA SEA LA PENA DOBLADA, Y UN AÑO DE DESTIERRO DE LA CIUDAD, VILLA, O LUGAR DONDE SE LE TOMARE, Y FUERE VECINO, Y LA PENA PECUNIARIA, Y ARMAS SUSODICHAS APLICAMOS AL JUEZ, O ALGUACIL, QUE LAS APREHENDIERE.

LEY X. QUE LOS INDIOS PUEDAN SER CONDENADOS A SERVICIO PERSONAL DE CONVENTOS Y REPÚBLICA.

ESTANDO PROHIBIDO POR LA 1.5 TIT. 12 LIB. 6 QUE LOS INDIOS SEAN CONDENADOS POR SUS DELITOS EN SERVICIO PERSONAL DE PERSONAS PARTICULARES, SE HA RECONOCIDO, QUE -

ES BENEFICIO, Y CONVENIENCIA DE LOS INDIOS, POR ESCUSAR -
 LES OTRAS PENAS MÁS GRAVOSAS, Y DE MAYOR DIFICULTAD EN SU
 EJECUCIÓN; Y QUE CONVIENE PERMITIRLO, CON ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS,
 Y CALIDADES Y HABIENDO ADVERTIDO, QUE COMO PARA ELLOS NO HAY GALERAS,
 NI FRONTERAS, NI DESTIERRO A ESTOS REINOS DE CASTILLA, NI SUELE SER
 PENA LA DE AZOTES Y QUE LAS PENAS PECUNIARIAS LE SON SUMAMENTE
 GRAVOSAS, HA PARECIDO QUE EN ALGUNOS CASOS, DONDE NO HAY IMPUESTO
 LEGAL, CONVENDRÁ CONDENARLOS A SERVICIO PERSONAL, ORDENAMOS Y
 MANDAMOS, QUE LOS VIRREYES, PRESIDENTES, AUDIENCIAS Y GOBERNADORES
 (y nuestros jueces inferiores) LOS PUEDEN CONDENAR EN ALGÚN SERVICIO
 TEMPORAL, Y NO PERPETUO PROPORCIONADO AL DELITO, EN QUE SEAN BIEN
 TRATADOS, GANEN DINERO Ó APRENDAN OFICIOS, CON CALIDAD DE QUE SIRVAN
 EN LOS CONVENTOS, U OTRAS OCUPACIONES, O MINISTERIOS DE LA REPÚBLICA
 Y NO A PERSONAS PARTICULARES, COMO ESTÁ RESUELTO. OTRO SI ORDENAMOS
 QUE HABIÉNDOSE DE IMPONER A LOS INDIOS PENA DE DESTIERRO, NO PASE
 DEL DISTRITO DE LA CIUDAD CABEZA DE PROVINCIA, A QUE SU PUEBLO FUERE
 JUNTO, SI NO INTERVINIEREN MUCHAS CAUSAS, SÉGÚN EL ARBITRO DEL JUEZ,
 Y CALIDAD DEL DELITO.

LEY XI. QUE LOS CONDENADOS A GALERAS SEAN ENVIADAS A CARTAGENA, O TIERRA FIRME.

TODOS LOS DELINCUENTES, QUE POR SUS DELITOS CONDENAREN A GALERAS,
 LAS AUDIENCIAS, CORREGIDORES Y JUSTICIA DE LAS INDIAS, ESPECIALMENTE
 EN EL PERÚ, Y NUEVO REINO, SEAN ENVIADOS A LAS PROVINCIAS DE
 CARTAGENA, O TIERRA

FIRME, CUANDO ALLÍ LAS HUBIERE, PARA QUE SIRVAN COMO LOS -
DEMÁS FORZADOS.

LEY XII. QUE SE GASTE DE PENAS DE CÁMARA LO -
NECESARIO PARA CONDUCIR A LOS PRESOS DEL PERÚ,

LOS PRESOS, QUE FUEREN ENVIADOS DEL PERÚ A TIE -
RRA FIRME CONDENADOS A GALERAS, DESTIERRO PERPETUO DE LAS
INDIAS, Y OTRAS PENAS, DIRIGIDOS A ESTOS REINOS DE CASTI -
LLA, EN NUESTRA VOLUNTAD, QUE SEAN ENVIADOS Y MANTENIDOS -
EN TIERRA FIRME DE PENAS DE CÁMARA EL TIEMPO, QUE ALLÍ ES -
TUVIEREN, Y EL PRESIDENTE Y GOBERNADOR ORDENE, QUE LOS -
MAESTROS DE LOS NAVÍOS LOS TRAIGAN A BUEN RECAUDO Y DEN -
PARA SU MATALOTAJE LO QUE PARECIERE NECESARIO, Y ACÁ SE -
LES PAGUE DE BIENES DE LOS PRESOS, Y SI NO LOS TUVIEREN,
DE DONDE CONVenga.

LEY XIII. QUE LOS GALEOTES ENVIADOS DE ESTOS -
REINOS A LAS GALERAS DE LAS INDIAS SEAN REMETIDOS CUMPLIDO
EL TIEMPO.

ORDENAMOS, QUE LOS GALEOTES ENVIADOS DE ESTOS -
REINOS PARA SERVIR EN LAS GALERAS DE NUESTRAS INDIAS, ACA -
BADO EL TIEMPO DE SU CONDENACIÓN NO SE CONSIENTAN, NI PER -
MITAN QUEDAR EN AQUELLAS PARTES, Y SEAN LUEGO REMITIDOS A
ESPAÑA.

LEY XIV. QUE LOS ALCALDES, Y JUSTICIAS NO -
CONDENEN A GENTILES HOMBRES DE GALERA.

ESTÁ ORDENADO, QUE EN NUESTRAS GALERAS NO SE HA-
GAN CONDENACIONES PARA SERVIR DE GENTILES HOMBRES, PORQUE
SON DE POCO SERVICIO Y MUCHO CUIDADO EN GUARDARLOS DE QUE
SE AUSENTEN. Y MANDAMOS A TODOS NUESTROS ALCALDES, JUECES
Y JUSTICIAS, QUE ASÍ LO CUMPLAN, Y NO HAGAN ESTAS CONDENA-
CIONES; E IMPONGAN PENAS CORRESPONDIENTES A LOS DELITOS.

LEY XV. QUE LOS JUECES NO MODEREN LAS PENAS
LEGALES, Y DE ORDENANZA.

NUESTRAS AUDIENCIAS, ALCALDES DEL CRIMEN, GOBER-
NADORES, CORREGIDORES, Y ALCALDES MAYORES MODERAN LAS PE -
NAS EN QUE INCURREN LOS JUGADORES, Y OTROS DELINCIENTES, Y
POR ESTA CAUSA NO SE CASTIGAN LOS DELITOS, Y EXCESOS COMO
CONVIENE. Y PORQUE NO LES PERTENECE AL ARBITRIO EN ELLAS,
SINO SU EJECUCIÓN, MANDAMOS, QUE NO LAS MODEREN, Y GUAR -
DEN Y EJECUTEN LAS LEYES Y ORDENANZAS, CONFORME A DERECHO,
QUE ÉSTA ES NUESTRA VOLUNTAD.

LEY XVI. QUE LAS JUSTICIAS GUARDEN LAS LEYES
Y ORDENANZAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS, AUNQUE SEAN DE
MUERTE.

HABIENDO TENIDO POR BIEN DE RESOLVER, QUE LOS -
VIRREYES, PRESIDENTES, CORREGIDORES, GOBERNADORES, ALCAL -

DES MAYORES Y ORDINARIOS, Y OTROS JUECES Y JUSTICIAS DE LAS INDIAS NO PUDIESEN EJECUTAR SENTENCIAS DE MUERTE EN ESPAÑOLES O INDIOS, SIN COMUNICARLO PRIMERO CON LAS AUDIENCIAS DE SUS DISTRITOS, Y CON ACUERDO DE ELLAS, PEÑA DE MUERTE, DE QUE NUESTRA VOLUNTAD EXCEPTUAR A LOS VIRREYES Y PRESIDENTES, CUYO CELO, OBLIGACIONES Y DIGNIDAD NOS DIERON MOTIVO PARA EXCEPTUARLOS DE ESTA REGLA. AHORA POR JUSTAS CAUSAS, Y CONSIDERACIONES SOBRE LOS INCONVENIENTES, QUE RESULTARÍAN DE ESTA RESOLUCIÓN, EN PERJUICIO DE LA VINDICTA PÚBLICA, ES NUESTRA VOLUNTAD Y MANDAMOS A LOS VIRREYES, PRESIDENTES, JUECES Y JUSTICIAS DE NUESTRAS INDIAS OCCIDENTALES, ISLAS Y TIERRA FIRME, QUE EN TODAS LAS CAUSAS DE CUALQUIER CALIDAD QUE SEAN CUALQUIER ESPAÑOL, INDIOS, MULATO Y MESTIZOS OBSERVEN Y GUARDEN LO DISPUESTO POR ORDENANZAS DE LAS INDIAS, Y LEYES DE ESTOS REINOS DE CASTILLA, QUE TRATAN DE LAS PENAS Y CONMINACIONES QUE SE DEBEN IMPONER A LOS DELINCUENTES, Y QUE EJECUTEN SUS SENTENCIAS, AUNQUE SEAN DE MUERTE, EN LA FORMA QUE EN ELLAS, Y CONFORME A DERECHO SE CONTIENE, ADMINISTRANDO JUSTICIA CON LA LIBERTAD QUE CONVIENE.

LEY XVII. QUE LOS JUECES NO COMPONGAN DELITOS.

MANDAMOS A LOS PRESIDENTES, OÍDORES, JUECES Y JUSTICIAS, QUE NO HAGAN COMPOSICIONES EN LAS CAUSAS DE QUERELLAS O PLEITOS CRIMINALES, SI NO FUERE EN ALGÚN CASO MUY PARTICULAR A PEDIMENTO Y VOLUNTAD CONFORME DE LAS PARTES, Y SIENDO EL CASO DE TAL CALIDAD, QUE NO SEA NECESARIO DAR SATISFACCIÓN A LA CAUSA PÚBLICA, POR LA GRAVEDAD DEL DELITO, Ó POR OTROS FINES, ESTANDO ADVERTIDOS, QUE NO

EJECUTARSE ASÍ SE HACEN LOS REOS LICENSIOSOS Y OSADOS PARA ATREVERSE EN ESTA CONFIANZA A LO QUE NO HARÍAN SI SE ADMINISTRASE JUSTICIA CON RECTITUD, SEVERIDAD Y PRUDENCIA.

LEY XVIII. QUE HABIÉNDOSE DE EXTRAÑAR A ALGUNO SE REMITA LOS AUTOS DE LA CAUSA.

SI HUBIERE ALGÚN CABALLERO Ó PERSONA TAL, QUE CONVenga EXTRAÑAR DE LAS INDIAS, Y PRESENTARLE ANTE NOSOTROS, PUÉDALO EJECUTAR EL GOBERNADOR, Y DELE LOS AUTOS CERRADOS Y SELLADOS, POR OTRA VÍA NOS ENVÍE COPIA, PARA QUE SEAMOS INFORMADOS Y ESTA RESOLUCIÓN NO SEA SIN MUY GRAN CAUSA.

LEY XIX. QUE LOS TENIENTES DE GOBERNADORES NO PUEDEN EXTRAÑAR DE LA TIERRA.

PONESE UNA CLÁUSULA EN LOS TÍTULOS DE GOBERNADORES, POR LA CUAL SE LES DÁ FACULTAD PARA QUE SI LES PARECIERE CONVENIENTE ECHEN DE LA TIERRA ALGUNOS HOMBRES INQUIETOS, SIN EMBARGO DE APELACIÓN. Y PORQUE LO PRETENDEN PRACTICAR SUS TENIENTES Y OFICIALES, Y NO SE HA DE ENTENDER A OTROS MINISTROS INFERIORES, MANDAMOS QUE NO LO EJECUTEN OTROS, QUE NUESTROS GOBERNADORES POR MÁS PROPIAS PERSONAS.

LEY XX. QUE SE GUARDE LA 1.61 TÍT. 2 -
LIB. 3 SOBRE EXTRAÑAR DE LAS INDIAS A LOS QUE CONVINIERE.

LOS VIRREYES, Y PRESIDENTES GOBERNADORES QUE -
GUARDEN LO RESUELTO POR LA LEY 61. TÍT. 3 LIB. 3 Y EX -
TRAÑEN DE SUS PROVINCIAS A LOS QUE CONVINIERE AL SERVICIO
DE DIOS NUESTRO SEÑOR, Y NUESTRA PAZ Y QUIETUD PÚBLICA, -
QUE NO RESIDAN EN AQUELLOS REINOS SIN EMBARGO DE QUE HAYAN
OBTENIDO PERDÓN DE SUS DELITOS, REMITIÉNDONOS LA CAUSA, -
PARA QUE EXAMINEMOS SU JUSTIFICACIÓN.

LEY XXI. QUE A LOS DESTERRADOS A FILIPINAS -
NO SE DÉ LICENCIA PARA SALIR, DURANTE EL TIEMPO DE SU DES -
TIERRO, Y CUMPLAN LA CONDENACIÓN.

A LOS QUE VAN CONDENADOS POR DELITOS A LAS FILI -
PINAS, DAN LICENCIA LOS GOBERNADORES DE AQUELLAS ISLAS, -
PARA QUE SE VUELVAN. Y PORQUE CON ESTA CAUSA ANDAN MUCHOS
FORAGIDOS OCULTOS DE LOS JUECES QUE LOS DESTERRARON, MAN -
DAMOS A LOS GOBERNADORES, QUE POR NINGÚN CASO LES DEN LI -
CENCIA PARA QUE VUELVAN A NUEVA ESPAÑA, NI VAYAN AL PERÚ,
DURANTE EL TIEMPO DE SU DESTIERRO, Y SI FUERE LA CONDENA -
CIÓN DE GALERAS, U OTROS SERVICIOS, LA HAGAN CUMPLIR.

LEY XXII. QUE NO SE APLIQUEN CONDENACIONES A
LA PAGA DE PERSONAS PARTICULARES.

MANDAMOS, QUE NUESTRAS AUDIENCIAS NO APLIQUEN -
CONCENACIONES A LA PAGA DE PERSONAS PARTICULARES, Y QUE -
APLIQUEN LAS QUE HICIEREN A GASTOS DE JUSTICIA, Y ESTRADOS
GENERALMENTE, Y EN ESTOS HAGAN SUS LIBRANCANS, CONFORME A
DERECHO, SIN TOCAR EN PENAS DE CÁMARA.

LEY XXIII. QUE NO SE APLIQUEN LAS PENAS DE -
CÁMARA EN LAS SENTENCIAS.

LAS PENAS DE CÁMARA ENTREN PRECISAMENTE EN PODER
DEL RECEPTOR, Y NO SE APLIQUEN EN LAS SENTENCIAS PARA SA -
LARIOS DE LOS INTERPRETES, PORTEROS Y OTROS OFICIALES, -
GUARDANDO LAS LEYES 45, Y 46. TÍT. 25 LIB. 2 Y ALLÍ SE
HAGAN LOS LIBRAMIENTOS POR SUS SALARIOS, Y LAS OTRAS MERCE
DES, Y LIMOSNAS CON ANTELACIÓN, CADA AÑO POR TERCIOS, Y -
CUMPLIDOS CON ESTO, DE LO QUE SOBARE SE PAGUEN LOS MERCA
DOS, Y LIBRANCAS HECHAS POR NOSOTROS Y ASÍ SE GUARDE.

LEY XXIV. QUE LOS OÍDORES NO APLIQUEN LAS -
PENAS PARA PAGA DE SUS POSADAS.

EN ALGUNAS AUDIENCIAS SE HACEN CONDENACIONES -
PARA ESTRADOS, A FIN DE PAGAR LOS ARRENDAMIENTOS DE LAS -
CASAS DONDE VIVEN LOS OÍDORES, Y OTRAS COSAS A SU ARBITRIO;
Y NO LAS APLICAN A NUESTRA CÁMARA, Y PORQUE NUESTRA VOLUN
TAD ES, QUE LOS MINISTROS PAGUEN SUS POSADAS DE SUS PRO -
PIOS BIENES, Y SALARIOS, Y NO DE LAS PENAS DE CÁMARA, Y DE
NUESTRA HACIENDA COMO SE PRACTICA EN LAS AUDIENCIAS DE -

ESTOS REINOS DE CASTILLA. ORDENAMOS, QUE ÉSTO SE GUARDE -
CON LOS MINISTROS DE LAS INDIAS.

LEY XXV. QUE LAS PENAS DE LAS SETENAS SEAN-
PARA LA CÁMARA.

DECLARAMOS QUE LAS SETENAS EN QUE CONDENAREN LOS
JUECES PERTENECEN A NUESTRA CÁMARA, Y QUE NO PUEDEN LLEVAR
NI SUS OFICIALES, ALGUACILES, NI MERINOS NINGUNA PARTE DE
ELLAS, PERA DEVOLVERLES, CON EL CUATRO TANTO.

LEY XXVI. QUE SI HUBIERE GASTOS DE JUSTICIAS
PARA SEGUIR DELINCUENTES, SE SUPLAN DE PENAS DE CÁMARA.

SI NO BASTAREN LAS CONDENACIONES DE GASTOS DE -
JUSTICIAS PARA SEGUIR DELINCUENTES, Y MALHECHORES, SE SU -
PLAN LAS PENAS DE CÁMARA CON QUE SE HAYAN DE REEMPLAZAR EN
LAS PRIMERAS, QUE SE CAUSAREN.

LEY XXVII. QUE LAS PENAS APLICADAS A LA CÁMA-
RA POR LA INTRODUCCIÓN DE REZO SE PONGAN POR CUENTA APARTE.

DECLARAMOS, QUE LAS CONDENACIONES CONTRA LOS QUE
INTRODUJEREN LIBROS DE EL REZO SIN LICENCIA, POR LO QUE -
TOCARE A NUESTRA CÁMARA, SE PONGAN EN ARCA Y CUENTA APARTE
Y LOS OFICIALES REALES NOS AVISEN DE LA CANTIDAD QUE MONTA
REN, DE QUE TENGA PARTICULAR CUIDADO EL OIDOR COMISARIO DE

ESTAS CAUSAS, EL CUAL PUEDA LLEVAR LO QUE LE TOCARE, AUN -
 QUE LO SEA EN CUALQUIERA DE NUESTRAS AUDIENCIAS, GUARDANDO
 LA 1.13 TÍT. 24 LIB. 1.

LEY XXVIII. QUE LAS PENAS IMPUESTAS A LOS -
 ARRIEROS DE LA VERACRUZ SE APLIQUEN CONFORME A ESTA LEY.

POR ORDENANZA DE LA CIUDAD DE VERACRUZ, SE DIS -
 PONE QUE PARA SACAR CARGOS LOS ARRIEROS, SEAN OBLIGADOS A
 INTRODUCIR LA TERCIA PARTE DE SU RECUA, CARGADA DE BASTI -
 MENTOS, CUYA MAYOR PARTE SEA DE HARINA, Y SI ALGUNAS BES -
 TIAS ENTRAREN SIN ESTA CALIDAD, PAGUEN POR CADA UNA HASTA
 EL NÚMERO DE LA TERCIA PARTE, UN PESO, Y EN ELLAS NO PUE -
 DAN SACAR NINGUNA CARGA CON CIERTA APLICACIÓN DE LA PENAS,
 LO CUAL MANDAMOS QUE SIN EMBARGO DE ESTAR CONFIRMADA POR -
 NOSOTROS SE DISTRIBUYA, Y APLIQUE MITAD A LOS PROPIOS DE -
 LA CIUDAD Y LA OTRA MITAD AL JUEZ Y DENUNCIADOR, POR IGUA -
 LES PARTES.

QUE LOS DELITOS CONTRA INDIOS SEAN CASTIGADOS -
 CON MAYOR RIGOR, QUE CONTRA ESPAÑOLES, 1.21 TIT. 10
 LIB. 6

QUE LAS JUSTICIAS TENGAN CUIDADO SOBRE PROCEDI -
 MIENTO DE LOS ESCLAVOS, NEGROS Y PERSONAS INQUIETAS, 1.13
 TÍT. 5 DE ESTE LIBRO.

QUE EL PRESO EN QUIEN SE EJECUTARE PENA CORPORAL
 NO SEA VUELTO A LA CÁRCEL POR COSTAS NI CARCELAJE, 1.20 -
 TÍT. 6 DE ESTE LIBRO. " (19)

En cuánto al Derecho Supletorio debemos examinar el Fuero Real (1255), las Partidas (1265), el ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas Reales de Castilla (484), las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805), las que más uso tuvieron fueron esta última y las Partidas por lo cual debemos hacer su análisis respectivo.

De las partidas las que nos interesa es la " SETENA " la cual fue dedicada no en forma total pero sí en forma general al derecho penal, podemos decir que era el Código Penal, aunque para conocer toda la materia penal debe recurrirse al examen de todas las partidas ya que no se siguió un orden estricto de materias y se componía de la siguiente manera según el maestro Macedo:

" TÍTULO I.	De las Acusaciones que se hacen contra las malas fechas, y de los denunciamentos, del oficio del jugador que ha pequerir los malos fechos. Y constaba de 29 Leyes.
TÍTULO II.	De las Traiciones (6 Leyes)
TÍTULO III.	De los Rieptos (9 Leyes)
TÍTULO IV.	De las Lides (6 Leyes)
TÍTULO V.	De las cosas que fazen las omes, por que valen menos (3 Leyes).
TÍTULO VI.	De los Enfamados (8 Leyes).

TÍTULO	VII.	De las Falsedades (10 Leyes).
TÍTULO	VIII.	De los Omezillos (16 Leyes).
TÍTULO	IX.	De las Deshonras, quier sean- fechas, o dichas, a los vi- cios o contra los muertos e de los famosos libellos (23 Leyes).
TÍTULO	X.	De las Fuerças (18 Leyes).
TÍTULO	XI.	De los Desafiamientos e de to- mar amistad (3 Leyes).
TÍTULO	XII.	De las Treguas, e de las segu- ranças, e de las paces (4 Leyes).
TÍTULO	XIII.	De los Robos (4 Leyes).
TÍTULO	XIV.	De los Furtos, e de los sier- vos que furtan a sí mismos, e de los guardadores que fazes (4 Leyes).

Para los motivos de este estudio este título es importante antecedente del mismo, en rasgos breves este título contiene: bajo el nombre de HURTO se comprende el hecho de tomar cosa, mueble ajeno, encubrimiento sin pla-
cer de su señor, con intención de ganar el señorío o la posesión o el uso de la (Ley 1), en este título tam-
bién encontramos lo que las legislaciones contemporá -

neas como el delito de abuso de confianza, comprendido en las Leyes (3, 5 y 10).

El robo de infante o de esclavo (Ley 22), y el cambio furtivo de Mojoneras o linderos (Ley 30), la fuga del siervo era considerada como hurto de sí mismo (Ley 23) y también se equiparaba al hurto la corrupción de los siervos, faciéndolos de buenos malos, e los malos peores, mal aconsejándolos y ayudándolos a obrar mal (Ley 29), etc. y en relación a la pena la Ley 18 decía: los jueces debían " escarmentar los furtadores publicamente conferidas de acotes, o de otra guisa, de manera que su fran pena e verguenza, " pudiendo cortar el miembro ejecutar del delito e imponer la pena de muerte solo a los asalteadores, piratas, ladrones, sacrílegos y funcionarios culpables.

- " TÍTULO XV. De los daños, que los omes, o las bestias, fassen en las cosas de otro, de qual natura quier que sea (28 Leyes).
- TÍTULO XVI. De los engaños, malos, e buenos, e de los baratadores (12 Leyes).
- TÍTULO XVII. De los adulterios.
- TÍTULO XVIII. De los que yasen con sus parientes, o con sus cuñadas (3 Leyes).

- TÍTULO XIX. De los que yasen con mujeres-
de orden, o con viuda que vi-
va honestamente en su casa, ó
con vírgenes, por falaga, o
por engaño, non les faziendo
fuerza (2 Leyes).
- TÍTULO XX. De los que fuerzan, o llevan
robadas las vírgenes o las mu-
jeres de orden 1 o las viudas
que viven honestamente
(3 Leyes).
- TÍTULO XXI. De los que forzan pecado de -
lujuria contra natura
(2 Leyes).
- TÍTULO XXII. De los alcahuetes
(2 Leyes).
- TÍTULO XXIII. De los agoreras, e de los sor-
teros, e de los adevinos, e
de los fechiceros e de los
truhanes (3 Leyes).
- TÍTULO XXIV. De los judíos (11 Leyes).
- TÍTULO XXV. De los moros (10 Leyes).
- TÍTULO XXVI. De los herejes (6 Leyes).
- TÍTULO XXVII. De los desesperados que matan
a sí mismos, o a otros por al-
go que les dan; e de los bie-
nes de ellos.

TÍTULO	XXVIII.	De los que demuestran a Dios, en Santa Marfa, e a los otros santos (6 Leyes)
TÍTULO	XXIX.	De cómo deben ser recabados - los presos (15 Leyes)
TÍTULO	XXX.	De los tormentos (9 Leyes).
TÍTULO	XXXI.	De las penas (11 Leyes). "
		(20)

En cuánto a la Novísima Recopilación a pesar de tener grandes defectos de método y sistema, esta recopilación fue aplicada en forma supletoria en México desde la Colonia hasta la expedición de los códigos patrios, y en el siglo XIX, nuestros juristas disintieron su obligariedad, negándola algunas por no haberse publicado en la Nueva España con especial despacho ó cédula, conforme a las leyes 39 y 40, Título I Libro I de la Recopilación de Indias, por lo tanto su vigencia estaba viciada a menos que se hayan comunicado especialmente en América, la Novísima no es diferente de la recopilación, así de esta manera está expuesta al diálogo, todavía al principiar el siglo XX la Novísima era la base de nuestra Legislación Vigente en el fuero federal y para ser más exacto hasta la expedición del Código Federal de Procedimientos Penales - 1908, de aquí que resulte importante e interesante como veremos la Novísima está dividida en 12 libros según el Maestro Macedo que son los siguientes:

- LIBRO I. Dividido en treinta títulos - relativos a la religión y a la iglesia Católica bajo la rúbrica de la Santa Iglesia: sus derechos, bienes y rentas Prelados y Súbditos y Patronato Real.
- LIBRO II. De la jurisdicción eclesiástica, ordinaria y mixta, y de los tribunales y juzgados en que se ejerce.
- LIBRO III. Del Rey, y de su real casa y corte.
- LIBRO IV. De la real jurisdicción ordinaria; y de su ejercicio en el Supremo Consejo de Castilla.
- LIBRO V. De las Cancillerías y Audiencias del Reino; sus ministros y oficiales.
- LIBRO VI. De los vasallos: su distinción de estados y fueros; obligaciones, cargos y contribuciones.
- LIBRO VII. De los pueblos y de su gobierno civil, económico y político.
- LIBRO VIII. De las Ciencias, artes y oficios.

- LIBRO IX. Del comercio, monedas y minas.
- LIBRO X. Derecho Civil: Contratos y -
Obligaciones; testamentos y
herencias.
- LIBRO XI. De los juicios civiles, ordi-
narios y ejecutivos.
- LIBRO XII. De los delitos y sus penas; -
de los juicios criminales,
está dividido en cuarenta y
dos títulos, e inclusive de-
recho penal y procedimiento
penal no es algo sistemático
o metodológico sino social
que los anteriores se basa en
disposiciones sueltas relati-
vas a los delitos, y se for-
ma de la siguiente manera:

TÍTULO I.

De los judíos; su expulsión -
de estos reinos y prohibición
de entrar o residir en ellos
(6 Leyes).

TÍTULO II.

De los moros y moriscos
(5 Leyes).

TÍTULO III.

De los herejes y descomulgados (5 Leyes).

TÍTULO IV.

De los adivinos, hechiceros y agoreros (3 Leyes).

TÍTULO V.

De los blasfemos, y de los juramentos (10 Leyes).

TÍTULO VI.

De los perjuros (6 Leyes).

TÍTULO VII.

De los traidores (4 Leyes).

TÍTULO VIII.

De los falsarios (7 Leyes).

TÍTULO IX.

De los desertores del real servicio; su persecución y castigo (6 Leyes)

TÍTULO X.

De los que resisten a las jus
ticias y sus ministro (10
Leyes).

TÍTULO XI.

De los tumultos, asonadas y -
conmociones populares (5
Leyes).

TÍTULO XII.

De los ayuntamientos, bandas-
y ligas; cofradías y otras
parcialidades (13 Leyes).

TÍTULO XIII.

De las máscaras y otros dis -
fraces (3 Leyes).

TÍTULO XIV.

De los hurtos y ladrones (18
Leyes).

TÍTULO XV.

De los robos y fuerzas (12
Leyes).

TÍTULO XVI.

De los gitanos su vagancia y otros excesos (11 Leyes).

TÍTULO XVII.

De los bandidos salteadores - de camino y facinerosos (8 Leyes)

TÍTULO XVIII.

De los receptadores de malhechores (8 Leyes).

TÍTULO XIX.

Del uso de armas prohibidas (21 Leyes).

TÍTULO XX.

De los duelos y desafíos.

TÍTULO XXI.

De los homicidios y heridas - (16 Leyes)

TÍTULO XXII.

De las usuras y logros (5 Leyes).

TÍTULO XXIII.

De los juegos prohibidos
(18 Leyes)

TÍTULO XXIV.

De las rifas (3 Leyes)

TÍTULO XXV.

De las injurias, denuestos y
palabras obscenas (10 Leyes)

TÍTULO XXVI.

De los amancebados y mujeres
públicas (8 Leyes).

TÍTULO XXVII.

De los rufianes y alcahuetes
(5 Leyes)

TÍTULO XXVIII.

De los adúlteros; y bigamos
(10 Leyes).

TÍTULO XXIX.

De los incestos y estupro
(4 Leyes).

TÍTULO XXX.

De la sodomía, y bestialidad
(3 Leyes).

TÍTULO XXXI.

De los vagos, y modo de proceder
en ellos, y en el examen
de testigos (20 Leyes).

TÍTULO XXXII.

De las causas criminales y modo
de proceder en ellos, y en
el examen de testigos (20
Leyes).

TÍTULO XXXIII.

De las delaciones y acusaciones
(8 Leyes).

TÍTULO XXXIV.

De las pesquisas y sumarias;
y jueces pesquisidores (16
Leyes).

TÍTULO XXXV.

De los alcaldes y oficiales
de la hermandad; y de los casos
y delitos sujetos a su juris
dicción (27 Leyes).

TÍTULO XXXVI.

De la remisión de delincuentes a sus jueces y de unos a otros reinos (9 Leyes).

TÍTULO XXXVII.

Del procedimiento contra reos ausentes y rebeldes (5 Leyes).

TÍTULO XXXVIII.

De los Alcaldes y presos de las cárceles (29 Leyes).

TÍTULO XXXIX.

De las visitas de cárceles y presos (13 Leyes).

TÍTULO XL.

De las penas corporales, su conmutación, destino de los reos (23 Leyes).

TÍTULO XLI.

De las penas pecuniarias pertenecientes a la real Cámara y gastos de justicia (20 Leyes).

TÍTULO XLII.

De los indultos y perdones -
reales (11 Leyes) "

(21)

Ahora pasando a la época independiente a la cual se le puede aplicar lo mismo que la época precortesiana en cuanto a continuación de costumbres, porque una cosa fue la Independencia política (1810) y otra cosa fue la independencia jurídica pues esta tuvo que ser lenta y con prioridades fijadas, lo primero que le interesa al Estado, independiente fue reglamentar sobre su ser y las funciones inherentes, es decir al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo, y en el campo penal se impuso una reglamentación, como la aportación de armas sobre bebidas alcohólicas, la vagancia y mendicidad y organización policial (Bandos de 1824, 1825, 1828 y 1834), de esta manera también se legisló sobre la policía preventiva y de seguridad, etc.

Los problemas penales por lo tanto tenían que solucionarse a través de los textos coloniales, como herencia dependiente jurídica; la Constitución de 1824 estableció que la Nación adoptaba el sistema federal: " LA NACIÓN MEXICANA ADOPTA PARA SU GOBIERNO LA FORMA DE REPÚBLICA REPRESENTATIVA POPULAR FEDERAL, " en su artículo 4° al establecerse estos conceptos traía el problema de nacimiento de legislaciones locales o estatales y federales, digno es de mencionar que el Estado de Veracruz basándose en el Código Español de 1822 haciéndole modificaciones promulgó

su Código Penal en abril de 1836, siendo el primer Código Penal Mexicano lo cual indica que a pesar del federalismo las bases no eran otras que las coloniales que conjuntamente con la incipiente Legislación Mexicana la vigencia de los textos coloniales hasta 1857 complementada en los Estados por las leyes dictadas por sus Congresos y en el Distrito y Territorios Federales las leyes generales.

Los constituyentes de 1857 junto con los legisladores 1860 y los de 1864, fueron los que sentaron las bases para un Derecho Penal Propio, al reestablecerse el Gobierno Repúblicano por Juárez el Estado de Veracruz puso en vigor los Códigos Civiles Penales y de Procedimientos en mayo de 1869, obra jurídica de suma importancia con defectos técnicos, y se debe principalmente a Fernando J. Corona y de esta manera se rompe la Unidad Legislativa del México Independiente.

En la capital el Presidente Juárez tenía como colaborador a Antonio Martínez de Castro quien fue el encargado de organizar y presidir la Comisión Redactora del Primer Código Penal Federal Mexicano de 1871, esta Comisión fue designada en septiembre 28 de 1868, conformándolo como sigue:

PRESIDENTE EL MINISTRO MARTÍNEZ DE CASTRO

VOCALES LICENCIADOS JOSÉ MA. LAGRAGUA,

MANUEL ORTÍZ DE MONTELLANO Y

MANUEL M. DE ZAMACONA.

El modelo del Código Español de 1870 fue la base de nuestro Código Penal de 1871, heredando el espíritu jurídico español como antecedentes romanos, y que paso a paso se ha superado con criterios originales y espontáneos.

Como los delitos cometidos por funcionarios públicos tienen sus antecedentes en el Código Penal Español de 1870 debemos ver algo acerca de esta fuente y encontramos lo siguiente en la Enciclopedia Jurídica Española.

" Algunas modificaciones notables efectuó en el delito que nos ocupa el Código Penal de 1822, pues además de distinguir varios supuestos atenuó mucho la severidad con que se castigaba anteriormente, ya que en los casos más graves sólo imponía la pena de reclusión. El Código de 1850 adoptó un plan nuevo y desde luego más científico, al tratar de la malversación de caudales públicos, dando a este concepto mayor extensión, aceptada por la Ley Penal de 1870. "

El Código Vigente distingue varios casos de malversación:

- 1°. La substracción de caudales ó efectos públicos que tenga a su cargo el funcionario público por razón de sus funciones y el consentimiento para que otros lo substraigan (artículo 405);

- 2°. El abandono ó negligencia inexcusables del funcionario público que diesen ocasión a que se efectuase por otra persona la sustracción de caudales ó efectos públicos en cantidad superior a 50 pesetas (artículo 406);
- 3°. La aplicación a usos propios ó ajenos de los caudales ó efectos puestos a cargo del funcionario público (artículo 407);
- 4°. La aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, dada por el funcionario público a los caudales o efectos que administre (artículo 408);
- 5°. No hacer el funcionario público, debiéndolo verificar, como tenedor de fondos del Estado, un pago (artículo 409, par. I. o);
- 6°. Rehusar hacer entrega de una cosa, puesta bajo la custodia ó administración del funcionario público, despues de requerido con orden de autoridad competente (artículo 409, párraf. 2°).

Las penas en los diferentes casos expuestos, son distintas según la importancia pecuniaria de la sustracción o distracción, oscilando entre la cadena temporal y la multa; el caso primero lleva envuelta además, la inhabilitación temporal especial en grado máximo a inhabilitación perpetua absoluta; el caso tercero, la de inhabilita-

ción especial temporal, y el caso cuarto, la de inhabilitación temporal.

En diversos artículos se amplia los conceptos de funcionarios y de caudales públicos, declara extensivas todas las disposiciones referidas a los que se hallaron en - cargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos, provinciales ó municipales, ó pertenecientes a un establecimiento de instrucción ó beneficencia, y a los administradores ó depositarios de caudales embargados, secuestrados ó depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

Aparte las disposiciones de aspecto penal con - que se castiga el delito de malversación de caudales públicos, nuestro Derecho Vigente contiene otras de carácter administrativo encaminadas a que el Tesoro se reintegre de las cantidades que le han sido defraudadas; siendo de notar que ambos procedimientos son compatibles, y que no cabe establecer prelación en favor de la administración, ni detener la causa criminal interin la misma resuelva lo procedente. " (22)

Como otra referencia mas es menester señalar que el Código Penal Mexicano de 1871 fue aprobado y promulgado el 1° de diciembre de 1871 para empezar a regir, el 1° de abril de 1872 en el Distrito Penal y Territorio de la Baja California.

Con esto se ha realizado un breve estudio en cuanto a los antecedentes históricos del Derecho Penal en México, como fuente de información para el presente estudio.

D. OBJETO DEL TRABAJO

Además del cumplimiento de los requisitos académicos se pretende dar a conocer, la regulación de conductas ilícitas que redundan en perjuicio del pueblo de México, por los malos manejos del erario público de parte de los servidores públicos, esperando que las iniciativas del Ejecutivo Federal traducidas ahora en leyes sean eficaces para los fines que fueron realizadas.

E. CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVARON LA CREACION DE LA FIGURA DELICTIVA

Dada su trascendencia consideramos necesario concretar en este capítulo las circunstancias que motivaron la creación de la figura delictiva a estudio, para lo cual transcribimos a continuación la exposición de motivos de las reformas al Código Penal que nos rige, por ser el documento fiel que la Comisión de Justicia de la H. Cámara de Diputados expidió dirigiéndose a la Honorable Asamblea de la misma, formulando su dictámen en base a los siguientes antecedentes.

EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA INICIATIVA PRESIDENCIAL

CC. SECRETARIOS DE LA CAMARA DE DIPUTADOS
DEL CONGRESO DE LA UNION
P R E S E N T E S :

" La renovación moral de la sociedad no es concebible sin un régimen eficaz para prevenir y sancionar la corrupción del servicio público. Establecerlo es columna vertebral para ese mandato del pueblo. "

" El ejercicio de la acción penal es el recurso de última instancia con que cuenta la sociedad para protegerse de la inmoralidad que infringe la ley, que daña sus legítimos intereses y los de sus miembros. Sólo procede cuando han fallado la adhesión convenida a los valores nacionales, la solidaridad con la Patria y otras políticas y mecanismos para prevenir la delincuencia. La persecución eficaz de la corrupción de los servidores públicos utilizando su empleo, cargo o comisión, es sólo una parte de la política de renovación moral. Exige antes que nada que la legislación penal contemple como delito de las conductas a través de las que se manifiesta la corrupción pública y establezca las sanciones efectivas para prevenirla y castigarla. "

" La legislación penal en el ámbito federal y del Distrito Federal fué definida hace mas de medio siglo.

Hay una gran tarea por delante para actualizarla y modernizarla de acuerdo a las exigencias generales de seguridad pública y de rehabilitación social que surgen del desarrollo del país durante los últimos cincuenta años. Pero esa tarea futura no puede ser obstáculo para posponer la prioridad impostergable de establecer las reglas penales eficaces a fin de prevenir y sancionar la corrupción de servidores públicos en el México de nuestros días. "

" Esto es el objeto de esta iniciativa de Ley que reforma y adiciona el Título Décimo del Código Penal en vigor en el Distrito Federal y que rige en materia federal. "

" La iniciativa tipifica como delito las conductas públicas ilícitas que ostensiblemente se han desarrollado durante el medio siglo y que la Ley ha ignorado. Establece, sobre bases coherentes, sanciones penales efectivas para prevenir y castigar dichas conductas, en consonancia con las reformas y adiciones al Título Cuarto Constitucional en general y al artículo 111 en particular, que he sometido a la consideración del H. Congreso de la Unión. Esta iniciativa regula, siguiendo esos principios constitucionales, las penas para los delitos patrimoniales cometidos por servidores públicos de acuerdo con los beneficios económicos causados por su delincuencia, así como la naturaleza preventiva que debe tener su sanción económica. "

" Las bases generales de la legislación penal vigente no consagran esos principios, lo que entre otros factores, ha propiciado la delincuencia con cargo al patrimonio del pueblo por parte de quienes deben preservarla. "

TIPOS PENALES NUEVOS

" La iniciativa pretende tipificar conductas que ostensiblemente sustentan la corrupción pública para que hasta hoy han sido soslayadas por la legislación penal vigente. Establece seis delitos nuevos en que pueden incurrir la conducta de los servidores públicos; el de " Uso indebido de atribuciones y facultades ", el de " Intimidación ", el de " Ejercicio abusivo de Funciones ", el de " Tráfico de Influencia ", el de " Deslealtad ", y el de " Enriquecimiento Ilícito. "

" La tipificación que propone esta iniciativa - así como el catálogo de obligaciones propuesto en la iniciativa de " Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos ", que por separado se envió al H. Congreso de la Unión, toman en consideración las conductas contenidas en la iniciativa de reformas y adiciones al Código Penal, que el Ejecutivo Federal sometió a vuestra soberanía en septiembre de este año. "

" El delito de " Uso indebido de Atribuciones y Facultades ", sanciona el manejo ilícito de recursos económicos públicos y de facultades para regular la economía. "

" El delito de " Intimidación sanciona al servidor público que mediante la violencia física o moral inhiba a cualquier persona a presentar denuncia, querrela o aportar información relativa a un acto ilícito. "

" El delito de " Ejercicio abusivo de funciones ", sancione el uso del empleo, cargo, o comisión del servidor público para promover sus intereses económicos personales, los de sus familiares y los de sus afines, así como de personas con las que tengan vínculos efectivos o económicos. "

" El delito de " Tráfico de Influencia ", sanciona el uso del empleo, cargo o comisión del servidor público para inducir, promover o gestionar cualquier tramitación o resolución ilícitas de algún negocio público. "

" El delito de " Deslealtad ", sanciona la infidelidad del servidor público tanto por no proporcionar información para prevenir daños graves a los intereses del Estado, como por sustraer, destruir, difundir, transmitir, ocultar e inutilizar ilícitamente información que el servidor público custodia o a la cual tenga acceso en virtud de su empleo, cargo o comisión. "

" El delito de " Enriquecimiento Ilícito ", sanciona la adquisición de bienes cuyo valor excede notoriamente el monto de los ingresos de los servidores públicos y cuya procedencia legítima no pueden justificar. "

ADECUACION DE TIPOS PENALES EXISTENTES

La iniciativa amplía los tipos penales de " Abuso de Autoridad ", " Cohecho " y " Peculado " con conductas ostensiblemente ilícitas pero que no están contempladas por la legislación en vigor. "

" El delito de " Abuso de Autoridad ", se amplía con el otorgamiento de empleos, cargos o comisiones en el servicio público con conocimiento de que no serán desempeñados, con el otorgamiento de acreditaciones falsas en el servicio público y con la contratación de personal inhabilitado. "

" El delito de " Cohecho ", se amplía con la solicitud de cualquier dádiva por parte del servidor público para cualquier tercero. "

" El delito de " Peculado ", se amplía con el uso de fondos públicos y de facultades y atribuciones para regular la economía a efecto de lograr la promoción personal o la denigración de cualquier persona, así como la distracción de dichos fondos para usos indebidos por parte de

quienes los custodian, aunque no sean servidores públicos federales o del Departamento del Distrito Federal. "

ELIMINACION Y REORDENACION DE CONDUCTAS DELICTUOSAS

" La iniciativa elimina la responsabilidad penal de conductas cuya peligrosidad no amerita sancionarse penalmente y frente a las cuales la sanción administrativa es mas adecuada. Se propone eliminar cuatro fracciones del delito en vigor de " Ejercicio indebido o abandono de Funciones Públicas ", referentes a acciones u omisiones en el servicio público que resulta irrazonable sancionar penalmente. Se deja como delito de " Ejercicio indebido del Servidor Público ", sancionando al servidor público que utilice el empleo, cargo o comisión después de que legalmente lo ha dejado de desempeñar. "

" La aplicación ilícita de recursos públicos queda mejor comprendida en el delito de " Uso indebido de atribuciones y facultades ", que en el de " Abuso de Autoridad ", en el cual se encuentra enmarcado en la legislación vigente. "

TIPIFICACION DE LA CORRUPCION ACTIVA

" La iniciativa propone sancionar expresamente la conducta de cualquier persona que promueva la corrupción delictuosa del servicio público, aunque se preserve la integridad del mismo. "

" No se debe confundir esta conducta con la de coparticipación o coautoria en los delitos cometidos por servidores públicos, pues estas últimas suponen la responsabilidad penal de aquellos. "

LA SANCION PENAL A LA CORRUPCION

" Las sanciones penales establecidas hace mas de medio siglo en vez de prevenir el lucro con el patrimonio del pueblo, lo fomenta. Su esquema es sumamente injusto, ya que prevé sanciones demasiado leves con relación a la peligrosidad y responsabilidad que entrañan las conductas inmorales de aquellas personas a quienes estando confiada por la sociedad la salvaguarda de su orden y la administración de sus recursos, pervierten sus obligaciones aprovechando su función para satisfacer intereses personales. "

" Los esfuerzos fragmentarios para resolver las deficiencias de la legislación penal, en este orden, estan condenadas al fracaso, no es con base en adecuaciones ais-

ladas como se podrán obtener los efectos disuasivos y sancionadores que se requieren. "

" Las sanciones propuestas en esta iniciativa, - contemplan de manera fundamental la naturaleza de aquellos valores que se pretenden proteger, considerando la infracción delictuosa de las obligaciones de los servidores públicos, en función de los intereses y valores sociales superiores que están bajo su tutela, como son: la honradez en los manejos de los recursos del pueblo y el respeto inquestionable a la ley que debe prevalecer en la actividad de todo servicio público. "

" Obedeciendo al espíritu de la iniciativa de reformas constitucionales que he sometido al constituyente permanente, las sanciones penales propuestas permiten que el juzgador tenga un comportamiento sensiblemente distinto ante los fenómenos de baja y alta corrupción. "

" Estos principios establecen las bases para que las sanciones sean equitativas y preventivas penalizando proporcional y disuasivamente los frutos de la corrupción. Se trata de prevenir que el comportamiento corrupto sea un aliciente económico, estableciendo la certidumbre jurídica de que la corrupción del servicio público debe implicar sanciones con costos superiores al lucro obtenido.

" Es inaceptable dar tratamiento a aquellos servidores públicos que incurren en actos, si bien inmorales de poca trascendencia para los intereses del pueblo, que -

aquellos que teniendo a su cargo las mas altas responsabilidades las abandonan para su provecho propio. "

" La corrupción del servicio público debe ameritar las penas mas severas cuando el lucro ilícito con cargo a el, alcanzan proporciones que socaban gravamente el patrimonio del pueblo, produciendo asi daños sociales de toda índole incluyendo a los que afectan la vida e integridad personal de los mexicanos. La distracción de recursos públicos para el lucro personal, implica, en la misma proporción de su cuantía, una incapacidad del Estado para atender las demandas básicas del pueblo. La renovación moral de la sociedad exige que los delincuentes que por su corrupción dejan a los mexicanos más desprotegidos sin alimentación, sin salud, sin educación, sin empleo, sean tratados con la máxima severidad. "

Por su parte, la iniciativa presidencial, expresa textualmente:

H. REPRESENTACION NACIONAL.

" Es certidumbre del Ejecutivo a mi cargo, que no basta con determinar en la ley como delitos aquellas conductas inmorales antes soslayadas. "

" La ley como pronunciamiento no es válida, requiere su aplicación firme y decidida para que alcance los objetivos preventivos y saneadores buscados. "

" Por lo anterior, con fundamento en la fracción I del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por el digno conducto de Ustedes me permito presentar a la consideración del H. Congreso de la Unión, la presente iniciativa de Decreto de reformas a diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, en los siguientes términos. "

Los cuales fueron ya expuestos en la mención de Tipos Penales Nuevos en la exposición de motivos de la iniciativa presidencial, que anteriormente se transcribió y en obvio de repetición no se hacen referencia, con la salvedad del delito que es materia del presente trabajo el -

cual quedó comprendido en el Título Décimo, Capítulo II, que hace referencia a delitos cometidos por servidores públicos, el cual en el artículo 214 del Código Penal adicionando y reformando como se menciona anteriormente quedó comprendido.

Es importante señalar que en los artículos transitorios de la iniciativa de Ley se determine:

" ARTICULO PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. "

" ARTICULO SEGUNDO Por lo que respecta a las declaraciones sobre situación patrimonial efectuadas con anterioridad a la vigencia de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se estará a lo dispuesto en las normas vigentes en el momento de formularse dicha declaración. "

Se hace mención que con fecha 5 de Enero de 1983 se publicó el mencionado Decreto, en el Diario Oficial de la Federación, para efectos de su vigencia y cumplimiento del Artículo Primero Transitorio de la iniciativa presidencial.

Dichos documentos (exposición de motivos así como la iniciativa presidencial) fueron dados en Palacio Nacional con fecha 2 de Diciembre de 1982, por el actual Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

DICTAMEN CON PROYECTO DE DECRETO DE LA COMISION DE JUSTICIA

COMISION DE JUSTICIA

HONORABLE ASAMBLEA:

A la Comisión de Justicia de esta H. Cámara de Diputados, le fueron turnadas iniciativas de ley presentadas por el C. Presidente de la República, para reformar y adicionar diversos artículos del Código Penal, para el Distrito Federal en materia común y para la República en materia federal, referentes a los delitos cometidos por servidores públicos: por lo que después de haber hecho un estudio de los mencionados documentos, así como su amplia discusión en la Comisión, se permite formular el presente dictamen, con base en los siguientes:

A N T E C E D E N T E S

1o. Con fecha 21 de Septiembre de este año, (1982) fue turnada a esta Comisión de Justicia, para su estudio y dictamen, la iniciativa de reformas y adiciones al Título Décimo, artículos 212 a 224, del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para la Repú-

blica en el Fuero Federal, que presentó el C. Presidente - Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

2o. En la sesión de esta H. Cámara de Diputados, del día 3 de Diciembre de este año (1982), se acordó turnar a esta Comisión para su estudio y dictámen, otra iniciativa del C. Presidente de la República, para reformar y adicionar el propio Título Décimo y otros artículos del Código Penal, que tratan sobre los delitos cometidos por los servidores públicos, con el propósito de fortalecer el régimen jurídico, tendiente a la sanción de conductas que han propiciado la corrupción.

" Es una exigencia del pueblo mexicano la renovación en las bases de su convivencia; no se busca inventar una nueva moral, sino valorar la moralidad colectiva que se contiene en nuestra Constitución; se busca reforzar el orden social y robustecer el Estado de Derecho. "

Por lo tanto, esta Comisión se avocó al estudio del expediente, y

C O N S I D E R A N D O

1o. Que la renovación moral de la sociedad es un imperativo para el mejor desenvolvimiento de nuestro orden social, ya que la moral sirve de base al Derecho que es el instrumento normativo, obligatorio y coercible, para

mantener ese orden y hacer posible el cumplimiento de los objetivos individuales y colectivos.

2o. Que el pleno respeto por los servidores públicos a los valores de legalidad, honradez e imparcialidad, es indispensable para una sana convivencia social, por tratarse de quienes, con su ejemplo, deben propiciar el acatamiento social a los mismos valores.

3o. Que el pueblo de México ha planteado la exigencia de renovar la moral de los servidores públicos, buscando la prevención de conductas contrarias a los principios que deben orientar la acción de quienes están dedicados directamente al servicio del pueblo, sancionando las desviaciones que la vida diaria ha venido demostrando que son atentatorios a dichos principios.

4o. Que esta Comisión de Justicia considera plausible la iniciativa del Ejecutivo, por cuanto amplía los tipos penales de "abuso de autoridad", "cohecho" y "peculado", y por cuanto tipifica como delictivas nuevas conductas no previstas por la legislación vigente, que la Nación ha reconocido como incompatibles con las del buen servicio público, como lo son el "uso indebido de atribuciones y facultades", "intimidación", "ejercicio abusivo de funciones", "tráfico de influencias" y "enriquecimiento ilícito", que por sus propios títulos indican los valores sociales que van a proteger y la necesidad de su vigencia.

50. Que esta Comisión de Justicia ha considerado pertinente suprimir el delito de " deslealtad ", que proponía la iniciativa del Ejecutivo, en virtud de que las múltiples acepciones de la palabra lealtad pudieran dar lugar a confusión e inseguridad.

60. Que esta Comisión de Justicia realizó diversas modificaciones a la iniciativa del Ejecutivo, con el propósito de adecuar la reforma propuesta a las disposiciones del Código Penal, con el texto aprobado de los artículos que integran el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de que las disposiciones del Código Penal se ajusten estrictamente al texto de nuestra Carta Magna.

70. Que la Comisión de Justicia recogió la petición de los trabajadores de base al servicio del Estado y de los Organismos descentralizados, que ahora se encuentran incluidos en el nuevo concepto de " Servidores Públicos ", en el sentido de recibir un tratamiento congruente con las diferencias socioeconómicas que tienen con respecto de los funcionarios públicos de alta jerarquía y respecto a los empleados de confianza, para lo cual esta Comisión incluyó el texto del artículo 213 que se tiene en ese dictámen, mismo que prevé que, para la individualización de las sanciones, el juez tomará en cuenta dichas diferencias socioeconómicas, y además establece una agravación de la pena para los funcionarios y empleados de confianza.

80. Que respecto a los legítimos derechos de los trabajadores y para evitar una incorrecta interpretación, esta Comisión agregó disposición expresa, en el sentido de que en el delito de coalición de servidores públicos no se comete por los trabajadores que ejerciten sus derechos constitucionales o hagan uso del derecho de huelga.

90. Finalmente, la Comisión de Justicia hace notar que la nueva ordenación de los diversos delitos en los que pueden incurrir los servidores públicos, contenida en la iniciativa que dictamina y que esta Comisión modifico en algunos puntos, impide confundir algunas conductas delictivas, al dejar claros los bienes jurídicamente tutelados y la generalidad o especialidad de las conductas sancionadas.

Por todo lo anterior y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 54, 56, 64 y relativos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, esta Comisión de Justicia somete a la consideración de esta honorable Asamblea el siguiente:

Proyecto de Decreto de Reformas al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

" ARTICULO UNICO. Se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, para quedar como sigue:

Una vez más y como quedó dicho con anterioridad para efectos del presente trabajo no se hace mención a todas las adiciones y reformas al Código Penal, por ser solo alusión al presente al delito de " ejercicio indebido de servicio público ", que es materia del presente estudio, se hizo una exposición generalizada de la exposición de motivos y de la iniciativa de ley, por cuya explicación habla por si sola para tener un conocimiento de los mismos.

Volviendo a la iniciativa (dictámen con proyecto de Decreto de la Comisión de Justicia), pasamos a los artículos transitorios del mismo;

T R A N S I T O R I O S

" ARTICULO PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. "

" ARTICULO SEGUNDO. Por lo que respecta a las declaraciones sobre situación patrimonial efectuadas con anterioridad a la vigencia de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se estará a lo dispues

to en las normas vigentes en el momento de formularse dicha declaración. "

En la Sala de Comisiones de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión y con fecha 27 de Diciembre de 1982 la Comisión de Justicia acordó dicho proyecto de ley.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

1. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 18a. Ed., 1956, pág. 899.
2. Ibid.
3. Macedo, Miguel. S. Apuntes para la historia del derecho penal mexicano, Cultura, México, 1931, pág. 12.
4. CFR. Kohler., citado por Carrancá y Rivas R. Derecho penitenciario, Ed. Porrúa, México, 1981, pág. 12.
5. Carrancá y Rivas, R. Derecho penitenciario. Op. cit. pág. 13.
6. Ibid.
7. Ibid., pág. 14.
8. Ibid., pág. 16.
9. Carrancá y Trujillo, R. Derecho penal mexicano. Ed. Porrúa, México, 1974, págs. 109 - 110.
10. Ibid., págs. 110 - 111.

11. CFR. Cuadernos Criminalia., citado por Carrancá y Trujillo R., Op. cit., pág. 112.
12. CFR. Carranca y Trujillo, R., citado por Carrancá y Rivas R., Op. cit., pág. 18.
13. Idem.
14. Ibid., pág. 21.
15. Ibid., pág. 21.
16. Ibid., pág. 25.
17. Ibid., págs. 61, 62 y 63.
18. Ibid., pág. 69.
19. Ibid., pág. 133.
20. Macedo, Miguel. S. Apuntes para la historia del derecho penal mexicano. Op. cit., pág. 105.
21. Ibid., pág. 151.
22. Enciclopedia jurídica española.

C A P I T U L O I I

I. CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PUBLICO

- A. LOS ORGANOS Y LOS TITULARES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.
- B. FUNCIONARIO Y EMPLEADO PUBLICO.
- C. DIFERENCIAS ENTRE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PUBLICO
- D. RELACION JURIDICA ENTRE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DEL ESTADO.
- E. NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO.

2. DERECHOS Y OBLIGACIONES

- A. LA DESIGNACION DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS.
- B. LOS ELEMENTOS JURIDICOS DEL NOMBRAMIENTO.
- C. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES.

1. CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PUBLICO

Empezaremos con la definición que establece el artículo tercero de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado que dice: " TRABAJADOR ES TODA PERSONA QUE PRESTE UN SERVICIO FÍSICO, INTELECTUAL O DE AMBOS GÉNEROS, EN VIRTUD DE NOMBRAMIENTO EXPEDIDO O POR FIGURAR EN LAS LISTAS DE RAYA DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES. "

Asimismo dicho ordenamiento los divide en trabajadores de confianza y de base, los trabajadores de confianza son aquellos cuyo nombramiento o ejercicio requiere la aprobación expresa del Presidente de la República, y los de base aquellos que no tienen este requisito y serán inamovibles, señalando que para los empleados de confianza no le es aplicable dicha ley, y de esta manera vemos en las distintas leyes se habla de Funcionario y Empleado Público pero sin definir exactamente que debemos entender ó que significa cada concepto.

La estructura de la administración pública se refiere, al estudio de los órganos encargados de realizar la función administrativa, el régimen jurídico aplicable al personal administrativo está en relación con la función pública, esta gestión está constituida por una organización del Estado, y a estos se les encomienda la realización de los fines de ésta, con las normas y medios que disponga, la organización administrativa para tener una vida material u objetiva, requiere de la persona física, dándole la calidad de funcionario o empleado público, los cuales aportan su actividad intelectual y física para realizar los propósitos del Estado a cambio de determinadas prestaciones.

nes. Por lo tanto la función pública se integra con el conjunto de deberes, derechos y situaciones que se crean entre el Estado y sus funcionarios ó empleados. Toda la actividad estatal requiere de personal administrativo y capacitado e idóneo para la prestación de los servicios públicos y las restantes actividades del Estado, bajo un régimen jurídico que es necesario determinar para saber como estan colocados los agentes públicos que preparan, decidan y ejecutan las resoluciones siendo estas el medio por el cual la función administrativa se realiza, designándoles orgánicamente como personal administrativo.

La Suprema Corte establece el siguiente concepto de función pública: " SI POR FUNCIÓN PÚBLICA HA DE ENTENDERSE EL EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES ESENCIALES DEL ESTADO, REALIZADOS COMO ACTIVIDADES DE GOBIERNO DE PODER PÚBLICO QUE IMPLICA SOBERANÍA E IMPERIO, Y SI TAL EJERCICIO EN DEFINITIVA LO REALIZA EL ESTADO A TRAVÉS DE PERSONAS FÍSICAS, EL EMPLEADO PÚBLICO SE IDENTIFICA CON EL ÓRGANO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EN VOLUNTAD O ACCIÓN TRASCIENDEN COMO VOLUNTAD O ACCIÓN DEL ESTADO, LO QUE JUSTIFICA LA CREACIÓN DE NORMAS ESPECIALES PARA SU RESPONSABILIDAD, SITUACIÓN ESTA DE INCORPORACIÓN A LA FUNCIÓN PÚBLICA QUE NO OCURRE TRATÁNDOSE DE LOS SERVICIOS DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS QUIENES POR SU PECULIAR NATURALEZA QUEDAN FUERA DE LA ÓRBINA DEL PODER PÚBLICO DEDICADOS A LA REALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS QUE NO IMPLICAN SOBERANÍA E IMPERIO. "

(Informe del Presidente de la Corte, 1959, 1a. Sala pág. 36).

El Estado es un ente que de acuerdo con el transcurrir de la vida moderna debe adaptarse a la misma de allí que requiera condiciones adecuadas en sus servidores que asumen la labor pública, entre las condiciones adecuadas en sus servidores que asumen la labor pública, entre las condiciones esenciales requeridas encontramos un valor moral, experiencia técnica, una disciplina en su actuar y la conciencia identificada con su misión.

La Organización Administrativa al tomar estas nuevas modalidades va creciendo pero con un régimen jurídico especial en consecuencia el Estado ha requerido de personal altamente calificado, creando al mismo tiempo nuevos principios de organización.

El Poder Ejecutivo Federal al accionar lo encontramos bajo las formas de Gobierno y por la Administración Pública residiendo en esta función pública, la administración pública ha de ser atendida por funcionarios o empleados públicos, con los diferentes grados, facultades y de nominaciones de acuerdo a su Ley especial y el presupuesto de egresos de la Federación y las Leyes Administrativas Complementarias.

Así de esa forma el Estado tiene una función pública reflejada en una función administrativa para la aplicación de las normas jurídicas, actuándolas por ser parte interesada en las situaciones jurídicas que intervienen, dirigido a satisfacer sus necesidades concretas o a obtener el bien o la utilidad que dicha norma debe garantizar

recordando que las tres funciones del Estado son: Legislativa, Jurisdiccional y Pública.

Así de esta manera vemos que el artículo tercero de la Legislación Federal del Trabajo burocrático empieza a adolecer de conceptos para llegar a la definición o concepto de Funcionario o Empleado Público.

Ahora debemos ver las características del empleo público, en un sentido erróneo y en general la burocracia en sentido social alude a la clase que integran los funcionarios y empleados públicos, en otros términos la burocracia alude a la influencia y dominio de los empleados públicos en la vida social, no debe perderse de vista que la burocracia existe en todas las organizaciones o mejor dicho puede existir, por esto a continuación hacemos una definición de burocracia desde el punto de vista sociológico:

" JERARQUÍA GRADUADA DE FUNCIONARIOS, CADA UNO DE LOS CUALES ES RESPONSABLE ANTE SU SUPERIOR; DE ORDINARIO SE APLICA ESTE TÉRMINO A LA ORGANIZACIÓN GUBERNATIVA EN SUS RAMAS ADMINISTRATIVAS, PERO EXISTEN TAMBIÉN EN LOS NEGOCIOS, LA INDUSTRIA, EL COMERCIO, LOS SINDICATOS, LAS INSTITUCIONES SOCIALES, LAS IGLESIAS, Y OTRAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN SOCIAL. SE ACOSTUMBRA CARACTERIZAR EL BUROCRATISMO POR SU APEGO A LA RUTINA POR SUS NORMAS MÁS O MENOS INFLEXIBLES, EL BALDUQUE, LAS DILACIONES, LA RENUENCIA A ACEPTAR RESPONSABILIDADES Y SU REPUGNANCIA A INTRODUCIR INNOVACIONES. "

Las características de la burocracia son al decir de Chinoy:

- " A) CARGOS O EMPLEADOS DEBIDAMENTE DEFINIDOS;
- B) UN ORDEN JERÁRQUICO CON LÍNEAS BIEN DELIMITADAS DE AUTORIDAD Y RESPONSABILIDAD;
- C) SELECCIÓN DE PERSONAL EN BASE A ATRIBUTOS TÉCNICOS O PROFESIONALES;
- D) INMOBILIDAD EN CUYO CARGO Y PROTECCIÓN DE CARRERA EN BASE A LA PROMOCIÓN EN LA JERARQUÍA Y
- E) REGLAS Y REGLAMENTOS QUE REGULEN LAS ACTIVIDADES, " (2)

La burocracia puede verse desde el punto de vista negativo y como el grupo de personas que sirvan al Estado en forma permanente y presupuestal, en forma simple negativa que su predominio es ingrato, ocasiona gastos innecesarios a los ciudadanos y crea un conflicto grave a la sociedad, con el papeleo y obstáculos, y en un sentido positivo podemos tomar lo dicho por Max Weber: " UN MECANISMO BUROCRÁTICO PERFECTAMENTE DESARROLLADO ACTÚA CON RELACIÓN A LAS DEMÁS ORGANIZACIONES DE LA MISMA FORMA QUE UNA MÁQUINA CON RELACIÓN A LOS DEMÁS MÉTODOS NO MECÁNICOS DE FABRICACIÓN ", (3) según cita de Serra Rojas. La precisión, rapidez, oficialidad, continuidad, secreto, uniformidad, rigurosa subordinación, el ahorro de fricciones son infinitamente mayores en una administración burocrática

servida por funcionarios especializados, que en todos las demás organizaciones de cualquier tipo.

La organización burocrática hace descansar su actividad en la base de la actividad material u ocupacional, la competencia técnica o sucesión de operaciones y un principio directivo y ejecutivo, que por medio de la unificación de métodos y procedimientos obtiene una mayor satisfacción de las necesidades estatales.

Y nos cita el maestro Serra Rojas que Waine M. dice: " TODOS LOS SISTEMAS MODERNOS DE EMPLEO PÚBLICO TIENDEN A ASEGURARSE PERSONAL PROVISTO DE CALIFICACIONES EXCELENTES O IDÓNEOS PARA LA SERIE DE FINES INTELLECTUALES DE CADA UNA DE LAS ADMINISTRACIONES; TODOS LOS SISTEMAS TIENDEN A OFRECER AL PERSONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS LA POSIBILIDAD DE HACER CARRERA. EN EL SENTIDO AQUÍ USADO, EL TÉRMINO CARRERA CONSTITUYE UN AGRADABLE INCENTIVO PARA EL INDIVIDUO, PUESTO QUE PRESUPONE LA POSIBILIDAD DE PROGRESAR EN EL ÁMBITO DE UN SECTOR PROFESIONAL O EN CIERTOS CASOS EN EL ÁMBITO DE UNA DETERMINADA ORGANIZACIÓN. " (4)

En el Estado moderno existen grupos de presión y uno de ellos es la burocracia al lado de grupos obreros, y campesinos los que estan en contra de ella, la considerarán un factor opuesto al régimen burocrático, más aún cuando se refiere a la oligarquía burocrática, en el Estado Totalitario la burocracia ocupa una posición directiva esencial.

A. LOS ORGANOS Y LOS TITULARES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

La administración pública es considerada como uno de los elementos de la personalidad del Estado, el cual requiere personas físicas que formen y objetiven la voluntad de éste, es preciso distinguir entre el órgano y el titular de éste, el órgano es una unidad abstracta y una esfera de competencia, el titular es una persona concreta que tiene la característica de ser diferentes sin que afecte la continuidad del órgano, ejerciendo la voluntad dentro de la esfera de la competencia del órgano, con dirección a la satisfacción de sus intereses personales, en otras palabras un órgano es una esfera abstracta de competencia, dicha competencia son los deberes y poderes ordenados y divididos y asignados a personas físicas para cumplirlos y ejercitarlos, entre las personas físicas y las funciones atribuidas a estos que son parte de su estructura y representan los instrumentos por medio de las cuales el Estado objetiza la condición de querer y obrar y estar en relación con los sujetos de derecho, el Estado es un todo jurídico fraccionado en órganos para realizar sus fines, en las porciones de competencia convenientemente creados por el.

Refiriendose a esto, el maestro Serra Rojas señala:

" EN EL ORGANOS SE DISTINGUEN DOS ELEMENTOS: UNO, SUBJETIVO, PERSONAL Y VARIABLE QUE ES LA PERSONA O CONJUNTO DE PERSONAS QUE DE HECHO, EXPRESAN LA VOLUNTAD DEL ESTADO, Y OTRO OBJETIVO ABSTRACTO, CONSTITUCIONAL Y CONTÍNUO,

QUE ES EL OFICIO PÚBLICO, O SEA EL COMPLEJO DE ATRIBUCIONES, COMPETENCIAS Y PODERES QUE INDIVIDUALIZAN EL ÓRGANO DENTRO DE LA ESTRUCTURA GENERAL DEL ESTADO (CENTRO HOMÓGENEO DE ACTIVIDADES). AMBOS ELEMENTOS SE INTEGRAN INESCINDIBLEMENTE EN EL ÓRGANO ESTATAL. EL GOBERNANTE O FUNCIONARIO EVITA QUE EL ÓRGANO SE MANTENGA EN LA INERCIA, DOTÁNDOLO DE VIDA PROPIA, PERO EL ÓRGANO TENIENDO A LA PERSONA O PERSONAS FÍSICAS EN QUE SE CONCRETA Y SE CONFIGURA COMO UNA REALIDAD OBJETIVA DOTADA DE UN CONJUNTO DE COMPETENCIA. EL ÓRGANO ES, PUES UNA UNIDAD JURÍDICA QUE COMPRENDE TANTO A SU TITULAR COMO SU COMPETENCIA, SUS MEDIOS (PERSONALES, REALES, ECONÓMICOS, TÉCNICOS, COACTIVOS, INFORMATIVOS, ETC.) Y TAMBIEN LA ACTIVIDAD QUE DESARROLLA. SE EXPLICA ASÍ LA PERMANENCIA DEL ÓRGANO AUN EN AQUELLOS MOMENTOS TRANSITORIOS EN QUE LA TITULARIDAD QUEDA VACANTE. " (5)

Agregando Serra Rojas el punto de vista del profesor Alessandro Groppali: " DOS ELEMENTOS CONCURREN A CONSTITUIR EL ÓRGANO, UNO OBJETIVO Y OTRO SUBJETIVO, EL PRIMERO ES DADO POR EL CARGO A QUIEN ESTÁ CONFIADA LA REALIZACIÓN DE UNO O MÁS DE LOS VARIOS DEBERES DEL ESTADO Y QUE ESTA DOTADO DE LOS PODERES Y MEDIOS NECESARIOS PARA TAL REALIZACIÓN, POR LO QUE EL PRESENTA COMO UNA MANIFESTACIÓN DE LOS PODERES DEL ESTADO, Y SE CONCRETA EN UN CONJUNTO DE FUNCIONES, DE PODERES Y DE MEDIOS EL SEGUNDO ESTÁ CONSTITUIDO POR LA PERSONA O LAS PERSONAS FÍSICAS ENCARGADAS DEL PUESTO PÚBLICO Y POR MEDIO DE LAS CUALES QUIERE Y CONSIGUE SUS PROPIOS FINES. "

La tesis se complementa con esta afirmación:

" LOS DOS ELEMENTOS - CARGOS, EMPLEOS PÚBLICOS O INSTITUCIONES Y PERSONAS FÍSICAS O FUNCIONARIOS - CONTRIBUYEN CONJUNTAMENTE A FORMAR LOS ÓRGANOS Y EL SOLO MEDIANTE SU EXISTENCIA Y COOPERACIÓN QUE ES ASEGURADA AL ESTADO INDISPENSABLE CONTINUIDAD DE ACCIÓN. " (6)

La Delegación es lógicamente fundada en una necesidad imperante y práctica que tiene los poderes superiores de depositar en otros órganos delegación de facultades que se ven impedidos de realizar directamente, el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal mantiene el principio de la Delegación Administrativa, cualquier estructura, organización o procedimiento de técnica jurídica que se forme, es objetivizada por personas físicas, estas y solamente estas están dotadas de razón, voluntad y sensibilidad el modelo de personas morales es una creación de formación cultural hecha por el hombre, para su auxilio y aumentar las probabilidades de satisfacción de las necesidades sociales.

Tanto las personas jurídicas de derecho público como las de derecho privado expresan la voluntad de una institución jurídica por la organización directiva, pero la objetiva voluntad la emiten los seres humanos en forma directa o indirecta dando realidad a la voluntad contenida en la norma jurídica a su vez es la representación de la voluntad de una comunidad.

La esfera de competencia no crea personalidad jurídica, pues entre el Estado y sus órganos no hay ninguna relación porque la actuación que llevan a cabo los órganos es en representación del Estado y actúan por mandato de este, con la excepción cuando se crean personas morales de derecho público con su propia competencia, de esta manera entre estas personas y el Estado se crean relaciones jurídicas de diferente naturaleza.

Entre los órganos es dable hablar de relaciones jurídicas de variable alcance en vista de que las funciones no se excluyen sino se complementan, y toda organización administrativa se funda en la conjugación de las relaciones de los múltiples órganos de la administración pública.

La función pública tiene un régimen normativo - constituido por el conjunto de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que regulan la condición jurídica del personal administrativo más derechos y obligaciones y su situación frente al servicio público decíamos que el órgano es una creación legal, una esfera abstracta de competencia que está en vigor hasta que una nueva disposición del mismo carácter cambia los supuestos de la competencia.

El titular como ya dijimos es una persona física (un ser humano) susceptible de deberes y derechos, que con su voluntad de la vida concreta al orden jurídico y realiza, los fines que la comunidad se ha propuesto.

El artículo 1° de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado ordena: " LA PRESENTE LEY ES DE OBSERVANCIA GENERAL PARA LOS TITULARES Y TRABAJADORES DE LAS DEPENDENCIAS DE LOS PODERES DE LA UNIÓN ... " ; y en su artículo 2° de la misma Ley precisa: " PARA LOS EFECTOS DE ESTA LEY, LA RELACIÓN JURÍDICA DE TRABAJO SE ENTIENDE ESTABLECIDA ENTRE LOS TITULARES DE LAS DEPENDENCIAS E INSTITUCIONES CITADAS Y LOS TRABAJADORES DE BASE A SU SERVICIO. " En el Poder Legislativo los directivos de la Gran Comisión de cada Cámara asumirán dicha relación.

En dichos preceptos encontramos la distinción entre titulares y trabajadores únicamente con la observación que existe una falla técnica, pues los titulares de los órganos son los representantes de éstos por lo tanto la relación se establece entre los órganos y los trabajadores por medio de sus representantes.

Hasta el momento vemos o hemos visto características que revisten los empleos públicos sin llegar a una clara definición o concepto al seguir analizando vemos que las escuelas clásicas dan un concepto de función pública señaladas por el Maestro Serra Rojas: " FUNCIONARIO ES LA PERSONA QUE SE CONSAGRA AL DESEMPEÑO DE UNA FUNCION O SERVICIO PÚBLICO. " (7) OTRA LA DE MAYER "ES UN CIRCULO DE ASUNTOS QUE DEBEN SER REGIDOS POR UNA PERSONA LIGADA CON EL ESTADO, POR LA OBLIGACIÓN DE DERECHO PÚBLICO DE SERVIRLE." (8) EN EL DICCIONARIO DE DERECHO USUAL DE GUILLERMO CABANELLAS NOS DICE: " FUNCIONES PÚBLICAS SON LAS QUE DESEMPEÑAN LOS ORGANISMOS, AUTORIDADES, AGENTES Y AUXI

LIARES DEL PODER PUBLICO PARA EL EJERCICIO REAL Y EFECTIVO DE ESTE MISMO PODER EN CUALQUIERA DE SUS ORDENES Y ASPECTOS. " (9)

En las dos primeras notamos que se confunden el concepto de función pública con el de funcionario público, y nos da un concepto sino característica del empleo público, siguiendo el análisis veremos a quien se le considera alto funcionario, funcionario y empleado.

Alto Funcionario, de acuerdo a los principios de organización los altos funcionarios de la Federación se encuentran colocados en la cima de dicha organización estatal, tienen a su cargo la decisión y responsabilidad de los problemas importantes de la administración pública.

La buena práctica de los negocios públicos requiere en cada uno de los poderes y entidades federativas, de un grupo de funcionarios que expresen la voluntad del Estado, ya sea para elaborar la Ley ó para aplicarla, para dirimir una controversia, o para el Gobierno Estado Entidad, de un puesto importante de la administración pública.

En el artículo 110 de la Constitución encontramos la expresión y nos dice: " NO GOZAN DE FUERO CONSTITUCIONAL LOS ALTOS FUNCIONARIOS DE LA FEDERACIÓN POR LOS DELITOS OFICIALES, FALTAS U OMISIONES EN QUE INCURRAN EN EL DESEMPEÑO DE ALGUN EMPLEO, CARGO O COMISIÓN PÚBLICA QUE HAYAN ACEPTADO DURANTE EL PERIODO EN QUE CONFORME A LA LEY, SE DISFRUTO DEL FUERO ... "

La Constitución y las leyes administrativas aluden a diversas denominaciones para la caracterización de sus órganos, llevando a un término común a los altos funcionarios de la Federación, a los Funcionarios y a los Empleados denominándolos como trabajadores al servicio del Estado.

El artículo 108 Constitucional indica quienes revisten la característica del alto Funcionario de la Federación: " LOS SENADORES Y DIPUTADOS AL CONGRESO DE LA UNIÓN, LOS MAGISTRADOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LOS SECRETARIOS DEL DERECHO Y EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA SON RESPONSABLES POR LOS DELITOS COMUNES QUE COMETEN DURANTE EL TIEMPO DE SU CARGO Y POR LOS DELITOS, FALTAS U OMISIONES EN QUE INCURRAN EN EL EJERCICIO DE ESE MISMO CARGO. "

Los Gobernadores de los Estados y los Diputados ó las Legislaturas Locales son responsables por violaciones a la Constitución y Leyes Federales.

El Presidente de la República, durante el tiempo de su cargo, sólo podrá ser acusado por traición a la Patria y a delitos graves del orden común.

A pesar de que existen otros funcionarios que por sus características y que sus nombramientos deben ser ratificados por el Senado no se incluyen en la enumeración que hace la Constitución estos son los Secretarios de Estado, el Procurador del Distrito y Territorios Federales, los Embajadores, Ministros, Magistrados del Tribunal Fiscal de la Federación.

B. FUNCIONARIO Y EMPLEADO PUBLICO

La denominación de Funcionarios y Empleados Públicos es empleada en la Constitución y en las diferentes Leyes, pero sin precisar su concepto, y menos aún los efectos jurídicos de esa clasificación que por devenir y el tiempo, actualmente ha tomado un carácter general denominándolos trabajadores al servicio del Estado.

Si los autores de las Leyes Administrativas hubieran seguido anteriores técnicas para diferenciar entre la categoría de Funcionario y Empleado, el análisis resultaría fácil pues bastaría identificar el criterio seguido por el Legislador.

Así vemos como la Ley que regula las relaciones de los funcionarios y empleados públicos con el Estado, recibe el nombre de Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B del artículo 123 Constitucional podemos mencionar los siguientes artículos:

ART. III. PÁRRAFO QUINTO

" EL CONGRESO DE LA UNIÓN EXPEDIRA A LA MAYOR BREVEDAD UNA LEY DE RESPONSABILIDAD DE TODOS LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA FEDERACIÓN Y DEL DISTRITO FEDERAL. "

ART. 89. FRACCION II.

AL HABLAR DE LAS FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL PRESIDENTE:

" NOMBRAR Y REMOVER LIBREMENTE A LOS SECRETARIOS DEL DESPACHO, AL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, AL GOBERNADOR DEL DISTRITO FEDERAL, REMOVER A LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS Y EMPLEADOS SUPERIORES DE HACIENDA Y NOMBRAR Y REMOVER LIBREMENTE A LOS DEMAS EMPLEADOS DE LA UNIÓN, CUYO NOMBRAMIENTO O REMOCIÓN NO ESTEN DETERMINADAS DE OTRO MODO EN LA CONSTITUCIÓN O EN LAS LEYES. "

ART. 73. FRACCION XI.

" EL CONGRESO TIENE FACULTAD PARA CREAR Y SUPRIMIR EMPLEOS PÚBLICOS DE LA FEDERACIÓN Y SEÑALAR, AUSENTAR O DISMINUIR DOTACIONES. "

Dentro del ámbito administrativo lo más adecuado sería señalar la Ley de Responsabilidades y Empleados Públicos, pero en dicha Ley encontramos lo siguiente:

ART. 18.

" LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA FEDERACIÓN Y DEL DISTRITO FEDERAL, SON RESPONSABLES DE LOS DELITOS COMUNES, DE LOS DELITOS Y FALTAS OFICIALES QUE COMETEN DURANTE SU ENCARGO CON MOTIVO, EN LOS TÉRMINOS DE LEY. "

Es indubitable que la Ley ha querido distinguir el concepto de funcionario al de empleado, al proveer al primero de imperium, es decir de poderes propios para cumplir adecuadamente con la función que desempeña, en otras facultades encontramos la de ordenar y decidir y la representación, en cambio al empleado lo determina como ejecutor de esas órdenes y decisiones, no teniendo facultades determinadas pues ejerce por Delegación o Reglamentación.

Se ha tratado de caracterizar al Funcionario Público por la expresión y participación en la formación y ejecución de la voluntad estatal, decidiendo y llevando a cabo sus determinaciones por su carácter representativo participando en los actos públicos, por no recibir en algunas Legislaciones una retribución y por ejecutar disposiciones legales en relación de su investidura, el concepto de Funcionario atiende:

- a) Una designación legal,
- b) El carácter de permanencia,
- c) Retribución,

- d) Relación Jurídica,
- e) Facultad de decisión y de ordenar,
- f) Carácter representativo

C. DIFERENCIAS ENTRE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PUBLICO

A) UNA DESIGNACIÓN LEGAL, SE SEÑALA COMO DISTINCIÓN ENTRE FUNCIONARIO Y EMPLEADO, EL PRIMERO PRESUPONE UN CARGO ESPECIAL TRANSMITIDO EN UN PRINCIPIO POR LA LEY CREANDO UNA RELACIÓN EXTERNA DÁNDOLE AL TITULAR UN CARÁCTER REPRESENTATIVO, MIENTRAS QUE EN CASO DEL EMPLEADO SUPONE UNA VINCULACIÓN INTERNA CAUSANDO QUE SU TITULAR SOLO CONCURRA A LA FORMACIÓN PÚBLICA, ESTE CRITERIO ES EL QUE ESTÁ MÁS ACORDE CON LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, FUERA DE LOS PRECEPTOS YA SEÑALADOS NO EXISTE EN LA LEY DISPOSICIÓN LEGAL QUE SEÑALE O ESTABLEZCA DIFERENCIAS ENTRE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS, DE HECHO PUEDEN SEPARARSE LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE TIENEN CARÁCTER REPRESENTATIVO Y LOS QUE SON SUS AUXILIARES.

B) EL CARÁCTER DE PERMANENCIA, EN ESTE CRITERIO SE TRATA DE DISTINGUIR A LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS EN LO RELATIVO A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO, EL FUNCIONARIO ES DESIGNADO POR UN TIEMPO DETERMINADO, Y LOS EMPLEADOS TIENEN PUESTOS DE CARÁCTER PERMANENTE TEMPORAL, NO ES MARCADA UN TÉRMINO PERO TAMBIÉN A LO LARGO DEL TIEMPO TEMPORAL PERO TAMPOCO INDEFINIDA, PERO ESTE ARGUMENTO NO ES VÁLIDO PORQUE ALGUNOS FUNCIONARIOS TIENEN LA MISMA PERMANENCIA QUE LOS EMPLEADOS Y ESTOS A VECES IGUAL QUE LOS FUNCIONARIOS.

C) RETRIBUCIÓN, OTRO CRITERIO SOSTENIDO ES DE LA RETRIBUCIÓN PARA FIJAR LA DISTINCIÓN EN QUE LOS FUNCIONARIOS RECIBEN UNA RETRIBUCION HONORÍFICA, MIENTRAS QUE LOS EMPLEADOS SON RENUMERADOS, ESTE CRITERIO TAMPOCO SALVA

EL PROBLEMA PORQUE EN NUESTRO REGÍMEN TODOS LOS SERVIDORES PÚBLICOS GOZAN DE UNA REMUNERACIÓN A EXCEPCIÓN DE CASOS ESPECIALES A QUE UN CIUDADANO SE LE DA UNA COMISIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY, COMO EN LAS FUNCIONES ELECTORALES Y CENSALES.

D) RELACIÓN JURÍDICA, EL CRITERIO SEGUIDO PARA DISTINGUIR A LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS SEÑALANDO QUE LOS FUNCIONARIOS TIENEN UNA RELACIÓN JURÍDICA QUE LOS VINCULA CON EL ESTADO, PERO ESTA RELACIÓN ES DE DERECHO PÚBLICO, MIENTRAS QUE EN LOS EMPLEADOS ES DE DERECHO PRIVADO, COMO ADELANTE VEREMOS ESTE TEMA MAS AMPLIAMENTE, POR EL MOMENTO BASTA DECIR QUE LA RELACIÓN PÚBLICA DE LOS EMPLEADOS ES POR SU NATURALEZA DE DERECHO PÚBLICO, POR LO TANTO ESTE CRITERIO ESTA FUERA DE LUGAR.

E) FACULTAD DE ORDENAR Y DECIDIR, ESTO ES INHERENTE A LOS FUNCIONARIOS MIENTRAS QUE LOS EMPLEADOS SON EJECUTORES DE ESAS DECISIONES Y DE ESAS ORDENES, ESTE CRITERIO SE CONFUNDE CON EL DE AUTORIDAD, Y AUXILIAR, SIN EMBARGO EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO NO SE CONFUNDE CON EL DE AUTORIDAD ESTABLECIENDO QUE TODOS LOS FUNCIONARIOS SON AUTORIDADES MÁS NO TODAS LAS AUTORIDADES SON FUNCIONARIOS.

F) CARÁCTER REPRESENTATIVO, YA VEÍAMOS EN EL INCISO (A) QUE APARTE DE LA DESIGNACIÓN CONFORME A DERECHO EXISTÍA UNA RELACIÓN EXTERNA DÁNDOLE LA CARACTERÍSTICA DE REPRESENTANTE DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO PARA LLEVAR A CABO LOS FINES DEL MISMO, EN CAMBIO EL EMPLEADO CONCURRE A LA FUNCIÓN PÚBLICA PERO SIN LA FACULTAD DE REPRESENTACION SINO COMO UN MIEMBRO DEL ÓRGANO.

Así de esta manera existen diferencias, objetivos entre los funcionarios y empleados públicos, entre las que se pueden tomar como tales son la designación legal, la facultad de ordenar y decidir y la representación, características que no se encuentran en los empleados sino que por medio de algunos de ellos se subordinan a los funcionarios, para la designación legal se tomó como base la definición de Rafael Bielsa; el Maestro Serra Rojas dice: " LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SE DESENVUELVE CON LA ACCIÓN CONTÍNUA, PERMANENTE Y EFICAZ, DE VARIOS MILES DE PERSONAS QUE OCUPAN LAS DIVERSAS CATEGORÍAS QUE ANUALMENTE FIJA EL PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN Y EL PRESUPUESTO DE EGRESOS DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL Y DE LAS DE MÁS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS, ENCARGADOS DE LLEVAR A CABO LOS FINES DEL ESTADO. " (10)

El Derecho Público asegura la realización de los servicios públicos y al mismo tiempo regula y protege a los servidores del Estado, fuera de los casos de responsabilidad no existe una distinción importante a esta clasificación, y desde el punto de vista jurídico no se le han asignado consecuencias importantes a esta división.

El empleado público se caracteriza por no tener atribución especial designada en la ley y solo colabora en la realización de la función por estas circunstancias.

- a) Por su incorporación voluntaria a la organización pública.

- b) Por no participar en la formación o ejecución de la voluntad pública.

Por no tener carácter representativo, por hacer del ejercicio de la función pública su medio habitual de vida, su actividad fundamental y su carrera, por ser siempre retribuido. Por tener carácter contractual su relación con el Estado. De acuerdo con la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tanto la Constitución en su artículo 123 apartado B, emplea la palabra trabajadores cuando se refiere a los funcionarios y empleados públicos, dicho precepto se inicia diciendo: " ENTRE LOS PODERES DE LA UNIÓN, LOS GOBIERNOS DEL DISTRITO FEDERAL Y SUS TRABAJADORES; LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO, establece en su artículo 1° la presente Ley se aplicara:

- I. A los trabajadores del Servicio Civil de la Federación, del Departamento del Distrito Federal;
- II. A los trabajadores de los Organismos Públicos que por Ley o por acuerdo del Ejecutivo Federal sean incorporados a su régimen.
- III. A los pensionistas de las Entidades y Organismos Públicos que se mencionan en las fracciones anteriores.

- IV. A los familiares derechohabientes tanto de los trabajadores como de los pensionistas mencionados;
- V. A las Entidades y Organismos Públicos que se mencionan en este artículo.

En el curso de la presente Ley se designará con los nombres de Entidades y Organismos Públicos a los mencionados en las fracciones I y II de este artículo. "

En el artículo 2° de la misma Ley dispone:

(Reforma D. O. F. del 24 de diciembre de 1974.)

" Por los efectos de esta Ley se entiende: 1. Por trabajador a toda persona que preste sus servicios en las entidades y organismos mencionados, mediante designación legal en virtud de nombramiento siempre que sus cargos, sueldos o salarios estén consignados en los presupuestos respectivos, o por estar incluido en las listas de raya de los trabajadores temporales conforme a los tabuladores vigentes. No se considerarán como trabajadores a las personas que presten sus servicios a las entidades y organismos públicos mediante contrato sujeto a la legislación común y a los que perciban sus emolumentos exclusivamente con cargo a la partida de honorarios... "

Y este inciso lo habíamos iniciado con el artículo 3° de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio

del Estado, la tendencia social reinante en la época en la cual se aprobó el estatuto en donde los servidores del Estado, para equiparar la Legislación del Trabajo ó la función pública, pero este concepto se ha limitado a la vida de la función pública.

D. RELACION JURIDICA ENTRE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DEL ESTADO.

En este inciso se expondrá las dos teorías fundamentales que tratan de determinar la naturaleza de la relación jurídica dable en el Estado y los funcionarios y empleados públicos, así mismo la naturaleza jurídica de la función pública, derecho privado, dicen que ambas partes exigen capacidad y consentimiento y que las prestaciones que existen son recíprocas, porque al proporcionar al empleado su servicio recibe por parte del Estado una compensación pecunaria, estos tratadistas, tratan de encuadrar dentro del Derecho Civil las relaciones, que surgen de la función pública, y dicen que existe un contrato de locación de obras de un contrato de mandato bien se trate de prestación de servicios materiales o la de realizar en nombre y representación del Estado actos jurídicos, el régimen que en principio de una manera material y lógica conviene al Estado en las relaciones que interviene es el régimen de Derecho Público, y por otra parte la función pública, los empleados y funcionarios son titulares de las diversas esferas de competencia en las cuales se divide la atribución del Estado.

Por lo tanto el régimen jurídico de dicha función debe ser adaptable a la exigencia de que las referidas atribuciones serán realizadas de una manera eficaz, regular y continua, previniendo de una manera adecuada que el interés personal de los empleados no llegue a ser una barrera jurídica que obstruya la satisfacción del interés general, tal exigencia es la base de la inspiración de las

normas que no pueden ser otras que las de Derecho Público, y de esta naturaleza deben ser las relaciones que constituyen la función pública.

E. NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO

El acto creador de las relaciones ha sido analizado para determinar su naturaleza y sobre el particular se han emitido las siguientes tesis: A) COMO UN ACTO UNILATERAL DEL ESTADO; B) COMO UN ACTO CONTRACTUAL, Y C) COMO ACTO CONDICIÓN.

A) LOS AUTORES DE ESTA TEORÍA SOSTIENEN QUE LA RELACIÓN DEL SERVICIO, NO PUEDE NI SIQUIERA REVESTIR EL CARÁCTER CONTRACTUAL, SINO QUE NI SIQUIERA REVESTIR EL CARÁCTER CONTRACTUAL, SINO QUE NI SIQUIERA REQUIERE EL CONSENTIMIENTO DEL PARTICULAR, QUE SE TRATA DE UNA OBLIGACIÓN QUE EN FORMA IMPERATIVA LE IMPONE EL ESTADO.

De acuerdo a nuestra Constitución esta tesis es contraria a la libertad del hombre, y solamente es admitida por la Constitución en forma especial no genérica como podemos apreciarlo en su artículo 5° que dice: " EN CUANTO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS, SOLO PODRÁN SER OBLIGATORIOS EN LOS TÉRMINOS QUE ESTABLEZCAN LAS LEYES RESPECTIVAS, EL DE LAS ARMAS Y LOS DE JURADOS, ASÍ COMO EL DESEMPEÑO DE LOS CARGOS CONSEJILES Y LOS DE ELECCIÓN POPULAR DIRECTA O INDIRECTA. LAS FUNCIONES ELECTORALES Y CENSALES TENDRÁN CARÁCTER OBLIGATORIO Y GRATUÍTO. LOS SERVICIOS PROFESIONALES DE ÍNDOLE SOCIAL SERÁN OBLIGATORIOS Y RETRIBUÍDOS EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY Y CON LAS EXCEPCIONES QUE ESTA SEÑALE. "

B) ESTA TESIS SOSTIENE EL CARÁCTER CONTRACTUAL DEL ACTO CREADOR DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, CONSIDERAN QUE ESTA NACE DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO YA QUE EXISTE UN CONCURSO DE LA VOLUNTAD DEL ESTADO QUE NOMBRA Y LA DEL NOMBRADO QUE ACEPTA, SIN REVESTIR IMPORTANCIA QUE NO HAYA UNA PERFECTA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES, PUES LO MISMO SUCEDE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, ASÍ COMO TAMPOCO QUE LA FUNCIÓN O CARGO QUE NO SEAN BIENES QUE ESTAN EN EL COMERCIO, EL OBJETO DEL CONTRATO ES EL SERVICIO Y LA REMUNERACIÓN QUE SI LO ESTAN, SIN IMPORTAR QUE EL ESTADO FIJE PREVIAMENTE Y EN LA FORMA UNILATERAL LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS EMPLEADOS O BIEN SEAN SUSCEPTIBLES DE MODIFICACIONES EN LA MISMA FORMA DURANTE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO, EN EL DERECHO CIVIL SE RECONOCE LA EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN EN LOS QUE UNA DE LAS PARTES FIJA DE ANTEMANO LAS CONDICIONES A LAS QUE OTRA PARTE SIMPLEMENTE SE ADHIERE, Y EN UN SEGUNDO LUGAR PORQUE NO SE AFECTA LA NATURALEZA DEL CONTRATO SI EL EMPLEADO CON CONOCIMIENTO DE CAUSA, CONCIENTE DESDE EL PRINCIPIO QUE EL ESTADO PUEDE VARIAR LAS CONDICIONES ORIGINALES DEL ACTO.

POR OTRA PARTE ESTOS AUTORES QUE POCO IMPORTA QUE EL EFECTO DEL ACTO SEA INVERTIR EN LAS PARTES DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA GENERAL, PUES RESULTARÍA FALSO EL PRETENDER QUE SOLO CUANDO SE ORIGINA UNA SITUACIÓN JURÍDICA INDIVIDUAL POR EL ACUERDO DE VOLUNTAD CONSTITUYAN EL CONTRATO Y AL RESPECTO OPINA BOVVIERE SEGÚN CITA GABINO FRAGA: " ES PURAMENTE ARBITRARIA, NO ESTÁ INSCRITA EN NINGUN PARTE. NINGUNA JURISDICCIÓN DE NINGUN ORDEN LA HA CONSAGRADO ALGUNA VEZ. POR OTRA PARTE, DESDE CIERTO PUNTO DE VISTA, TODA SITUACIÓN GENERAL E IMPERSONAL ES RESPECTO DEL

QUE ESTA INVESTIDO DE ELLA, UNA SITUACIÓN INDIVIDUAL HE -
AQUÍ, POR EJEMPLO UN VENDEDOR DE INMUEBLES. ES ACREEDOR
DEL PRECIO CONVENIDO. A ESTE RESPECTO SE ENCUENTRA FRENTE
A SU DEUDOR EN UNA SITUACIÓN INDIVIDUAL, PERO AL MISMO -
TIEMPO Y POR EL HECHO DE LA VENTA, BENEFICIA DE TODOS LOS
DERECHOS LEGADOS POR LA LEY A LA CONDICIÓN DE VENDEDOR DE
INMUEBLES. ÉSTA, DE ESTA MANERA INVESTIDO DE UNA SITUA -
CIÓN GENERAL E INDIVIDUAL. LA CONDICIÓN ARBITRARIA EN VIR
TUD DE LA CUAL TODO ACUERDO DE VOLUNTADES GENERADOR DE
OBLIGACIONES, DEBERÍA SER CREADOR DE SITUACIÓN INDIVIDUAL
PARA CONSTITUIR UN CONTRATO, ESTÁ DESPROVISTA DE TODO AL -
CANCE PRACTICO. " (11)

Dichas argumentaciones de estos autores no son -
aceptables, porque se infringen las nociones clásicas del
contrato, y su tesis es insostenible porque no existe tex-
to legal que expresa en forma determinada que clases de si-
tuaciones jurídicas debe producir el contrato lo único que
se encuentra son los que dan carácter de denominación di-
versa del contrato a otros actos formados por el concurso
de voluntades, como la Ley o la sentencia que dicta un Tri-
bunal Colegiado.

La necesidad de que se genere una situación jurí-
dica individual deriva de la función y carácter del contra-
to, y esta es una Institución encaminada a satisfacer nece-
sidades privadas de los hombres, en cuanto a las necesida-
des existen diversos medios de satisfacerlos y es lógico
que las consecuencias del contrato sean adaptables a esta
variedad de los medios, lográndose mediante la individuali-
zación de los efectos jurídicos que se produce, así tam -

bién es cierto que los contratantes se beneficien de los derechos legales por la Ley a la condición que cada una de las partes acepta en el contrato, pero estos derechos se establecen en preceptos legales con carácter de supletorios para cuando las partes no han regulado en forma expresa su situación, la aplicación de su contenido obedece a que se les considere como la voluntad presunta de los intervinientes; el contrato por otro lado es una fuente de Derecho Civil sin importar que el carácter derive de la Ley y que esta sea la que le de fuerzas al acto, el contrato produce efectos jurídicos porque se han cumplido con los requisitos y condiciones para su existencia, sin la afirmación que la extensión y modalidades de las obligaciones contractuales sean emanadas de la Ley y no del contrato.

El contrato es fuente de obligaciones, las cuales son fijadas por las partes en dicho contrato al mismo tiempo le son fijadas su cometido y alcance concretos de acuerdo a la voluntad de las partes y la situación imperante.

Así de esta manera aunque en forma escueta tenemos elementos para decir que el acto no es un acto unilateral porque no reviste la imposición obligatoria, así tampoco se puede hablar de un acto contractual porque el acto no origina situaciones jurídicas individuales, entonces nos queda considerarlo como un acto diverso cuyas características son: LA DE ESTAR FORMADO POR LA CONCURRENCIA DE LAS VOLUNTADES DEL ESTADO QUIEN NOMBRA Y DEL PARTICULAR QUE ACEPTA EL NOMBRAMIENTO Y EL EFECTO JURÍDICO QUE ORIGI-

NA EL CONCURSO DE VOLUNTADES QUE SE DEBE ENTENDER NO COMO LA FUNCIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE EL ESTADO Y EL EMPLEADO, SINO COMO EL DE CONDICIONES LA APLICACIÓN A UN CASO INDIVIDUAL (EL DEL PARTICULAR QUE INGRESA AL SERVICIO), LAS DISPOSICIONES LEGALES PREEXISTENTES QUE FIJAN EN FORMA ABSTRACTA E IMPERSONAL LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE CORRESPONDEN A LOS TITULARES DE LOS DIVERSOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO.

El nombramiento puede ser un acto de una voluntad o el de varias, recibiendo en esta última el nombre de elección pero su naturaleza jurídica no es distinta de la del nombramiento, puede la Ley requerir que en vez de que la designación corresponda a una sola persona, sea el resultado del acuerdo de varias, por lo tanto el concurso de todas ellas es una unidad lo que determina el mismo efecto jurídico que el que produce una sola voluntad.

F. LA LEGISLACION POSITIVA

Después de haber expuesto las teorías anteriores sobre la naturaleza de la relación jurídica del Estado con sus servidores, ahora debemos ver cual adoptó nuestro Derecho Mexicano, la emisión del Estatuto de los trabajadores al servicio de los Poderes Públicos, el 5 de diciembre de 1938, no llegó a definirse legalmente la relación entre el Estado y sus servidores, salvo casos especiales y reglamentos.

La Constitución en su artículo 5°. indicó la necesidad del concurso de voluntades para crear la relación en general al expresar " NADIE PODRA SER OBLIGADO A PRESTAR TRABAJOS PERSONALES SIN SU PLENO CONSENTIMIENTO. " En la Constitución son pocos preceptos los que aluden al tema, las fracciones II, III y IV del artículo 89 facultan al Presidente para nombrar y remover libremente a los Secretario del Despacho, al Procurador de la República, al Gobernador del Distrito Federal, al Procurador General de Justicia del Distrito Federal, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esten determinados de otro modo en la Constitución ó en las Leyes, para nombrar con aprobación del Senado a : **MINISTROS, AGENTES DIPLOMÁTICOS Y CÓN SULES GENERALES, LOS CORONELES Y DEMÁS OFICIALES SUPERIORES DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONALES Y LOS EMPLEADOS SUPERIORES DE HACIENDA;** EN OTRAS DISPOSICIONES ENCONTRAMOS EL ARTÍCULO 32.- **LOS MEXICANOS SERÁN PREFERIDOS A LOS EXTRANJEROS EN IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS, PARA**

TODA CLASE DE CONCESIONES Y PARA TODOS LOS EMPLEOS, CARGO O COMISIONES DEL GOBIERNO EN QUE NO SEA INDISPENSABLE LA CALIDAD DE CIUDADANO. LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1931 EN SU ARTÍCULO 2° EXPRESÓ: " LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y SUS SERVIDORES SE REGIRÁN POR LAS LEYES DEL SERVICIO CIVIL QUE SE EXPIDAN. "

En base a la necesidad de limitar su facultad discrecional del Presidente para nombrar y remover a sus empleados el 9 de abril de 1934 se expidió la Ley del Servicio Civil, Acuerdo Presidencial estableciendo el servicio civil por un tiempo determinado, en dicho Acuerdo Ejecutivo abdicaba su facultad discrecional de remover a los empleados del Poder Ejecutivo y ésta tenía como seguridad de los propios funcionarios y empleados en bien de la eficacia de los servicios públicos, un régimen interno con normas para la administración y nombramiento de éstos, estableciendo los derechos y obligaciones y recompensas estableciendo la garantía que durante la vigencia del acuerdo de que ningún funcionario o empleado podría ser removido sin justa causa y aprobación ante los comisionados del Servicio Civil.

Debido a su corta vigencia el acuerdo anteriormente expuesto hace innecesario discutir las bases del mismo, pero hace notar que no acentúa la tendencia que desde años atrás venía expresandose en el sentido de crear medidas que permitieran garantizar la estabilidad de la situación del servidor público, impidiendo la sujeción al capricho y al arbitrio de los superiores.

Sin embargo dichos estatutos que definieran -
" GARANTIZARAN LOS DERECHOS DEL SERVIDOR PÚBLICO, FRENTE
A LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL EJECUTIVO PARA NOMBRAR LI -
BREMENTE A TODOS LOS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS NO
SOLUCIONARON EL PROBLEMA, PUES LA LEGISLACIÓN DEL SERVICIO
CIVIL NO GARANTIZABA CON EFECTOS SERIOS Y APRECIABLES PUES
DISCRECIONALMENTE EL EJECUTIVO SEGUÍA CONSERVANDO SU FACUL
TAD AMPLIAMENTE.

Esta objeción está fuera del lugar, ya que la fa
cultad discrecional del Ejecutivo está limitada en genera
lidad a remover y cambiar a los altos funcionarios, los
cuales representan la parte mínima de los funcionarios y
empleados públicos, la gran mayoría de ellos son nombrados
o removidos de acuerdo a la Constitución o las Leyes que -
reglamentan la función administrativa del Estado.

La Constitución al referirse a la Ley lo hace -
desde el punto de vista formal, y la restricción a la fa -
cultad de nombrar y remover libremente no puede obtenerse
por medio de un Reglamento, pues la restricción forma par
te de lo que se conoce como reserva de la Ley, teniendo en
cuenta que un Reglamento es elástico en cuánto a su modifi
cación y siendo sus autores los mismos que estan faculta -
dos para nombrar y remover, deja un camino fácil de seguir
para introducir modificaciones con motivos o circunstan -
cias personales conllevando a la arbitrariedad a pesar de
lo general que sean éstos, una Ley que restrinja la liber
tad de acción del Ejecutivo es admisible por ser prevista
en la misma Constitución.

Podemos decir que esta etapa de imprecisión concluye al expedido el Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión, con fecha 5 de noviembre de 1938, en el cual se define en forma detallada el régimen al cual se sujetan los empleados públicos, este Estatuto fué sustituido por el del 4 de abril de 1941, debido al aumento de la estructura burocrática en cuanto a sus exigencias, las garantías reguladas por las Leyes Ordinarias se elevaron al rango Constitucional en la edición que se hizo como apartado B al artículo 123 Constitucional el 21 de octubre de 1960 (D. O. de 5 de diciembre de 1960).

Así de esta forma en el año de 1963 el 28 de diciembre se publica en el Diario Oficial la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaría del apartado B del artículo 123 Constitucional sustituyendo al Estatuto, regulando el régimen de la función pública, como ya hemos visto define al trabajador al servicio del Estado, como " TODA PERSONA QUE PRESTE UN SERVICIO FÍSICO, INTELLECTUAL O DE AMBOS GÉNEROS ... " Hace la división de los empleados en los de confianza y los de base, los primeros no estan sometidos a esta Ley los segundos sujetos en todo a las prescripciones de la Ley, por lo tanto los de confianza pueden ser nombrados y removidos libremente a diferencia de los Estatutos anteriores, esta Ley considera que el ingreso a la función pública se realiza por un acto, con carácter convencional, condicionante de la aplicación de un régimen legal a un caso individual, se puede afirmar que la Legislación Mexicana considera la relación jurídica como un acto-unión el empleado público presta sus servicios en virtud a un nombramiento o por figurar en las

listas de raya de trabajadores temporales, para obra determinada o por tiempo fijo, el nombramiento no contiene el régimen al cual estará sujeto el empleado, por lo general contendrá, el nombre, nacionalidad, sexo, estado civil y domicilio, clase de servicios que deban prestarse, el carácter definitivo, interino, provisional, por tiempo fijo o por obra determinada, del nombramiento, la duración de la jornada de trabajo, el sueldo y demás prestaciones y el lugar en que se han de prestar los servicios.

Por lo que toca a las restricciones de los empleados de base se puede precisar en tres, la primera Ley establece que deben ser de nacionalidad mexicana y solo pueden ser sustituidos por extranjeros cuando no existan mexicanos que puedan desarrollar el servicio respectivo, ver artículo 9 ° de la Ley, como segunda restricción tenemos el artículo 43 Fracción I. Preferir, en igualdad de condiciones, de conocimientos, aptitudes y de antigüedad, a los trabajadores sindicalizados respecto de quienes no lo estuvieran, a los supervivientes de la invasión norteamericana de 1914, a los que con anterioridad les hubieran prestado servicios y a los que acrediten tener mejores derechos conforme al escalafón, y una tercera será la facultad que le confieren los artículos 62 y 63 al titular de cada Dependencia, dicha facultad consiste en cubrir libremente las plazas de última categoría disponibles una vez que se han corrido los escalafones respectivos con motivo de vacantes, igual libertad tendrá para cubrir vacantes temporales que no excedan de seis meses.

Los funcionarios y empleados que sirven al Estado, están sometidos a regimenes diversos, que está en relación al organo en el cual prestan sus servicios, ya sea el Gobierno Federal, con cargo al presupuesto de egresos de la Federación, en un organismo descentralizado, en una institución nacional de crédito o en una empresa de participación estatal, en base a esto los trabajadores pueden clasificarse según Serra Rojas, en seis grupos diferentes:

- " PRIMER GRUPO : TRABAJADORES SOMETIDOS A LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO Y TRABAJADORES SOMETIDOS A LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.
- SEGUNDO GRUPO: TRABAJADOR DE BASE Y DE CONFIANZA.
- TERCER GRUPO : TRABAJADORES DEFINITIVO, INTERINO, PROVISIONAL POR OBRA DETERMINADA, A TIEMPO FIJO.
- CUARTO GRUPO : TRABAJADORES DE PRESUPUESTO FIJO Y TRABAJADOR SUPERNUMERARIO.
- QUINTO GRUPO : TRABAJADOR CON NOMBRAMIENTO A LISTA DE RAYA Y POR CONTRATO.
- SEXTO GRUPO : AUTORIDADES Y ORGANOS AUXILIARES. " (12)

2. DERECHOS Y OBLIGACIONES

Al haberse incorporado las bases que rigen las relaciones jurídicas entre el Estado y sus trabajadores en la Sección B del artículo 123 Constitucional, cualquier consideración sobre la Constitucionalidad de esta Ley, resulta infructuosa y no dejar beneficio alguno, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje y la Suprema Corte habían emitido los siguientes puntos de vista y tesis para la Constitucionalidad en relación a las leyes anteriores que hemos mencionado en el inciso anterior.

El Tribunal de Conciliación y Arbitraje sostuvo lo siguiente: " EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE LOS PODERES DE LA UNIÓN, ES LEY REGLAMENTARIA DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 89 CONSTITUCIONAL Y EN CONSECUENCIA, A PARTIR DE SU PROMULGACIÓN LOS NOMBRAMIENTOS Y REMOCIONES DE LOS TRABAJADORES FEDERALES DEBEN HACERSE DE ACUERDO CON LAS DISPOSICIONES DE DICHO ESTATUTO. NO PUEDE ALEGARSE QUE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 89 CONSTITUCIONAL CONCEDE FACULTADES AL EJECUTIVO PARA NOMBRAR Y REMOVER LIGERAMENTE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS PUES TAL FACULTAD ESTÁ LIMITADA POR EL PROPIO ESTATUTO QUE TIENE EL CARÁCTER DE LEY REGLAMENTARIA DE DICHA FRACCIÓN CONSTITUCIONAL. "

(Resoluciones del Tribunal de Arbitraje, Exp. R. 89/939, 71/943).

En cuanto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó, la siguiente tesis:

" LAS IMPUGNACIONES CONTENIDAS SE ENDEREZAN CONTRA EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO Y DICHO ORDENAMIENTO POR HABER SIDO EXPEDIDO POR LAS AUTORIDADES CONSTITUCIONALES Y COMPETENTES Y POR HABER SIDO PROMULGADO POR EL EJECUTIVO FEDERAL LO QUE TÁCITAMENTE SIGNIFICA SU CONSENTIMIENTO CON LA LIMITACIÓN DE SUS FACULTADES, DEBE SER RESPETADO. EN LA MISMA EJECUTORIA ELUDE TRATAR SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROPIO ESTATUTO MANIFESTANDO QUE EL QUEJOSO NO SEÑALÓ A DICHO CUERPO DE LEYES COMO ACTO RECLAMADO. " (El Estatuto de los Trabajadores al Servicio del Estado, prevalece sobre los reglamentos de condiciones generales de trabajo. Sem. Jud. Fed. 5a. ép. T. 5 pág. 59, y T. 6 pág. 49).

A. LA DESIGNACION DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS.

La designación hace suponer la existencia del nombramiento de la Administración Pública y la aceptación por parte del nombrado, ya hemos mencionado las facultades del Presidente enmarcadas en la Fracción II del artículo 89 Constitucional, en cuanto a los trabajadores al Servicio del Estado, la misma Ley determina los procedimientos y normas para el nombramiento y remoción de los mismos al referirnos al ingreso a la función pública deben distinguirse las siguientes situaciones:

A) NOMBRAMIENTO DE EMPLEADOS DE CONFIANZA, SON LOS QUE MENCIONA EL ARTÍCULO 5º. DE LA LEY Y LOS CASOS ESPECIALES SEÑALADOS EN OTRAS LEYES, Y ESTOS PUEDEN POR SU CATEGORÍA SER NOMBRADOS Y REMOVIDOS LIBREMENTE POR EL EJECUTIVO.

B) NOMBRAMIENTO DE EMPLEADOS SUPERNUMERARIOS, EXISTE SIMILITUD CON LOS EMPLEADOS DE CONFIANZA, LA EROGACIÓN DE SUS SUELDOS HABÍAMOS DICHO SE REGISTRAN EN UNA PARTIDA GLOBAL DEL PRESUPUESTO DE CADA DEPENDENCIA, CON ANTERIORIDAD SE DIJO QUE ESTOS GOZARÍAN DE LOS MISMOS DERECHOS QUE LOS TRABAJADORES PROTEGIDOS POR LA LEY NO QUE HA SUSCITADO QUE LOS SINDICATOS Y COMISIONES LLEGUEN A ARREGLOS, DE ESTA MANERA EN ALGUNAS OCASIONES SE CUMPLE LO DICHO CON AQUELLOS TRABAJADORES QUE TIENEN MÁS DE CINCO AÑOS DE PRESTAR SUS SERVICIOS.

c) NOMBRAMIENTO DE EMPLEADOS DE BASE, ESTOS - TRABAJADORES ESTAN AMPARADOS POR TODA LA EXTENSIÓN DE LEY RESPECTIVA DIGNO DE MENCIONARSE ES EL DERECHO DE INMOVILIDAD, QUE SE REFIERE A LOS DE ÚLTIMO INGRESO UNA VEZ QUE SE HAN CORRIDO TODOS LOS ESCALAFONES, EN EL ARTÍCULO 6° - DE LA LEY DICE: LOS TRABAJADORES DE BASE " LOS NO INCLUIDOS EN LA ENUMERACIÓN ANTERIOR Y QUE, POR ELLO, SERÁN INAMOVIBLES. LOS DE NUEVO INGRESO NO SERÁN INAMOVIBLES SINO DESPUES DE SEIS MESES DE SERVICIO SIN NOTA DESFAVORABLE EN SU EXPEDIENTE. "

EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO MODERNO EL PUESTO - PÚBLICO ES UNA SÍNTESIS DE LABORES DERECHOS, DELEGACIONES, RESPONSABILIDADES, LA PERSONA QUE DEBA ASUMIR EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEBE REUNIR LAS CONDICIONES EXIGIDAS POR LA LEY PARA EL CASO, POR SU PARTE EL ESTADO TIENE EL DEBER DE ASEGURAR LA OBSERVANCIA DE ESAS CONDICIONES PARA HACER DE LA ADMINISTRACIÓN UNA FUNCIÓN EFICIENTE AL SERVICIO DE LA SOCIEDAD. EL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL APARTADO B FRACCIÓN VII ORDENA:

" LA DESIGNACIÓN DEL PERSONAL SE HARÁ MEDIANTE - SISTEMAS QUE PERMITAN APRECIAR LOS CONOCIMIENTOS Y APTITUDES DE LOS ASPIRANTES. EL ESTADO ORGANIZARÁ ESCUELAS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. "

EN CUANTO AL ESCALAFÓN ES UN SISTEMA ORGANIZADO - PARA PROMOCIONES DE ASCENSOS AL PERSONAL Y AUTORIZAR PERMUTAS, BASADA LA PROMOCIÓN EN LOS CONOCIMIENTOS, LA APTITUD, LA ANTIGUEDAD, LA DISCIPLINA Y LA PUNTUALIDAD, FACTORES ESTOS DETERMINANTES EN LA DECISIÓN DEL CANDIDATO AL ASCEN-

SO, A LA LUZ DE LA TEORÍA PUEDE AFIRMARSE QUE LA SELECCIÓN TANTO DEL PERSONAL DE NUEVO INGRESO COMO LA PROMOCIÓN DE ASCENSO ES UN FILTRO SELECTIVO DE MUCHA CALIDAD, SIN DUDA CON LAS ESCUELAS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ESTOS ELEMENTOS SELECTORES HACEN QUE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRATA DE MEJORAR FRENTE A LOS PROBLEMAS COMPLEJOS QUE CADA DÍA TIENE QUE ENFRENTAR POR EL AUMENTO DEMOGRÁFICO Y LA CONSTANTE INTERVENCIÓN NECESARIA DEL ESTADO, TENIENDO EN CUENTA QUE UNA MALA ADMINISTRACIÓN ES UNA PERTURBACIÓN DEL DESARROLLO SOCIAL.

D) EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY DISPONE: LOS TITULARES DARÁN A CONOCER A LAS COMISIONES MIXTAS DE ESCALAFÓN LAS VACANTES QUE SE PRESENTEN DENTRO DE LOS DIEZ DÍAS SIGUIENTES EN QUE SE DICTE EL AVISO DE BAJA O SE APRUEBE OFICIALMENTE LA CREACIÓN DE PLAZAS DE BASE.

E) LOS EMPLEADOS A LISTA DE RAYA, A LOS TRABAJADORES TEMPORALES, POR OBRA DETERMINADA Ó POR TIEMPO FIJO, EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY QUE EL NOMBRAMIENTO DE ESTOS EMPLEADOS SE CIRCUNSCRIBE A LAS CONDICIONES BAJO A LAS CUALES FUERON NOMBRADAS.

F) LOS EMPLEADOS POR CONTRATO CIVIL O BAJO HONORARIOS, SON EMPLEADOS DE CONFIANZA Y SUJETOS TAMBIÉN A LAS BASES DE SU CONTRATACIÓN SEGÚN ARTÍCULO 6° DE LA LEY.

G) REINGRESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA, SE DEBEN OBSERVAR LOS ARTÍCULOS 64 Y 65 QUE FIJAN EL REGIMEN DEL MISMO, Y EN CUANTO A LAS PERMUTAS E INCONFORMIDADES, EL ARTÍCULO 66 DICE EL REGLAMENTO RESPECTIVO SERA LA BASE LEGAL.

H) LAS OBLIGACIONES CÍVICAS MATERIALES RELACIONADAS CON EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA SON: NACIONALIDAD, EDAD Y SEXO, LA MORALIDAD DEL EMPLEADO, SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO, APTITUD FÍSICA.

I. NACIONALIDAD

Es una idea casi universal de que nadie puede ser nombrado en un empleo público, si no es nacional, de esta manera en México debe ser de nacionalidad mexicana, y en el artículo 9 de la Ley se establece la excepción a la regla. " LOS TRABAJADORES DE BASE DEBERÁN SER DE NACIONALIDAD MEXICANA Y SÓLO PODRÁN SER SUSTITUÍDOS POR EXTRANJEROS CUANDO NO EXISTAN MEXICANOS QUE PUEDAN DESARROLLAR EL EJERCICIO RESPECTIVO. LA SUSTITUCIÓN SERÁ DECIDIDA POR EL TITULAR DE LA DEPENDENCIA O POR EL SINDICATO. " Decíamos que marca la excepción y también abre el camino para que extranjeros ocupen puestos de confianza, por otro lado el artículo de esta misma Ley en su fracción I ordena que los nombramientos deberían contener la nacionalidad del nombrado.

El artículo 32 de la Constitución establece:

" LOS MEXICANOS SERÁN PREFERIDOS A LOS EXTRANJEROS EN IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS, PARA TODA CLASE DE CONCESIONES Y PARA TODOS LOS EMPLEOS, CARGOS O COMISIONES DEL GOBIERNO EN QUE NO SEA INDISPENSABLE LA CALIDAD DE CIUDADANOS? EN TIEMPOS DE PAZ NINGÚN EXTRANJERO PODRÁ SER

VIR EN EL EJÉRCITO, NI EN LAS FUERZAS DE POLICÍA A SEGURIDAD PÚBLICA ", EN ESTE ARTÍCULO EXISTE UN DERECHO DE PREFERENCIA HACÍA LOS MEXICANOS Y UNA OPCIÓN INTERPRETANDO EL ARTÍCULO CONTRARIO SENSU EN TIEMPOS DE GUERRA:

DE ACUERDO AL ARTÍCULO 30 DE LA CONSTITUCIÓN EXISTEN TRES GRUPOS EN RELACIÓN A LA NACIONALIDAD.

1. REQUISITO DE LA NACIONALIDAD
2. REQUISITO DE LA NACIONALIDAD POR NACIMIENTO.
3. REQUISITO DE LA NACIONALIDAD POR NACIMIENTO Y SER HIJO DE PADRES MEXICANOS POR NACIMIENTO.

II. EDAD Y SEXO

TIENEN CAPACIDAD LEGAL PARA SER NOMBRADOS Y ACEPTAR ESTE LOS MAYORES DE 18 AÑOS, ASÍ COMO PERCIBIR EL SUELDO CORRESPONDIENTE Y PARA EJERCITAR LAS ACCIONES DERIVADAS DE LA LEY, ASÍ EN CAMBIO EXISTEN PUESTOS PÚBLICOS EN QUE LA LEY MARCA QUE EL NOMBRADO Y DESIGNADO DEBE CUMPLIR CON CIERTOS REQUISITOS DE EDAD, POR EJEMPLO PARA PODER SER PRESIDENTE SE REQUIERE TENER 35 AÑOS CUMPLIDOS AL TIEMPO DE LA ELECCIÓN DE ACUERDO AL ARTÍCULO 32 FRACCIÓN II DE LA CONSTITUCIÓN, OTRO EJEMPLO CLÁSICO ES EL DE SECRETARIO DE ESTADO REQUISITO TENER 30 AÑOS CUMPLIDOS AL MOMENTO DE LA DESIGNACIÓN SEGÚN ARTÍCULO 191 CONSTITUCIONAL.

III. LA MORALIDAD DEL EMPLEADO

EN FORMA UNIVERSAL LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA CONSIDERA QUE NINGUNA PERSONA PUEDE SER NOMBRADO SI NO TIENE EL PLENO EJERCICIO DE SUS DERECHOS CÍVICOS Y TIENE UNA MORAL IRREFUTABLE, DENTRO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS - TRABAJADORES, LA LEY EN SU ARTÍCULO 44 FRACCIÓN II ESTABLECE " OBSERVAR BUENAS COSTUMBRES DENTRO DEL SERVICIO ", Y LA MISMA LEY ESTABLECE COMO CAUSAL DE CESE, EL HECHO DE COMETER ACTOS INMORALES DURANTE EL TRABAJO ARTÍCULO 46 FRACCIÓN V INCISO D DE LA LEY.

IV APTITUD FÍSICA

ESTE REQUISITO ES ELEMENTAL PARA DESEMPEÑAR UN PUESTO PÚBLICO SI NO SON REUNIDAS LAS CONDICIONES DE SALUD FÍSICAS Y PSÍQUICAS, DE LO CONTRARIO EL EJERCICIO SE VERÍA IMPEDIDO DE BUENOS RESULTADOS, AL INGRESAR ASI COMO AL PROMOCIONARSE EL EMPLEADO DEBE DE ESTAR LIBRE DE ENFERMEDADES QUE DISMINUYAN SUS FACULTADES PARA EL BUEN DESEMPEÑO DE SU CARGO, ASI ESTA REGULADO POR EL ARTÍCULO 88 FRACCIÓN IV QUE DICE " LAS FECHAS Y CONDICIONES EN QUE LOS TRABAJADORES DEBEN SOMETERSE A EXÁMENES MEDICOS PREVIOS Y PERÍODOS ", Y POR OTRO LADO ES CAUSAL DE CESE LA IMPASIDAD PERMANENTE DEL TRABAJADOR, FÍSICA O MENTAL, QUE LE IMPIDA EL DESEMPEÑO DE SUS LABORES.

B. LOS ELEMENTOS JURIDICOS DEL NOMBRAMIENTO

El nombramiento es el acto administrativo por medio del cual se le concede la investidura necesaria para el ejercicio de una función al aspirante, en otras palabras es el documento donde consta la designación.

EL NOMBRAMIENTO DEBE CONTENER DE ACUERDO AL ARTICULO 15 DE LA LEY:

- I. NOMBRE, NACIONALIDAD, EDAD, SEXO, ESTADO CIVIL Y DOMICILIO.
- II. LOS SERVICIOS QUE DEBEN PRESTARSE, LOS QUE SE DETERMINARÁN CON LA MAYOR PRECISIÓN POSIBLE.
- III. EL CARÁCTER DEL NOMBRAMIENTO DEFINITIVO, INTERINO, PROVISIONAL POR TIEMPO FIJO O POR OBRA DETERMINADA.
- IV. LA DURACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO.
- V. EL SUELDO Y DEMÁS PRESTACIONES QUE HABRÁ DE PERCIBIR EL TRABAJADOR.
- VI. EL LUGAR EN QUE PRESTARÁ SUS SERVICIOS.

Por otro lado encontramos que el artículo 12 de la Ley expresa: " LOS TRABAJADORES PRESTARÁN SUS SERVICIOS EN VIRTUD DE NOMBRAMIENTO EXPEDIDO POR EL FUNCIONARIO FACULTADO PARA EXTENDERSE Ó POR ESTAR INCLUIDOS EN LAS LISTAS DE RAYA DE TRABAJADORES TEMPORALES, PARA OBRA DETERMINADA O POR TIEMPO FIJO. "

" EL NOMBRAMIENTO ES EL DOCUMENTO PÚBLICO QUE CONTIENE EL ACTO DE VOLUNTAD DEL ESTADO, QUE CREA LA RELACIÓN DEL SERVICIO, LA PROTESTA DE LEY, LA CATEGORÍA, SUELDOS Y PARTIDA AFECTADA: O POR EL SOLO HECHO DE FIGURAR EN LAS LISTAS DE RAYA DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES. NO SE NECESITA NI SIQUIERA UN NOMBRAMIENTO CON DETERMINADOS REQUISITOS SINO SOLO LA INCLUSIÓN DEL NOMBRE EN CUALQUIER LISTA DE RAYA. " (Res. del Trib. Arb. exp. 512/042.)

En vista de lo anteriormente expuesto el elemento que reviste mayor importancia, es el acto de ingreso a la función pública o nombramiento, y esta una vez aceptado obliga a cumplir los deberes inherentes y a las consecuencias conforme a la Ley, al uso y a la buena fé, y por último el artículo 43 fracción I impone a los titulares la siguiente obligación.

- I. PREFERIR EN IGUALDAD DE CONDICIONES, DE CONOCIMIENTO, APTITUDES Y ANTIGUEDAD A LOS TRABAJADORES SINDICALIZADOS RESPECTO DE QUIENES NO LO ESTUVIEREN, A LOS VETERANOS DE LA REVOLUCIÓN, A LOS SUPERVIVIENTES DE LA INVASIÓN NORTEAMERICANA DE 1914 A LOS QUE CON ANTERIORIDAD LES HUBIEREN PRESTADO SATISFACTORIAMENTE SERVICIOS Y A LOS QUE ACREDITEN TENER MEJORES DERECHOS CONFORME AL ESCALAFON.

C. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES

La primera obligación es la que estatuye la Constitución en el artículo 128 que dispone " TODO FUNCIONARIO PÚBLICO SIN EXCEPCIÓN ALGUNA, ANTES DE TOMAR POSESIÓN DE SU ENCARGO, PRESTARÁ LA PROTESTA DE GUARDAR LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES QUE DE ELLA EMANEN. " La protesta es promesa legal y política que liga al servidor público con el Estado con efectos jurídicos relacionados con la función pública así complementando encontramos el artículo 130 Constitucional fracción IV que ordena " LA SIMPLE PROMESA DE DECIR VERDAD Y DE CUMPLIR LAS OBLIGACIONES QUE SE CONTRAÉN, SUJETA AL QUE LA HACE, EN CASO DE QUE FALTARE A ELLA, A LAS PENAS QUE CON TAL MOTIVO ESTABLECE LA LEY. "

La protesta legal obliga al Funcionario Público a tener lealtad a la Nación, es una forma de tomar posesión del cargo y comprometerse públicamente, es obligatoria para los funcionarios no así para los empleados.

Obligación de ejercer las funciones, la administración pública se objetiviza cuando los funcionarios o empleados que son las personas físicas que realizan el contenido de los organismos administrativos por esta situación el trabajador público tiene la obligación de guardar obediencia y de prestar el servicio que acepto brindar la función administrativa se asegura con el cumplimiento de esa obligación, en relación al ejercicio de funciones se pueden señalar las siguientes obligaciones:

A) RESPONSABILIDAD DE DESEMPEÑAR SUS LABORES - CON LA INTENSIDAD, CUIDADO Y ESmero APROPIADOS, SUJETÁNDOSE A LA DIRECCIÓN DE SUS JEFES Y A LAS LEYES Y REGLAMENTOS RESPECTIVOS.

B) EL EMPLEADO ESTÁ OBLIGADO A DESEMPEÑAR SUS LABORES DURANTE SU HORARIO DE TRABAJO ES DECIR OBSERVAR UNA CONTINUIDAD EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES.

C) EL EMPLEADO DEBE DESEMPEÑAR EN FORMA PERSONAL AQUELLAS FUNCIONES QUE ASÍ LO REQUIERAN NO DEBE DISTRAER SU ATENCIÓN CON OTRAS ACTIVIDADES PERSONALES U OFICIALES QUE NO LE SON ENCOMENDADAS EN HORAS DE TRABAJO.

El deber de diligencia es una obligación fundamental, pues el Funcionario debe consagrarse al cumplimiento de la función que se le ha encargado, comportándose en forma independiente frente a los intereses particulares, este tiene el derecho de dirigir su vida privada en la forma que más le convenga siempre que sus actos no afecten el funcionamiento de los servicios públicos que tiene encomendados.

Obligación de obediencia, es " DEBER DEL EMPLEADO SOMETERSE A LA DIRECCIÓN DE SUS JEFES Y OBEDECER LAS ÓRDENES SUPERIORES JERÁRQUICAS, Y CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES QUE LE IMPONGAN EL REGLAMENTO INTERIOR DEL TRABAJO. " (Art. 44 fracción I y III de la Ley respectiva). En toda organización la obediencia resulta esencial para el funcionamiento de actividades dirigidas a obtener un objetivo, en la organización pública existe esa organización y -

existe un orden jerárquico de titulares y auxiliares, siendo estos últimos subordinados de los titulares, si no se da la obediencia la unidad de acción se rompe, el poder de dar órdenes es lo que se llama poder jerárquico, que comprende el poder de anular o modificar el actual del subordinado, Serra Rojas cita al respecto a Walire dice " QUE LA JERARQUÍA SE EXPLICA POR VARIAS RAZONES:

- A) EL SUPERIOR JERÁRQUICO TIENE UN PAPEL DE COORDINADOR DE ACTIVIDADES;
- B) VIGILA LA UNIFICACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS
- C) EL TIENE UNA COMPETENCIA TÉCNICA MÁS GRANDE O UNA MÁS LARGA EXPERIENCIA, POR LO MENOS CUANDO SE TRATA DE UN FUNCIONARIO DE CARRERA, " (13)

No es posible una unidad en donde no exista obediencia de los subordinados y ésto existe en toda organización humana.

Obligación de fidelidad, en relación al cargo que desempeña le son inherentes el conocer de determinados asuntos de los cuales deben guardarse las reservas necesarias, esta reserva es con el fin de no poner en peligro al Estado o los intereses públicos, dicho deber implica el abstenerse de dar a conocer secretos que no deben saber gente ajena a la posición y función pública y se impone como obligaciones al Funcionario Público que de no cum -

plirse se tipifican como delitos y estos son:

- a) Secreto profesional, y
- b) La reserva tipificada en el Código Penal Vigente para el Distrito Federal.

Existen otros tipos de obligaciones secundarias como el de seguridad que impone a los funcionarios el evitar la ejecución de actos que pongan en peligro su seguridad y la de sus compañeros, este deber resulta importante cuando el trabajador realiza una labor técnica por ejemplo el que atiende un horno de fundición, la falta de seguridad pone en peligro al bien y a los demás compañeros por que por falta de seguridad puede provocar una explosión.

Otra obligación es la residencia, el empleado debe residir en el lugar que presta sus servicios y permanece el tiempo fijado, aquí se debe diferenciar cuando es una movilidad normal y cuando es necesario por causas emergentes.

Así de esta manera existe otra forma u obligación llamada traslado, se puede dar por las siguientes causas:

- a) Por reorganizaciones o necesidades del servicio debidamente justificadas.
- b) Por desaparición del centro de trabajo.
- c) Por permuta debidamente autorizada.
- d) Por fallo del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

En el cumplimiento de los deberes que impone la función pública de nacimiento a la responsabilidad del autor, esta responsabilidad puede ser del orden civil, de orden penal o de orden administrativo, cualquier incumplimiento del Funcionario o Empleado Público lo hace responsable administrativamente sin perjuicio de que pueda originarse en adición una responsabilidad civil o penal.

El Funcionario y Empleado Público están subordinados a la Ley y a su debido cumplimiento, la responsabilidad en la función pública es la obligación en que se encuentra el servidor del Estado que ha infringido la Ley, por haber cometido un delito ó falta o bien por haber causado un daño ó pérdida, y estos deben ser reprimidos para mantener una eficaz y justa administración.

La responsabilidad penal de los funcionarios y empleados públicos, son responsables de los delitos, faltas que incurran, ya sean delitos del orden común o federal y por los delitos oficiales que cometan en el ejercicio de la función pública.

Delitos comunes de los servidores públicos se pueden clasificar en dos: LOS COMETIDOS POR LOS ALTOS FUNCIONARIOS DE LA FEDERACIÓN Y LOS COMETIDOS POR LOS DEMÁS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS ES DECIR LOS QUE TIENEN FUERO Y LOS QUE NO LO TIENEN.

- A) LOS DELITOS COMUNES COMETIDOS POR LOS ALTOS FUNCIONARIOS DE LA FEDERACIÓN SON AQUELLOS QUE SE INCURREN CON MOTIVO DEL EJERCICIO DE

LA FUNCION QUE SE HA DENOMINADO " PROTEGI -
DA POR FUERO, "

El fuero implica una inmunidad durante el tiempo que dure el cargo, es una protección que la Ley concede a los Funcionarios de acuerdo a su alta investidura y para su mejor desarrollo de sus funciones.

En estos casos interviene la Cámara de Diputados exclusivamente para desaforar al alto Funcionario y ponerlo a disposición de las autoridades competentes.

Los delitos del orden común de los altos funcionarios estan regulados por el artículo 108 de la Constitución que establece: " LOS SENADORES Y DIPUTADOS AL CONGRESO DE LA UNIÓN, LOS MAGISTRADOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LOS SECRETARIOS DEL DESPACHO Y EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA SON RESPONSABLES POR LOS DELITOS COMUNES QUE COMETEN DURANTE EL TIEMPO DE SU ENCARGO Y POR LOS DELITOS, FALTAS U OMISIONES EN QUE INCURRAN EN EL EJERCICIO DE ESE MISMO CARGO. "

Los Gobernadores de los Estados y Diputados, a las Legislaturas Locales son responsables por violaciones a la Constitución y Leyes Federales.

El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, solo podrá ser acusado por traición a la Patria y delitos graves del orden común.

Delitos del orden común de los Funcionarios y Empleados que no gozan de fuero en este acto al no haber un previo procedimiento de desafuero, estos responden en forma directa de los delitos que cometan y pueden ser:

- A) Delitos Comunes ante los Tribunales del Orden Común del Distrito Federal.
- B) Delitos Federales ante los Tribunales Federales en toda la República.
- C) Delitos Especiales son aquellos delitos comunes que por ser cometidos en forma exclusiva por Funcionarios y Empleados, dicha calidad exigida en el elemento tipificante para determinar estos delitos o su gravedad.

Así pues la distinción entre uno y otro no es de fondo sino de procedimiento que el Funcionario con fuero requiere antes de intentar cualquier acción en contra de él debe de desaparecer el fuero.

Los órganos legislativos al señalan la política general del Estado.

Artículo 93 de la Constitución ordena:

" LOS SECRETARIOS DEL DESPACHO Y LOS JEFES DE LOS DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, LUEGO QUE ESTE ABIERTO EL PERÍODO DE SESIONES, DARÁN CUENTA AL CONGRESO DEL ESTADO QUE GUARDAN SUS RESPECTIVOS RAMOS.

CUALQUIERA DE LAS CÁMARAS PODRÁ CITAR A LOS SECRETARIOS DE ESTADO Y A LOS JEFES DE LOS DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, ASÍ COMO A LOS DIRECTORES Y ADMINISTRADORES DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS FEDERALES O DE LAS EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA PARA QUE INFORMEN CUANDO SE DISCUTA UNA LEY O SE ESTUDIE UN NEGOCIO CONCERNIENTE A SUS RESPECTIVOS RAMOS Y ACTIVIDADES.

Las Cámaras, han pedido de una cuarta parte de sus miembros tratándose de los Diputados y de la mitad, si se trata de los senadores, tienen la facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de dichos organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

1. Diccionario de Sociología. Fondo de Cultura Económica. México. 1974., pág. 7.
2. Chinoy, Ely. La Sociedad. Fondo de Cultura Económica. México. 1974., pág. 200.
3. CFR. Max Weber., citado por Serra Rojas A. Derecho Administrativo. Tomo I. Ed. Porrúa. 8a. Edic. México. 1977., pág. 353.
4. CFR. Waline M., citado por Serra Rojas A., Op. Cit. pág. 353.
5. Serra Rojas, Andres. Derecho administrativo. Op. cit., pág., 354
6. CFR. Groppali, A., citado por Serra Rojas A., Op. cit., págs., 354 y 355.
7. Serra Rojas, Andres. Derecho administrativo., Op. cit., págs. 353 y 352
8. CFR. Mayer., citado por Serra Rojas A., Op. cit., pág. 352.
9. CFR. Cabanelas, G., citado por Serra Rojas A., Op. cit., pág. 352

10. Serra Rojas, Andres. Derecho Administrativo.,
Op. cit., pág. 357.
11. CFR. BOVVIERE., citado por Fraga Gabino.,
Derecho Administrativo., Ed. Porrúa. México
1981., pág. 132.
12. Serra Rojas, Andres. Derecho Administrativo.,
Op. cit., pág. 362.
13. CFR. Waline., citado por Serra Rojas A., Op. cit.,
págs. 391 y 392.

C A P I T U L O I I I

1. GENERALIDADES SOBRE EL DELITO

- A. EL DELICTUM EN EL DERECHO ROMANO.
- B. LA DEFINICION DEL DELITO SEGUN DIVERSOS AUTORES.
- C. EL CONCEPTO DEL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.
- D. PRESUPUESTOS DEL DELITO
- E. SISTEMAS PARA ESTUDIAR EL DELITO
- F. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO

2. LA CONDUCTA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DELITO

- A. LA AUSENCIA DE CONDUCTA
- B. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

3. EL TIPO, LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD.

- A. CLASIFICACION DE LOS TIPOS.
- B. EL TIPO, LA TIPICIDAD Y ELEMENTOS DEL TIPO EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.
- C. ATIPICIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

4. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

- A. ANTIJURIDICO.
- B. LA ANTIJURICIDAD DENTRO DE LA TEORIA DEL DELITO.
- C. LA ANTIJURICIDAD FORMAL Y MATERIAL.
- D. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.
- E. LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.
- F. CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

1. GENERALIDADES SOBRE EL DELITO

A. EL DELICTUM EN EL DERECHO ROMANO

Los juristas de Roma dividieron el Derecho en dos partes: la esfera pública, que se refería a la organización estatal y sus relaciones con otras comunidades políticas, y la esfera privada, que comprendió las relaciones del individuo a individuo (*publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum ius est quod ad singulorum utilitatem*).

Así se introdujo dentro del sistema del Derecho un dualismo profundo, más acentuado en las épocas primitivas de Roma.

El Derecho Penal no se ubicaba para los romanos únicamente en el terreno de Derecho Público; al contrario, existía un Derecho Penal Privado, y en este orden de ideas, Mommsen ha señalado con razón que " NO ES MERAMENTE UN COMPLEMENTO NECESARIO DEL DERECHO PÚBLICO, DE AQUEL PUEBLO, SINO QUE SU CONOCIMIENTO ES TAMBIÉN INDISPENSABLE PARA EXPLICARSE UNO Y TENER PERFECTA CONCIENCIA DEL DERECHO PRIVADO DE ROMA. " (1)

Aquel dualismo influyó sobre el Derecho Penal, muy acentuado en los primeros tiempos de Roma, la separación entre los elementos públicos y privado, no llegó a su pérarse nunca en el Derecho Penal.

Empero, los romanos comprendieron el carácter - complementario de las dos esferas jurídicas, y sistematizaron la ciencia del derecho y el sistema normativo mismo, de acuerdo con los principios y conceptos análogos.

El Derecho Penal se fundaba en la noción de delicto o delictum. Los romanos diferenciaban claramente el derecho privado ajeno al delictum, y el derecho penal subdividido en público y privado.

El Derecho Penal estaba edificado en Roma sobre la base del deber moral " EN CUANTO EL ESTADO HABÍA TOMADO SOBRE SI LA MISION DE PONERLO POR OBRA. " (2)

La Ley Penal era una obligación ética prescrita por el Estado como obligatoria, su infracción daba lugar al delictum, y su consecuencia jurídica era la pena.

Sin embargo, si bien el concepto de delictum - amalgamaba las normas y principios de derecho penal, constituyéndose en su base de sustentación, dicho concepto distaba mucho de tener un carácter homogéneo.

El dualismo que señalamos para el derecho en general, y que repercutió sobre el derecho penal, se reflejó a su vez en la noción de delictum, que nunca llegó a tener un carácter unitario.

El delictum no alcanzó a tener unidad en cuanto a su concepto ni en cuanto a su expresión gramatical.

Había un obstáculo que impedía lograr la unidad de conceptualización indispensable; la ciencia jurídica experimentaba la dificultad de tener que reconocer al mismo tiempo que el procedimiento verificado ante los comicios y el magistrado era de derecho público, y el procedimiento ante los jurados que conocía los delitos integraba el derecho privado.

Empero, la tendencia hacía una conceptualización única del delito fue paulatinamente triunfando, lo que se explica por la existencia de comunidad de miras entre una u otra rama del derecho; en ambos casos se estaba ante la violación de la ley moral, cuya protección había asumido el Estado y en ambos casos surgía la necesidad de la retribución de la infracción mediante la pena.

Por eso no debe extrañarnos encontrar una expresión gramatical común para los delitos públicos y privados.

En suma, el delictum se ubica como fundamento del derecho penal romano, tanto en su rama pública como privada; agreguemos que tenía relación con otras ramas del derecho, así por ejemplo: con el derecho sacral, puesto que el delictum se perseguía también para que se expiara públicamente ante la divinidad, por parte de la comunidad.

Noxa o noxia era al comienzo una expresión común a delitos privados y públicos. Significaba daño, es decir, perjuicio que se infería, según el caso, a la comunidad o a otro individuo; progresivamente el segundo término desarrolló por el uso al primero.

Pero no resulta muy clara la función desempeñada por la noxia dentro del sistema de derecho romano, en realidad, su significado no aludía directamente a lo que luego se llamo con más propiedad delictu, sino a este en cuanto del mismo se hacía responsable un tercero en lugar del delincuente; en efecto, un tercero podía hacerse cargo de la infracción inferida a la ley penal, y para librarse de esa responsabilidad pagaba el perjuicio o daño (noxa o noxia) que había causado el delincuente directo (acción que se denominaba noxam sarcire), o bien entregaba el delincuente a aquel que había sufrido el daño (noxam dare).

Y no se llamaba noxius al delincuente, sino a aquel que había hecho la entrega por causa del delito; el conjunto de estas ideas se explica si se tiene en cuenta que el derecho privado la entrega por noxa (noxam dare) tenía como finalidad liberar al obligado por las acciones de otro, que estuviera bajo su potestad y por el cual debiera responder jurídicamente; en el caso de la entrega por noxa (noxa darem) del derecho público, tenía por finalidad liberar a la comunidad del castigo divino que merecía por el hecho criminoso.

De manera que la palabra noxia no expresaba exactamente en forma directa lo que hoy llamamos delito.

Esta era la función del delictum y del crimen. - Ambos tenían un sentido técnico más preciso.

Crimen, del griego *kpiviev* y del latín *cernere* - (cribar, separar), es un concepto de naturaleza procesal y significa la cuestión sometida a fallo del tribunal.

Desde este punto de vista, crimen abarcaría toda cuestión presentada ante el juez para ser resuelta, fuera no delictuosa; pero el uso la limitó a la esfera de los delitos, impregnándola de un sentido ético más enérgico y extendiéndola a los delitos privados y públicos.

Por eso, *delictum* acabó por imponerse dentro del vocabulario jurídico, para mencionar la acción que infringe la obligación ética asumida por la ley del Estado.

Significaba el delito como tal y su sentido fue claro desde el comienzo. El significado corriente era el de resbalar, tropezar, cometer una falta; el derecho lo eligió para designar la acción delictuosa, y su empleo en lugar de crimen fue oportuno, porque no tenía una directa referencia al respecto ético, y así se prestaba para el uso neutral que hace la ciencia jurídica.

De la misma manera que crimen, *delictum* se aplicó en forma indistinta a orden público y privado, a comienzos del Imperio, probablemente, se comenzó a utilizar con ese significado preciso que hemos señalado, y se acuñó al mismo tiempo la fórmula delictiva privada para diferenciar las dos categorías de infracciones, lo que permitió manifestar de una manera sensible la extensión de *delictum* a los delitos públicos.

De cualquier modo, la creación de estos términos y fórmulas requirió un lento y trabajoso proceso, que por los demás nunca quedó completado en forma total.

Es exactamente la opinión de Mommsen cuando dice sobre este aspecto que " EN EL USO DE LA PALABRA TENEMOS LA PRUEBA DE QUE SE HABÍA SENTIDO EL CARÁCTER UNITARIO DEL DERECHO PENAL LARGO TIEMPO ANTES DE QUE SE VERIFICASE ESTA UNIÓN EXTERIOR. SIEMPRE, SIN EMBARGO, RESULTA SER UN HECHO CARACTERÍSTICO EL DE QUE NO LLEGÓ A ELABORARSE UNA VOZ CIENTÍFICA PARA DENOMINAR EL DELITO, SINO EN ÉPOCA AVANZADA Y DESPUÉS DE LUCHAS Y DIFICULTADES. " (3)

El origen de los *delictum privata*, una de las categorías del *delictum*, es el siguiente: aquellos actos que los romanos no consideraban suficientemente graves como para poner en marcha la *vindicta pública*, estaban integrados entre otras por la especie de los *delicta privata*, actos que tenían cierto carácter de *delictum*, y que permitían al ofendido exigir la reparación del daño y además la aplicación de una pena privada, generalmente pecuniaria.

En cuanto a los elementos del *delictum*, podemos señalar con Mayns:

" 1°. El *animus* o intención que emanaba de la voluntad delictuosa;

2°. El *factum* o hecho punible, efectuación de la voluntad delictuosa. " (4)

Aquí debe hacerse una distinción entre el derecho penal público y privado. En general, el derecho romano castigaba siempre la consumación del hecho punible en sí mismo, sin averiguar nada más que la existencia de aquel y paralelamente de una voluntad delictuosa; no existía, pues, la noción de la tentativa, es decir, la idea de que un hecho consumado puede ser no sólo el hecho mismo tal como se da en la realidad, sino la preparación para otra acción delictuosa posterior.

Pero esto se aplicaba estrictamente al orden penal privado, que se basaba en la idea de una violación de intereses individuales y que reclamaba por eso como consecuencia la reparación integral del daño por parte del delincuente; en este campo del derecho, la tentativa no existía como hecho punible. Sin embargo, dejamos aclarado que los romanos no dejaron de tener en cuenta los actos preparatorios en determinados delitos, a fin de incriminarlos, pero la incriminación era distinta de la acción principal, del delictum, cuya realización se proponía el delincuente con aquellos actos. Así en el delictum de furtum, cuyos actos preparatorios - escalar el domicilio, por ejemplo - eran punibles, pero no en cuanto a tentativa de furtum, sino en sí mismo como delito aparte (en el caso, alteración de la paz doméstica).

Según hemos dicho, esto se aplicaba al orden penal privado, en forma estricta. En cuanto al orden penal público, como se trataba de daños inferidos a la comunidad la noción de delictum, la esfera de lo delictuoso, era muy amplia; desde luego, se exigía, para la consumación del -

delictum, el paso del terreno de las intenciones a la actividad criminal, pero que debía entenderse por actividad delictuosa, es algo que los romanos no expresaron nunca con exactitud y con alcance general.

En la mayoría de los casos, los delicta contra el Estado no eran figuras definidas con precisión, y debieron dejarse al arbitrio del juez o tribunal que entendiera de la causa.

Por eso puede decirse que los delitos contra el Estado se consumaban con cualquier acto que significara en forma más o menos directa, un ataque a la comunidad personificada por el Estado. Dentro de este orden de cosas, la tentativa o comienzo de ejecución de una voluntad delictuosa, era castigada, era el crimen *maistatis*.

El delictum, hecho ilícito castigado por la ley, fue considerado por los romanos como una fuente de obligación civil; de allí la categoría de obligaciones *exdelicto*.

En cuanto a los delicta *privata*, que no afectaban directamente el orden público, daban lugar a una pena pecuniaria (generalmente) que la parte misma afectada perseguía de acuerdo con las reglas del procedimiento civil ordinario; no se hacía la diferencia, hoy corriente, entre acción civil y penal emergente de un delito.

Los delitos públicos daban lugar a una acción especial y a una magistratura también específica. Los procesos tendientes a reprimir los delitos públicos se llamaban *crimina* o *judicia pública*.

B. LA DEFINICION DEL DELITO SEGUN DIVERSOS AUTORES

La palabra delito, implica normalmente una valoración moral, un juicio de desvalor.

Desde el punto de vista jurídico penal, el delito se define como una acción antijurídica y culpable, descrita en un particular tipo legal y declarada punible.

Los alemanes Schonke y Schroder sostienen que -
" ESENCIALMENTE EL DELITO ES LESIÓN DE UN BIÉN JURÍDICO E INFRACCIÓN DEL DEBER ". (5)

Edmundo Mezger habla algo mas neutralmente, valga la expresión del delito, considerandolo como " UN CONFLICTO SOCIAL DENTRO DE LA COMUNIDAD HUMANA ". (6)

Es decir, concibe al delito como el conjunto de los presupuestos de la pena.

Por su parte, Hans Von Henting entiende por delito aquellas " ACCIONES U OMISIONES DE LOS SERES HUMANOS, INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS, QUE LA SOCIEDAD ORGANIZADA HA CUBIERTO CON UNA PROHIBICIÓN ESPECIAL Y GRAVE ". (7)

Una definición muy breve es la que dan Sutherland y Cressey al decir que, " DELITO ES AQUELLA CONDUCTA POR LA QUE SE CONTRAVIENE UNA LEY PENAL ". (8)

El notable maestro Francisco Carrara, define al delito como " LA INFRACCIÓN DE LA LEY DEL ESTADO, PROMUL-

GADA PARA PROTEGER LA SEGURIDAD DE LOS CIUDADANOS, RESULTANTE DE UN ACTO EXTERNO DEL HOMBRE, POSITIVO O NEGATIVO, MORALMENTE IMPUTABLE Y POLÍTICAMENTE DAÑOSO ", (9)

Dentro de los positivistas, destaca Rafael Garófalo, quien nos dá la siguiente definición del delito:
" LA VIOLACIÓN DE LOS SENTIMIENTOS DE PROBIDAD Y DE PIEDAD, EN LA MEDIDA MEDIA INDISPENSABLE PARA LA ADAPTACIÓN DEL INDIVIDUO A LA COLECTIVIDAD ". (10)

Acerca de lo anterior, podemos decir, junto con el maestro mexicano Fernando Castellanos Tena que " LOS AUTORES HAN TRATADO EN VANO DE PRODUCIR UNA DEFINICIÓN DEL DELITO CON VALIDEZ UNIVERSAL PARA TODOS LOS TIEMPOS Y LUGARES, UNA DEFINICIÓN FILOSÓFICA, ESENCIAL. COMO EL DELITO ESTA ÍNTIMAMENTE LIGADO A LA MANERA DE SER DE CADA PUEBLO Y A LAS NECESIDADES DE CADA ÉPOCA, LOS HECHOS QUE UNAS VECES HAN TENIDO ESE CARÁCTER, LO HAN PERDIDO EN FUNCIÓN DE SITUACIONES DIVERSAS, Y AL CONTRARIO, ACCIONES NO DELICTUOSAS, HAN SIDO ERIGIDAS EN DELITOS ". (11)

El delito es algo que sólo toma cuerpo en función del Derecho, pero éste puede ser justo o injusto, sólo el orden jurídico tiene la prerrogativa de establecer que conductas o hechos humanos se califican de delictuosos y cuales no. Es por esto, que con gran acierto el maestro Castellanos Tena, señala la gran dificultad de dar una definición del delito esencial, con validez universal.

C. EL CONCEPTO DEL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO;

El Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal que nos rige, en su artículo 7 establece: " DELITO ES EL ACTO U OMISIÓN QUE SANCIONAN LAS LEYES PENALES ". (12)

Acto y omisión son las dos únicas formas de manifestación de la conducta humana que pueden constituir delito. Ambas constituyen la acción lato sensu, son especies de ésta. El acto o acción strictu sensu es su aspecto positivo y la omisión el negativo.

El acto consiste en una actividad positiva, en un dejar de hacer lo que se debe hacer, en un omitir obediencia a una norma que impone un deber hacer. Ambos son conducta humana manifestación de voluntad que produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, llamado resultado, con relación de casualidad entre aquellos y éste.

El concepto del delito contenido por el citado ordenamiento, proporciona una idea del delito, pero resulta innecesaria pues no desentraña su sentido esencial.

Al respecto Ignacio Villalobos hace la siguiente crítica: " ESTAR SANCIONANDO UN ACTO CON UNA PENA, NO CONVIENE A TODO LO DEFINIDO HAY DELITOS QUE GOZAN DE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA Y NO POR ELLO PIERDEN SU CARÁCTER DELIC - "

TUOSO. NO CONVIENE SOLO A LO DEFINIDO YA QUE ABUNDAN LAS-
 INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS, DISCIPLINARIAS O QUE REVIS -
 TEN EL CARÁCTER DE MERAS FALTAS, LAS CUALES SE HALLAN SAN-
 CIONADAS POR LA LEY CON UNA PENA, SIN SER DELITOS. Y NO
 SEÑALA ELEMENTOS DE LO DEFINIDO, YA QUE ESTAR SANCIONADO
 CON UNA PENA ES UN DATO EXTERNO, USUAL EN NUESTRO TIEMPOS
 PARA LA REPRESIÓN Y POR EL CUAL SE PODRÁ IDENTIFICAR EL DE
 LITO CON MÁS O MENOS APROXIMACIÓN; PERO QUE SEA INHERENTE
 AL MISMO, POR LO TANTO ES ÚTIL DEFINIRLO. UNA IDENTIFICA-
 CIÓN DESCRIPTIVA, PUEDE ACUMULAR DATOS O PROPIEDADES DE
 LAS COSAS DEFINIDAS, PERO ESOS DATOS Y PROPIEDADES HAN DE
 SER TALES QUE RADIQUEN EN EL OBJETO QUE SE DEFINE O SE RE-
 LACIONEN CON EL DE MANERA QUE, A TRAVÉS DEL TIEMPO Y DEL
 ESPACIO, HAYA LA CERTEZA DE QUE ACOMPAÑARÁN NECESARIAMENTE
 A TODOS LOS INDIVIDUOS DE LA ESPECIE DEFINIDA Y, ACUMULA -
 DOS SÓLO CONVENDRÁN A ELLOS. POR LO DEMÁS, DECIR QUE EL
 DELITO ES EL ACTO U OMISIÓN QUE SANCIONAN LAS LEYES PENA -
 LES, SUGIERE DE INMEDIATO LA CUESTIÓN DE SABER PORQUÉ LO
 SANCIONAN O CUAL ES LA NATURALEZA DE ESE ACTO PARA MERECE
 LOS CASTIGOS O LAS SANCIONES PENALES ". (13)

Al decir del maestro Raúl Carrancá y Trujillo de
 lito " ES EL ACTO TÍPICAMENTE ANTIJURÍDICO, CULPABLE, SO-
 METIDO A VECES A CONDICIONES OBJETIVAS DE PENALIDAD, IMPU-
 TABLE A UN HOMBRE Y SOMETIDO A UNA SANCIÓN PENAL ". (14)

Acepción esta que nos da una amplia y generaliza
 da definición del delito.

En ese sentido a juicio del citado jurista las -
 características del delito serían estas: " ACTIVIDAD, ADE
 CUACIÓN TÍPICA, ANTIJURICIDAD, IMPUTABILIDAD, CULPABILI -

DAD, PENALIDAD Y, EN CIERTOS CASOS, CONDICION OBJETIVA DE-PUNIBILIDAD. " (15)

En relación al acto, nos sigue diciendo el Maestro Carrancá y Trujillo, " INDEPENDIENTEMENTE DE LA TIPI-CIDAD, ES MAS BIEN EL SOPORTE NATURAL DEL DELITO; LA IMPU-TABILIDAD ES LA BASE PSICOLÓGIA DE LA CULPABILIDAD, Y LAS CONDICIONES OBJETIVAS SON ADVENTICIAS E INCONSTANTES. POR TANTO LA ESENCIA TÉCNICO-JURÍDICA DE LA INFRACCIÓN PENAL RADICA EN TRES REQUISITOS: TÍPICIDAD, ANTIJURICIDAD Y CUL-PABILIDAD CONSTITUYENDO LA PENALIDAD, CON EL TIPO, LA NOTA DIFERENCIAL DEL DELITO. " (16)

D. LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO.

Manzini señala que " LOS PRESUPUESTOS SE DIVIDEN EN PRESUPUESTOS DEL DELITO Y PRESUPUESTOS DEL HECHO,

PRESUPUESTOS DEL DELITO SON AQUELLOS ANTECEDENTES JURÍDICOS NECESARIOS PARA LA EXISTENCIA DE UN DETERMINADO TIPO DELICTIVO, DE MODO QUE LA FALTA DE UNO DE ELLOS HACE QUE EL HECHO NO PUEDA ADECUARSE A ESTE TIPO, SINO A UNO DISTINTO LOS PRESUPUESTOS DEL HECHO, SON LAS NORMAS DE DERECHO Y OTROS ACTOS JURÍDICOS, EXÍGIBLES PARA LA EXISTENCIA DE DETERMINADO TIPO DELICTIVO ", (17)

E. SISTEMAS PARA ESTUDIAR EL DELITO.

Como sabemos, hay varios sistemas para estudiar al delito, sin embargo, en este estudio nos ocuparemos de dos; el unitario o totalizador y el atomizador o analítico.

Los partidarios de la corriente unitaria o totalizadora ven en el delito un todo orgánico, indivisible, en cambio en el sistema atomizador o analítico se considera al delito formado de partes autónomas, independientes. En efecto dice Antolisei, " EL DELITO PUEDE PRESENTAR ASPECTOS DIVERSOS, PERO NO ES EN MODO ALGUNO FRACCIONABLE SU VERDADERA ESENCIA NO ESTÁ EN CADA UNO DE SUS COMPONENTES, SINO EN EL TODO Y EN SU INTRÍNSECA UNIDAD ", (18)

Para la doctrina analítica o atomizadora, nos comenta el autor citado, está fuera de duda que el delito no debe ser estudiado sólo sintéticamente, como se ha hecho hasta ahora; es decir, en su unidad y en las notas comunes que lo caracterizan sino es menester también proceder a su análisis, esto es, a la individualización y exámen de los elementos que lo componen.

Por nuestra parte, también consideramos que sin el conocimiento integral de la parte, no es posible el conocimiento del todo, sin negar la relación entre ellos.

Acerca de esto, Celestino Porte Petit dice: " RE CONOCEMOS LAS MAS IMPORTANTES CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA ATOMIZACIÓN DEL DELITO SIN PERDER DE VISTA SU UNIDAD, RECORDANDO EL PENSAMIENTO DE PETROCELLI, DE QUE EL ANÁLISIS NO ES LA NEGACIÓN DE LA UNIDAD, SINO ES EL MEDIO PARA REALIZARLA, Y ES ABSURDO HABLAR DE UNA CONSIDERACIÓN UNITARIA QUE NO TENGA POR BASE UNA CONSIDERACIÓN ANALÍTICA. " (19)

De acuerdo con el sistema analítico o atomizador, que como dijimos en nuestra opinión es el indicado para el estudio del delito, se hace referencia a diversas definiciones de diferentes autores, no habiendose logrado unidad en lo que se refiere al número de elementos que lo integran.

Así, la concepción de delito de Petrocelli es tritómica al considerarlo como " UN HECHO ANTIJURÍDICO Y CULPABLE. " (20)

Para Mezger, es tetratómica al sostener que el delito es " LA ACCIÓN TIPICAMENTE ANTIJURÍDICA Y CULPABLE. " (21)

Eugenio Cuello Calón señala cinco elementos esenciales del delito resultando su definición pentatómica: " EL DELITO ES UNA ACCIÓN HUMANA ANTIJURÍDICA, TIPICA, CULPABLE Y PUNIBLE. " (22)

Jimenez de Asúa define al delito como: " EL ACTO TIPICAMENTE ANTIJURÍDICO CULPABLE, SOMETIDO A VECES A CONDICIONES OBJETIVAS DE PENALIDAD, IMPUTABLE A UN HOMBRE Y SOMETIDO A UNA SANCIÓN PENAL. " (23)

Nosotros nos adherimos a la postura de Edmundo Mezger, seguida por el Maestro mexicano Fernando Castellanos Tena, en el sentido de reconocer solamente como elementos esenciales del delito: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, necesitando esta última de la imputabilidad como presupuesto.

El citado penalista no reconoce como elementos esenciales del delito a la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad, al respecto dice: " LA PUNIBILIDAD, MERECIMIENTO DE UNA PENA, NO ADQUIERE EL RANGO DE ELEMENTO ESENCIAL DEL DELITO, PORQUE LA PENA SE MERECE EN VIRTUD DE LA NATURALEZA DEL COMPORTAMIENTO. ADVIERTASE

QUE NO ES LO MISMO PUNIBILIDAD Y PENA; AQUELLA ES CALIDAD-
DE LA CONDUCTA, LA CUAL, POR SU NATURALEZA TIPICA, ANTIJU-
RÍDICA Y CULPABLE, AMERITA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA. ÉSTA
EN CAMBIO, ES EL CASTIGO LEGALMENTE IMPUESTO POR EL ESTADO
AL DELINCUENTE, PARA GARANTIZAR EL ORDEN JERÁRQUICO ES LA
REACCIÓN DEL PODER PÚBLICO FRENTE AL DELITO. "

" AHORA BIEN, UNA ACTIVIDAD (U OMISIÓN) HUMANA
ES SANCIONADA CUANDO SE LE CALIFICA COMO DELITO, PERO
NO ES DELICTUOSA PORQUE SE LE SANCIONE PENALMENTE. EL -
ACTO O LA OMISIÓN SE TIENEN COMO ILÍCITOS PENALES POR CHO-
CAR CON LAS EXIGENCIAS IMPUESTAS POR EL ESTADO PARA LA
CREACIÓN Y LA CONSERVACIÓN DEL ÓRDEN SOCIAL Y POR EJECUTAR
SE CULPABLEMENTE, ES DECIR, CON CONOCIMIENTO DE VOLUNTAD,
MÁS NO ES DABLE TILDARLOS DE DELICTUOSOS POR SER PUNIBLES. "

(24)

Las condiciones objetivas de punibilidad, que -
sólo por excepción son exigidas por el legislador como con
diciones para la imposición de la pena, por lo mismo no
son elementos esenciales.

F. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO.

Ahora bien, no obstante que dijimos que para nosotros, los elementos del delito son: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y no damos ese carácter a la punibilidad y a las condiciones objetivas de punibilidad, para tener una idea completa del delito materia de nuestro trabajo, haremos el estudio de todos los elementos que señalamos.

Para llevar con orden necesario, consideramos adecuado el esquema de Luis Jiménez de Asúa insertado en su obra " LA LEY Y EL DELITO ", en el que contrapone al factor positivo del delito, el negativo.

ASPECTOS POSITIVOS

- 1) Actividad
- 2) Tipicidad
- 3) Antijuricidad
- 4) Imputabilidad
- 5) Culpabilidad
- 6) Condicionalidad
objetiva
- 7) Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

- 1) Falta de acción
- 2) Ausencia de tipo
- 3) Causas de Justificación
- 4) Inimputabilidad
- 5) Inculpabilidad
- 6) Falta de condición
objetiva
- 7) Excusas absolutas

2. LA CONDUCTA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DELITO

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

El delito es antes que nada, una conducta humana, pues precisa del actuar o abstenerse del hombre, pues sin esto no es posible su existencia.

De acuerdo a lo anterior, se desprende que son dos las formas de la conducta a saber; acción y omisión.

La acción es un hacer positivo, es el actuar, el obrar, es todo movimiento humano voluntario encaminado a la producción de un resultado. Por el contrario, la omisión consiste en un no hacer, un abstenerse, en dejar de hacer lo que se tiene que hacer, es una inactividad voluntaria del hombre.

En la conducta negativa (omisión), los delitos suelen dividirse en simple omisión y comisión por omisión.

En la omisión simple basta un no hacer, independientemente de que origina o no un cambio en el mundo externo; los de comisión por omisión si originan un cambio, en los primeros se viola una norma preceptiva y en los segundos, aparte de una preceptiva, se viola una norma prohibitiva.

Cuando la conducta (hacer o no hacer) no requiere de un resultado para configurarse delito, se dice que es un delito formal y cuando el tipo exige de la producción de un resultado, nos encontramos, ante un delito material.

Otra distinción de acuerdo a la conducta es la de delitos unisubsistentes y plurisubsistentes; en los primeros, el delito es de acto único, y los segundos actos multiples.

Además de las anteriores divisiones, por la duración de la conducta, también los delitos se dividen en: instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

En los instantáneos la acción que los consuma se perfecciona en un solo momento; en los instantáneos con efectos permanentes, aparte de la destrucción o disminución del bien jurídico tutelado en forma instantánea, las consecuencias nocivas del mismo permanecen indefinidas.

En el Derecho Positivo Mexicano no se capta el delito continuado. Los distintos autores concuerdan, en el sentido de que el artículo 19 del Código Penal vigente, no se refiere a tal delito, sino al delito permanente, por indicar la ley, (aunque hable de delito contínuo) que es el delito que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, refiriendose esto a la conducta, es decir al acto u omisión.

En orden a la conducta, también se clasifican los delitos en: delitos de lesión y delitos de peligro, los primeros causan una vez consumados, un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente tutelados; los segundos no causan un daño directo, pero si ponen en peligro los bienes objeto de la tutela jurídico penal.

Una clasificación más, en la de delitos de sujeto común, en los que cualquier persona imputable puede actuar, es decir, puede realizar la acción u omisión y los de sujeto cualificado, en los que la Ley señala una calidad ya sea en el sujeto activo como en el pasivo.

A. LA AUSENCIA DE CONDUCTA

En virtud de constituir la conducta un elemento esencial del delito, si esta falta, no hay delito. En otras palabras, la ausencia del hacer o no hacer voluntario del hombre, determina la inexistencia del ilícito penal.

Cualquier causa que anule la conducta, es suficiente para declarar la inexistencia del delito. Nuestro Ordenamiento señala como excluyentes de responsabilidad por falta de conducta en su artículo 15 fracción I, a la fuerza física exterior irresistible, en razón de la cual la conducta se ve anulada, para los efectos del Derecho, en virtud de no existir la voluntad, ha esta ausencia de conducta se le llama vis absoluta.

Otra excluyente que señale nuestro Ordenamiento es la fuerza mayor o vis maior, esta difiere de la vis absoluta en que su procedencia es de la naturaleza, y aquella deriva del hombre.

Aunque la Ley no lo diga en forma expresa, hay excluyentes de naturaleza supralegal, algunos autores mencionan el sueño, el hipnotismo, el sonambulismo y movimientos reflejos, entre otros, independientemente de que si están precisados por el legislador o no, cualquier circunstancia que anule o elimine el elemento esencial del delito, llamado conducta, es suficiente para que no se configure el ilícito penal.

B. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO

Para analizar el delito de ejercicio indebido de servicio público en orden al elemento objetivo (conducta) es necesario transcribir dicho ilícito.

" COMETE EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PÚBLICO, EL SERVIDOR PÚBLICO.

I. EJERZA LAS FUNCIONES DE UN EMPLEO, CARGO O COMISIÓN, SIN HABER TOMADO POSESIÓN LEGITIMA, O SIN SATISFACER TODOS LOS REQUISITOS LEGALES.

II. CONTINUE EJERCIENDO LAS FUNCIONES DE UN EMPLEO, CARGO O COMISIÓN, DESPUES DE SABER QUE SE HA REVOCADO SU NOMBRAMIENTO O QUE SE LE HA SUSPENDIDO O DESTITUIDO.

III. TENIENDO CONOCIMIENTO POR RAZÓN DE SU EMPLEO, CARGO O COMISIÓN DE QUE PUEDEN RESULTAR GRAVEMENTE AFECTADOS EL PATRIMONIO O LOS INTERESES DE ALGUNA DEPENDENCIA O ENTIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL CENTRALIZADA, DEL DISTRITO FEDERAL, ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS, EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIO, ASOCIACIONES Y SOCIEDADES ASIMILADAS A ESTAS Y FIDEICOMISOS PÚBLICOS, DEL CONGRESO DE LA UNIÓN O DE LOS PODERES JUDICIAL FEDERAL O JUDICIAL DEL DISTRITO FEDERAL, POR CUALQUIER ACTO U OMISIÓN Y NO INFORME POR ESCRITO A SU SUPERIOR JERÁRQUICO O LO EVITE SI ESTÁ DENTRO DE SUS FACULTADES.

IV. POR SI O POR INTERPÓSITA PERSONA, SUSTRAI-
GA, DESTRUYA, OCULTE, UTILICE, O INUTILICE ILÍCITAMENTE
INFORMACIÓN O DOCUMENTACIÓN QUE SE ENCUENTRE BAJO SU CUSTO
DIA O A LA CUAL TENGA ACCESO, O DE LA QUE TENGA CONOCIMIEN
TO EN VIRTUD DE SU EMPLEO, CARGO O COMISIÓN.

AL QUE COMETA ALGUNO DE LOS DELITOS A QUE SE RE-
FIEREN LAS FRACCIONES I Y II DE ÉSTE ARTÍCULO, SE LE IMPON
DRÁN DE TRES DÍAS A UN AÑO DE PRISIÓN, MULTA DE TREINTA O
TRESCIENTAS VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL
DISTRITO FEDERAL EN EL MOMENTO DE LA COMISIÓN DEL DELITO Y
DESTITUCIÓN EN SU CASO, E INHABILITACIÓN DE UN MES A DOS
AÑOS PARA DESEMPEÑAR OTRO EMPLEO, CARGO O COMISIÓN PÚBLI -
COS.

AL INFRACOR DE LAS FRACCIONES III Y IV, SE LE -
IMPONDRÁN DOS A SIETE DE PRISIÓN, MULTA DE TREINTA A TRES-
CIENTAS VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL DIS -
TRITO FEDERAL EN EL MOMENTO DE COMETERSE EL DELITO Y DES -
TITUCION E INHABILITACIÓN DE DOS AÑOS A SIETE AÑOS PARA DE
SEMPEÑAR OTRO EMPLEO, CARGO O COMISIÓN PUBLICOS. "

De esta suerte, tenemos que en la fracción prime
ra, el agente requiera de una actividad, de un obrar, de
una acción, quedando descartada la forma negativa de la
conducta en sus dos formas, toda vez que la conducta típi-
ca consiste en " EJERCER " lo cual implica una acción,
un actuar humano.

La fracción segunda también reviste de una actividad del agente, de un obrar, pues la conducta consiste en " CONTINUAR ", refiriéndose a las funciones de su empleo, etc.

En la fracción tercera encuadra la acción y la comisión por omisión. En efecto, en cuanto a la acción el agente en esta hipótesis va a realizar una actividad, pues la conducta consiste en " TENER CONOCIMIENTO " lo cual está indicando claramente que se trata de un hacer, de un actuar, de una acción.

Por lo que se refiere a la comisión por omisión forma negativa de la conducta, el agente " TENIENDO CONOCIMIENTO " de que " PUEDEN RESULTAR GRAVEMENTE AFECTADOS " el " PATRIMONIO O LOS INTERESES DE ALGUNA DEPENDENCIA O ENTIDAD " etc., " POR CUALQUIER ACTO U OMISION Y NO INFORME POR ESCRITO A SU SUPERIOR " etc., violando por esa omisión dos deberes, el de obrar y el de abstenerse apareciendo la forma negativa de la conducta mencionada, o sea la comisión por omisión.

La fracción cuarta del numeral a estudio en orden a la conducta reviste la forma de acción y de omisión, atendiendo a lo señalado en la mencionada fracción la conducta consiste en " SUSTRAER ", " DESTRUIR ", " OCULTAR ", " UTILIZAR " O " INUTILIZAR ", lo cual implica una acción, un actuar humano, una actividad voluntaria.

La omisión en esta hipótesis se da cuando el agente al generarse la conducta, " POR INTERPÓSITA PERSONA " o " PORSSI ", oculte, inutilice ilícitamente información, etc., conforme una inactividad y a su vez hay violación de un deber jurídico de obrar.

Ahora bien, en cuanto a la clasificación de los delitos en formales y materiales, nuestro ilícito a estudio es un delito formal, en virtud de que no se necesita para su integración de un resultado material, bastando la simple actividad o la omisión en su caso.

Atendiendo a la clasificación de los delitos en unisubsistentes y plurisubsistentes, es unisubsistente, ya que es suficiente una conducta esto es, que el funcionario público realiza una de las hipótesis señaladas en cada una de las fracciones del artículo 214 del Código Penal reformado.

Acerca de la cuestión de que si es un delito de peligro o de lesión, se debe de considerar como de peligro, en virtud de que los bienes objeto de la tutela penal, no los lesiona de manera directa o inmediata.

Hablando del aspecto negativo de la conducta en el delito de ejercicio indebido de servicio público, consideramos que no se pueden presentar alguna de las causas que impiden la configuración de la conducta; en efecto a nuestro modo de ver, resultaria necio pretender que la fuerza física exterior irresistible o la fuerza mayor, o

incluso las excluyentes supralegales, fueran la causa de algún ejercicio indebido de servicio público.

3. EL TIPO, LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD.

El artículo 14 de nuestra Constitución establece, " EN LOS JUICIOS DEL ORDEN CRIMINAL QUEDA PROHIBIDO IMPONER, POR SIMPLE ANALOGÍA Y AUN POR MAYORIA DE RAZÓN, PENA ALGUNA SI NO ESTÁ DECRETADA POR UNA LEY EXACTAMENTE APLICABLE AL DELITO ESPECÍFICO ".

De lo anterior se desprende, que solamente las leyes pueden establecer los delitos y las penas en forma precisa, dando lugar al nacimiento del tipo, que es la descripción que el Estado hace de una conducta que se estima delictuosa, en los preceptos legales.

Para que un delito se configura, requiere de una conducta, pero no cualquier conducta, pues se necesita además que sea típica, antijurídica y culpable, si falta uno de estos elementos, por ser esenciales no se configura el delito, en consecuencia si falta la tipicidad no hay delito.

En general los tratadistas distinguen entre ausencia de tipo y atipicidad; la primera existe cuando falta en la ley la descripción de una conducta que debería estimarse delictuosa y la segunda, cuando existiendo un tipo, la conducta no se amolda de un modo exacto, preciso, a la descripción legal.

Ahora bien, hay atipicidad cuando, la conducta no se adecua a lo descrito por el tipo penal y puede ser en los casos siguientes:

- a) Por ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;
- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo;
- d) Al no realizarse el hecho por los medios es pecíficos señalados en la ley;
- e) Si faltan los elementos subjetivos del in - justo legalmente exigidos, y
- f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.

A. CLASIFICACION DE LOS TIPOS.

Los tipos suelen dividirse en: normales y anormales, fundamentales o básicos, simples, especiales, complementados, independientes o autónomos y de formulación precisa así como de formulación casuística.

Los normales son aquellas cuyos elementos son perceptibles por los sentidos, por ejemplo en el homicidio no se requiere de una valoración jurídica o cultural especial para saber si una persona está viva o está muerta, basta poner en juego los sentidos, por el contrario, en los tipos anormales es necesario establecer una valoración, cultural o jurídica. Por ejemplo, en el delito de estupro, en el que se requiere valorar la honestidad, la castidad, la seducción o el engaño.

Mariano Jiménez Huerta expresa que " LOS TIPOS BASICOS CONSTITUYEN LA ESPINA DORSAL DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO. DENTRO DEL CUADRO DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA, EL TIPO BÁSICO EL DE HOMICIDIO DESCRITO EN EL ARTÍCULO 302 ". (25)

Como se ve, son aquellos tipos que fungen como centro o médula de otros tipos con él agrupados.

Los ESPECIALES son aquellos que se forman con un tipo fundamental y además otros requisitos, constituyendo así un nuevo tipo ejem: Parricidio.

Los **SIMPLES** son aquellos que no están en directa relación con otros tipos.

Los **COMPLEMENTADOS** también se integran con el fundamental y una peculiaridad distinta, por ejemplo: homicidio calificado por alevosía, homicidio en riña, etc.

A su vez, los tipos especiales y complementados pueden ser agravados o privilegiados de acuerdo a la menor o mayor entidad del delito.

Son tipos **INDEPENDIENTES O AUTÓNOMOS** aquellos que tienen vida propia, sin depender de ningún otro.

Los de formulación **AMPLIA**, son aquellos en los que se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, pudiendo el sujeto llegar al resultado por distintas vías, como por ejemplo en el robo o en el homicidio.

Los tipos de formulación casuística describen dos o más hipótesis y el tipo se colma con cualesquiera de ellas, en este caso se les denomina alternativamente formados, o bien, se pueden requerir el concurso de todas las hipótesis llamandose entonces acumulativamente formados.

Como ejemplo de los acumulativamente formados podemos mencionar; el delito de vagancia y malvivencia, que requiere para su tipificación, de dos circunstancias no dedicarse a un trabajo sin causa justificada y tener malos antecedentes.

B. EL TIPO, LA TIPICIDAD Y ELEMENTOS DEL TIPO EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

El artículo 214 del reformado Código Penal en vigor para el Distrito Federal y Territorios Federales dispone.

" COMETE EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PÚBLICO, EL SERVIDOR PÚBLICO QUE

I. EJERZA LAS FUNCIONES DE UN EMPLEO, CARGO O COMISIÓN, SIN HABER TOMADO POSESIÓN LEGÍTIMA, O SIN SATISFACER TODOS LOS REQUISITOS LEGALES.

II. CONTINUE EJERCIENDO LAS FUNCIONES DE UN EMPLEO, CARGO O COMISIÓN, DESPUÉS DE SABER QUE SE HA REVOCADO SU NOMBRAMIENTO O QUE SE LE HA SUSPENDIDO O DESTITUIDO.

III. TENIENDO CONOCIMIENTO POR RAZÓN DE SU EMPLEO, CARGO O COMISIÓN DE QUE PUEDEN RESULTAR GRAVEMENTE AFECTADOS EL PATRIMONIO O LOS INTERESES DE ALGUNA DEPENDENCIA O ENTIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL CENTRALIZADA, DEL DISTRITO FEDERAL, ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS, EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIO, ASOCIACIONES Y SOCIEDADES ASIMILADAS A ESTAS Y FIDEICOMISOS PÚBLICOS, DEL CONGRESO DE LA UNIÓN O DE LOS PODERES JUDICIAL FEDERAL O JUDICIAL DEL DISTRITO FEDERAL, POR CUALQUIER ACTO U OMISIÓN Y NO INFORME POR ESCRITO A SU SUPERIOR JERÁRQUICO O LO EVITE SI ESTÁ DENTRO DE SUS FACULTADES.

IV. POR SÍ O POR INTERPÓSITA PERSONA, SUSTRAYA, DESTRUYA, OCULTE, UTILICE, O INUTILICE ILÍCITAMENTE INFORMACIÓN O DOCUMENTACIÓN QUE SE ENCUENTRA BAJO SU CUSTODIA O A LA CUAL TENGA ACCESO, O DE LA QUE TENGA CONOCIMIENTO EN VIRTUD DE SU EMPLEO, CARGO O COMISIÓN.

AL QUE COMETA ALGUNO DE LOS DELITOS A QUE SE REFIEREN LAS FRACCIONES I Y II DE ESTE ARTÍCULO, SE LE IMPONDRÁN DE TRES DÍAS A UN AÑO DE PRISIÓN, MULTA DE TREINTA O TRESCIENTAS VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL EN EL MOMENTO DE LA COMISIÓN DEL DELITO Y DESTITUCIÓN EN SU CASO, A INHABILITACIÓN DE UN MES A DOS AÑOS PARA DESEMPEÑAR OTRO EMPLEO, CARGO O COMISIÓN PÚBLICOS.

AL INFRACTOR DE LAS FRACCIONES III Y IV, SE LE IMPONDRÁN DE DOS AÑOS A SIETE AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE TREINTA A TRESCIENTAS VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL EN EL MOMENTO DE COMETERSE EL DELITO Y DESTITUCIÓN E INHABILITACIÓN DE DOS AÑOS A SIETE AÑOS PARA DESEMPEÑAR OTRO EMPLEO, CARGO O COMISIÓN PÚBLICOS".

La anterior descripción que del ejercicio indebido de servicio público hace el reformado Código Penal, constituye en cada hipótesis el tipo del delito en cuestión.

Por lo que se refiere a la tipicidad en este ilícito, recordando lo que dejamos asentado anteriormente acerca de que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, resulta que en este delito consistiría en que el servidor público continúe ejerciendo funciones a su cargo con el conocimiento a lo preceptuado en las fracciones I, II, III y IV del artículo 214.

Acerca de los elementos del tipo, Raúl Carrancá y Trujillo dice: " COMO ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO NORMAL SE DISTINGUE EN NUESTRO DERECHO, EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO, INDETERMINADAMENTE DENOMINADO POR MEDIO DE LAS EXPRESIONES " EL QUE " O " AL QUE " LA ACCIÓN CON SUS MODALIDADES PROPIAS, DESCRITAS MEDIANTE EL EMPLEO DE UN VERBO Y EN GENERAL CON LAS FÓRMULAS " HAGA O DEJE DE HACER " ESTO O AQUELLO (V.G., FACILITE O PROCURE LA CORRUPCIÓN, ART. 201 C.P.; PRIVE DE LA VIDA (ART. 302 C. P.) Y, POR ÚLTIMO, EL SUJETO PASIVO DEL DELITO O SEA AQUEL SOBRE QUIEN RECAE LA ACCIÓN TÍPICA Y QUE MUESTRA LEY DENOMINA " OTRO ", (ART. 302 C.P.) UN MENOR DE DIECIOCHO AÑOS (ART. 201 C.P.) ETC. ". (26)

Acertadamente el citado penalista sigue diciendo, " EN CIERTOS TIPOS, QUE NO SON NORMALES SINO ANORMALES, LA ACCIÓN VA SEGUIDA DE ESPECIALES MODALIDADES Y EL COMPLEMENTO DE ESPECIALES CALIFICATIVOS; " SIN DERECHO Y SIN CONSENTIMIENTO ", (ART. 367 C. P.); LO QUE CONSTITUYE ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO. A VECES EL SUJETO ACTIVO TAMBIÉN ES CALIFICADO: " UN ASENDIENTE CONTRA UN DESCENDIENTE ", " UN CONYUGE CONTRA OTRO ", ETC. OTRAS VECES SE REFIERE EL TIPO A CIRCUNSTANCIAS DE LA ACCIÓN; " AL QUE

PUBLICAMENTE O FUERA DE RIÑA (ART. 344 FR. I C.P.) ",
 LO QUE INTRODUCE EN EL TIPO ELEMENTOS OBJETIVOS ". (27)

Aunque el núcleo del tipo lo constituye la acción u omisión trascendentes para el Derecho, expresado generalmente por un verbo y excepcionalmente por un sustantivo (atentar, destruir, poseer, vender, traficar, portar, disparar, etc.), son igualmente elementos del tipo todos los procesos, estados, referencias, etc., conectadas a la conducta y que resulten modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal.

Carrancá y Trujillo sigue comentando, " EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS TIPOS, COMO SE VE, LA LEY UTILIZA ELEMENTOS SUBJETIVOS (EN EL ACTIVO O EN EL PASIVO DEL DELITO), OBJETIVOS Y NORMATIVOS (DE VALORACIÓN JURÍDICA O DE VALORACIÓN CULTURAL). EN EL TIPO DE ESTUPRO (ART. 262 C.P.), ES ELEMENTO OBJETIVO LA " CÓPULA ", SON ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL PASIVO " MUJER MENOR DE DIECIOCHO AÑOS " Y NORMATIVOS DE VALORACIÓN CULTURAL " CASTA Y HONESTA ", " SEDUCCIÓN O ENGAÑO ". En el tipo de robo (art. 367 c. p.), es elemento objetivo el " APODERAMIENTO " y son elementos normativos de valoración jurídica " COSA AJENA ", mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley " .

En el tipo del artículo 267 c.p., es elemento subjetivo del activo el propósito de " SATISFACER ALGÚN DESEO ERÓTICO-SEXUAL " o el de " CASARSE ", ETC. " .

Por lo que respecta al sujeto activo, a veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinada, por así decirlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo.

Ello excluye la posibilidad de ejecución de la conducta (acción u omisión) por cualquier sujeto y por tal razón se les ha denominado delitos propios, particulares, para diferenciarlos de los delitos de sujeto común o indiferente.

El sujeto pasivo es la persona o cosa sobre la cual recae el daño o peligro, lo cual la ley exige determinada calidad en dicho sujeto, operándose el fenómeno de la ausencia del elemento típico cuando el sujeto no la reúne y por ende la impunidad de la conducta o del hecho en el especial ámbito del tipo concreto. Son calidades exigidas por la ley, en cuanto el sujeto pasivo, v.g., el ser " ASCENDIENTE " del autor en el parricidio (artículo 323), descendiente en el infanticidio (artículo 325), entre otros.

En cuanto al bien jurídico tutelado, es menester precisarse que es sobre lo cual recae la conducta, es decir, al objeto material o corporal de la acción.

Referencias temporales y espaciales. La punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de

la acción u omisión. Así sucede, por ejemplo, en los artículos 123 (en tiempo de guerra u hostilidades), 325 (muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento), entre otros.

Por cuanto a los medios comisivos. Aun cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. Ello sucede, entre otros casos, en los delitos tipificados por los artículos 265 (cópula obtenida mediante la violencia física o moral), 372 (robo con violencia), etc.

Remontandonos a los efectos del ilícito de ejercicio indebido de servicio público en cuanto a los elementos mencionados queda de la siguiente manera:

Sujeto activo, requiere de una calidad, que realice la conducta típica un servidor público.

Sujeto pasivo, en sentido estricto, es el Estado, en quien recaería el daño o peligro, atendiendo a lo establecido por la fracción III del artículo 214 del reformado Código Penal, que hace mención en la hipótesis a todas las dependencias y entidades que conforman la administración pública del Estado.

Bien jurídico tutelado, el Patrimonio del Estado, pues el sujeto activo al realizar la conducta típica afectaría el patrimonio o los intereses del Estado.

Referente a los elementos temporales y especiales se darían solamente en la fracción III del ilícito a estudio, en virtud de que en esta hipótesis toda vía esta en funciones de su cargo o comisión, en efecto el tiempo y el lugar se dan en cuanto esta todavía en funciones públicas. Quedando descartadas la fracción I así como la II al no contemplar a los mencionados elementos, quedando condicionado el sujeto activo a tales referencias.

En cuanto a si el sujeto activo se vale de algún medio comisivo para la integración del delito, no es dable en la especie, en virtud de que para integrar su conducta, no se vale de algún medio atendiendo a las hipótesis del numeral a estudio.

C. ATIPICIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

Siguiendo la clasificación que anteriormente que dó señalada en el presente caso:

a) Por ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo, en efecto se daría si el sujeto no fuera un servidor público, y en cuanto al pasivo, que no fuera alguna Dependencia o Entidad de las señaladas en la fracción tercera del artículo 214 del reformado ordenamiento penal.

b) Si faltan el objeto material o el objeto ju rídico, en este caso que no existiera algún patrimonio del Estado.

c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.

Atendiendo a la fracción tercera, esta causa de atipicidad se actualizaría cuando el activo ya no este en funciones de carácter públicas ya que desvirtuaría a las referencias de tiempo y espacio.

Finalmente se presentaría la atipicidad en cuanto a no darse algún medio comisivo para la integración de la conducta típica, pero en el presente caso no es dable ningún medio comisivo.

4. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

A. LO ANTIJURIDICO.

Cuando un hecho es contrario a derecho, se dice que es antijurídico, pero esta contradicción al Derecho debe ser en forma objetiva, material, o sea el comportamiento en su fase externa, de no ser así, y por el contrario se atendería a su proceso psicológico causal, nos encontraríamos ante el elemento esencial del delito, llamado culpabilidad, en efecto, como dice Castellanos Tena; " LA ANTIJURÍCIDAD ES PURAMENTE OBJETIVA, ATIENDE SÓLO AL ACTO, A LA CONDUCTA EXTERNA PARA LLEGAR A LA AFIRMACIÓN DE QUE UNA CONDUCTA ES ANTIJURÍDICA, SE REQUIERE NECESARIAMENTE UN JUICIO DE VALOR, UNA ESTIMACIÓN ENTRE ESA CONDUCTA Y LA ESCALA DE VALORES DEL ESTADO. " (29)

Por su parte, para Celestino Porte Petit, " LA CONDUCTA ES ANTIJURÍDICA, CUANDO SIENDO TÍPICA NO ESTÁ PROTEGIDA POR UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN ". (30)

Nosotros nos adherimos a esta concepción, pues todo comportamiento voluntario del hombre, ya sea un actuar, una acción, o un hacer u omisión, que se adecue a la descripción que de un delito hace nuestro Ordenamiento, necesariamente resulta antijurídico, a no ser que tenga una causa de justificación pues existiendo esta, la conducta es irrelevante para el Derecho Penal por faltar el elemento antijuricidad. Por otra parte, para que una conducta o hecho determinado sea considerado como ilícito, es conditio sine qua non, que está tipificado, que esté descrito

en la ley y prohibida u ordenada su ejecución; cumpliendo con estos requisitos será antijurídico.

Consideran a la antijuricidad, como una pieza básica, Puig Peña, Petrocelli y Jiménez Huerta.

La antijuricidad, al decir del Maestro Carrancá y Trujillo, " ES OTRO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO. " (31)

En general, los autores se muestran conformes en que la antijuricidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo antre el hecho del hombre y las normas del Derecho. Es antijurídico una acción cuando contradice las normas del Derecho.

La doctrina se encuentra acorde en considerar a la objetividad del injusto como un juicio de valor acerca de la relación entre el hecho y la norma de Derecho lesionada.

Es necesario advertir, si la división establecida se presenta en el conjunto como un medio útil para el análisis del hecho jurídico, delito, esto de ninguna manera significa, que aquellos elementos individualmente tengan existencia por si mismos, como separados unos de otros, siendo evidente que constituyen una indisoluble unidad. La antijuricidad, es una nota que tiene importancia por sí misma, cada parte del delito y por tanto, bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho, cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos,

para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ello establecidos.

De todo lo anterior se desprende la esencialidad del elemento antijurídico para la configuración del ilícito, ya que si falta dicho elemento, lógicamente no hay delito.

B. LA ANTIJURICIDAD DENTRO DE LA TEORIA DEL DELITO

Son varias las corrientes que subrayan la importancia que la antijuricidad tiene, para la concepción dogmática jurídico penal del delito.

El tratadista Welsel encabeza una corriente de pensamiento, que sostiene " QUE LA ANTIJURICIDAD CONSTITUYE UN CARACTER DEL DELITO ", (32)

Otra corriente considera que la antijuricidad es un aspecto del delito; " ASPECTO " no elemento, ya que no es una parte que se puede desintegrar del todo, se señala a Maggiore como el principal expositor de esta corriente.

Tratadistas como Antolisei, Cuello Calón, Rocco, expresan que la antijuricidad no es, como sostienen otras corrientes doctrinarias, un componente un elemento constitutivo del ilícito. Ella es mucho más, dicen, es " LA ESENCIA MISMA, LA NATURALEZA INTRÍNSECA EN SI DEL DELITO ".

(33)

C. LA ANTIJURICIDAD FORMAL Y MATERIAL

A Franz Von Liszt se debe la elaboración de una estructura dualista de la antijuricidad, en la cual se establece una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material. Para el destacado jurista " LA ACCIÓN ES CONTRARIA AL DERECHO, DESDE UN PUNTO DE VISTA FORMAL EN CUANTO CONSTITUYE UNA TRANSGRECIÓN A LA NORMA DICTADA POR EL ESTADO, CONTRARIANDO EL MANDATO O LA PROHIBICIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO; DESDE UN PUNTO DE VISTA MATERIAL, LA ACCIÓN ES ANTIJURÍDICA CUANDO RESULTA CONTRARIA A LA SOCIEDAD (ANTISOCIAL). " (34)

Esta concepción dualista ha sido admitida por unos tratadistas y negada por otros.

Al efecto el profesor Cuello Calón comenta, " QUE LA REBELDÍA CONTRA LA NORMA JURÍDICA CONSTITUYE LA ANTIJURICIDAD FORMAL Y EL DAÑO O PERJUICIO SOCIAL CAUSADO POR ESA REBELDÍA ES LA ANTIJURICIDAD MATERIAL. " (35)

Ignacio Villalobos sobre el particular escribe; " EL ORDEN JURÍDICO, NECESARIO PARA LA CONSTITUCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA SOCIEDAD COMO TAL, SUPONE UN CONJUNTO DE NORMAS DE NECESIDAD MORAL CUYO QUEBRANTAMIENTO DAÑA O PONE EN PELIGRO LA TRANQUILIDAD, LA JUSTICIA, LA SEGURIDAD Y EL BIÉN COMÚN; ESTAS NORMAS FORMAN UN ACERVO EQUITATIVO DE OBLIGACIONES Y DERECHOS A QUE TODOS NOS HALLAMOS LIGADOS Y DE TODOS PODEMOS DISFRUTAR. LA VIOLACIÓN DE ESAS OBLIGACIONES O EL ATAQUE A ESOS DERECHOS, EL ATENTADO CONTRA ESAS NORMAS JURÍDICAS, ES LO QUE TIENEN EL CARÁCTER DE AN-

TIJURICIDAD MATERIAL, PORQUE VIOLA INTERESES VITALES DE LA ORGANIZACIÓN SOCIAL; INTERESES QUE AL SER PROTEGIDOS POR LA ESTRUCTURA JURÍDICA CONSTITUYE UNA INSTITUCIÓN O UN BIEN JURÍDICO, Y POR ESO SE DICE, QUE UNA SOCIEDAD ORGANIZADA JURÍDICAMENTE O UN ESTADO, EL ANTIJURÍDICO MATERIAL O CONTENIDO MATERIAL DE LA ANTIJURÍDICA CONSISTE EN LA LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DE LOS BIENES JURÍDICOS O DE LOS INTERESES JURÍDICOS PROTEGIDOS, O EN EL SOLO ATENTADO CONTRA EL ORDEN INSTITUIDO POR LOS PRECEPTOS LEGALES. EN TODO PRECEPTO LEGAL VA IMPLICITA UNA NORMA, Y AÚN EL LENGUAJE USUAL, TOMANDO EL CONTINENTE POR EL CONTENIDO Y VICEVERSA, HACE SINÓNIMOS LOS TÉRMINOS DE LEY Y NORMA JURÍDICA ASÍ, LA INFRACCIÓN DE LAS LEYES SIGNIFICA UNA ANTIJURICIDAD FORMAL, POR LA VIOLACIÓN DEL PRECEPTO POSITIVO DERIVADO DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO Y UNA ANTIJURICIDAD MATERIAL, POR EL QUEBRANTAMIENTO DE LAS NORMAS QUE LA LEY INTERPRETA, O DE LOS INTERESES SOCIALES QUE UNA Y OTRA RECONOCEN Y AMPARAN. " (36)

D. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Son aquellas condiciones que pueden eliminar la antijuricidad de una conducta no obstante ser típica.

Anteriormente se asentó que cualquier factor que represente un aspecto negativo del delito lo nulifica, este es el caso de las causas de justificación, pues al existir éstas faltas uno de los elementos esenciales del delito, que es la antijuricidad.

Ahora bien en el caso de la antijuricidad debido a su carácter formal, en virtud de que lo antijurídico lo establece la ley expresamente, lógicamente, las causas de justificación también formalmente las debe establecer la ley, diferenciándose de los restantes elementos del delito, pues en éstos sí caben las eximentes supralegales, no siendo así en la antijuricidad.

En resumen para que se integren las causas de justificación, tienen que estar declaradas y reconocidas expresamente por la legislación, siendo ésta, el único medio de eliminar o neutralizar la antijuricidad.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en oposición al Derecho y sin embargo, no sea antijurídica por existir alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de lo contrario al Derecho, v. gr; un hombre priva de la vida a otro, su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del Código Penal vigente y sin embar-

go puede no ser antijurídica, si obra en legítima defensa, por estado de necesidad, etc.

Se reconoce como causas de justificación a las siguientes:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad. (Si el bien salvado es de más valía que el sacrificado).
- c) Cumplimiento de un deber.
- d) Ejercicio de un derecho.
- e) Obediencia jerárquica. (Si el inferior está legalmente obligado a obedecer).
- f) Impedimento legítimo.

A continuación haremos un breve resumen sobre cada una de ellas, sin entrar a la polémica que causan dentro de la Teoría del Delito.

Siguiendo el orden en que aparecen en la Ley, la primera es la legítima defensa que se encuentra definida en la fracción III del artículo 15 del Código Penal vigente.

" OBRAR EL ACUSADO EN DEFENSA DE SU PERSONA, HONOR O DE SUS BIENES, O DE LA PERSONA, HONOR O BIENES DE OTROS, REPELIENDO UNA AGRESIÓN ACTUAL, VIOLENTA, SIN DERECHO, Y DE LA CUAL RESULTA UN PELIGRO INMINENTE, A NO SER

QUE SE PRUEBE QUE INTERVINO ALGUNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS SIGUIENTES:

- 1) QUE EL AGREDIDO PROVOCÓ LA AGRESIÓN, DANDO CAUSA INMEDIATA Y SUFICIENTE PARA ELLA.
- 2) QUE PREVIÓ LA AGRESIÓN Y PUDO FÁCILMENTE EVITARLA POR OTROS MEDIOS LEGALES.
- 3) QUE NO HUBO NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO EN LA DEFENSA.
- 4) QUE EL DAÑO QUE IBA A CAUSAR EL AGRESOR ERA FACILMENTE REPARABLE DESPUÉS POR MEDIOS LEGALES O ERA ANTERIORMENTE DE POCA IMPORTANCIA, COMPARADA CON EL QUE CAUSÓ LA DEFENSA.

LA LEGÍTIMA DEFENSA DEBE CONTENER LOS SIGUIENTES ELEMENTOS DE FUNDAMENTALES PARA QUE PUEDA EXISTIR COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN:

AGRESIÓN

- A) DEBE SER ACTUAL, EN EL MOMENTO MISMO DE LA DEFENSA.
- B) DEBE SER VIOLENTA.
- C) DEBE SER SIN DERECHO ALGUNO.
- D) DEBE SER DE TAL GRAVEDAD QUE RESULTE UN PELIGRO INMINENTE DE DAÑO;

REACCIÓN

- E) DEBE SER PARA LA PERSONA, HONOR, BIENES PROPIOS O DE UN TERCERO.
- F) DEBE SER EN EL MOMENTO MISMO DE LA AGRESION QUE SUFRE.
- G) DEBE NO HABER PROVOCADO LA AGRESIÓN, DANDO CAUSA INMEDIATA Y SUFICIENTE PARA ELLO;

DAÑO

- H) NO DEBE SER EL DAÑO CAUSADO POR LA DEFENSA MAYOR, QUE EL QUE SE IBA A CAUSAR POR EL ATAQUE.
- I) EL DAÑO QUE SE INTENTO CAUSAR NO ERA REPARABLE POR OTRO MEDIO.

La AGRESIÓN es la conducta ofensiva que trata de lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos.

La REACCIÓN se llama también contra ataque o defensa.

El estado de necesidad lo define el Maestro Raúl Carrancá y Trujillo " COMO EL PELIGRO ACTUAL O INMEDIATO PARA BIENES JURÍDICAMENTE PROTEGIDOS, QUE SOLO PUEDE EVI -

TARSE MEDIANTE LA LESIÓN DE BIENES TAMBIEN JURÍDICAMENTE PROTEGIDOS, PERTENECIENTES A OTRA PERSONA. " (37)

Aún se discute en la doctrina la naturaleza jurídica del estado de necesidad; para precisarla es indispensable distinguir si los bienes en conflicto son de igual o diferente valor. Si el sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación, pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuricidad, sino por función de una causa de inculpabilidad, tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera alguna excusa absolutoria. Esto lo estudiaremos en el capítulo referente al aspecto negativo de la culpabilidad.

El estado de necesidad está consagrado en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal que dice:
" LA NECESIDAD DE SALVAR LA PROPIA PERSONA O SUS BIENES, O LA PERSONA O BIENES DE OTRO DE UN PELIGRO REAL, GRAVE E INMINENTE, SIEMPRE QUE NO EXISTA OTRO MEDIO PRACTICABLE Y MENOS PERJUDICIAL. "

Los elementos del estado de necesidad pueden que dar resumidos en tres:

- a) Una necesidad de salvar bienes jurídicamente protegidos.

- b) Un peligro real e inminente
- c) Los medios que el sujeto lleva a cabo para salvar estos bienes, sean propios o ajenos.

EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER es otra causa de justificación, la encontramos en el artículo 15 fracción V del Código Penal vigente que dice: " OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO CONSIGNADO EN LA LEY. "

Dentro de estas hipótesis (derecho o deber) pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidos con motivo del ejercicio de corregir.

Esta causa de justificación exige una relación inmediata entre la ley y el sujeto que realiza la conducta.

En pocas palabras diremos que todo aquello que obedezca a la aplicación y ejecución de la ley, sin importar el carácter que tenga, estará justificado.

Por lo que se refiere a la obediencia jerárquica, preceptuada en la fracción VII, artículo 15 del Código Penal en vigor se expresa: " OBEDECER A UN SUPERIOR LEGÍTIMO EN EL ORDEN JERÁRQUICO AUN CUANDO SU MANDATO CONSTITUYA UN DELITO, SI ESTA CIRCUNSTANCIA NO ES NOTORIA SI SE PRUEBA QUE EL ACUSADO LA CONOCIA. "

El IMPEDIMENTO LEGÍTIMO es la última causa que la ley justifica. La fracción VIII artículo 15 del Código Penal establece: " CONTRAVENIR LO DISPUESTO EN LA LEY PENAL DEJANDO DE HACER LO QUE MANDA, POR UN IMPEDIMENTO LEGÍTIMO. "

Consiste esta causa de justificación en dejar de hacer lo mandado, porque lo impide otra norma jurídica de mayor jerarquía. Al igual que las anteriores justificantes, emerge una vez más en ésta el principio del interés preponderante; por impedir el actuar una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción. Opera cuando el sujeto teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmandose en consecuencia, un tipo penal.

Como se puede ver, siempre se va a tratar de un comportamiento omisivo, se deja de actuar por un motivo justificado.

E. LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

Siempre que una conducta humana en sus dos manifestaciones (acción u omisión) coincida con un tipo penal, es antijurídica, con sus excepciones claro está en el delito de ejercicio indebido de servicio público, siempre que la conducta se ajuste a lo que exige el artículo 214 del reformado Código Penal en vigor, será antijurídico, salvo en el caso que haya una causa de justificación.

F. CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

Terminantemente se sostiene que no opera en el presente caso la legítima defensa ni el estado de necesidad. Es increíble que se presenta un caso en el cual un servidor público con la finalidad de repeler una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente para sí o para un tercero, tenga que ejercer o continuar funciones que no le corresponden.

En el estado de necesidad en el que el bien salvado es superior jerárquicamente al bien sacrificado, tampoco se justifica en el delito de ejercicio indebido de servicio público en ocasión de que el bien jurídico tutelado es la seguridad pública, resulta difícil encontrar un bien superior a éste.

En cuanto al cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, atento a lo dispuesto en la **FRACCIÓN PRIMERA** del numeral a estudio no son dable estas justificantes, en virtud de que el activo no ha tomado posesión legítima ni satisfecho los requisitos del cargo o comisión; por lo que no cumple deberes ni ejerce derechos consignados en la ley.

En la **FRACCIÓN SEGUNDA** se puede dar el caso en el que el sujeto activo al continuar ejerciendo las funciones de su empleo, cargo o comisión, después de que se ha revocado su nombramiento o se le ha suspendido o destituido, pero es el caso de que no se le avise fehacientemente y siga realizando o ejerciendo funciones, cumple con su deber, ejerciendo un derecho, siendo por ende justificable el proceder del agente en esta hipótesis.

En la **FRACCIÓN TERCERA** el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho no encajan; pues que derecho se puede pretender o qué cumplimiento de un deber para afectar el patrimonio o los intereses del Estado.

En la **FRACCIÓN CUARTA** tampoco son dable estas justificantes, pues el sujeto activo no cumple con su deber ni mucho menos ejerce un derecho ni por si ni por interpósita persona; pues en la especie, el sustraer, destruir, ocultar, etc., lo que en realidad efectúa con su conducta es incumplir con su deber contrariando al Derecho.

En cuanto a la obediencia jerárquica, pensamos que no puede presentarse en el caso descrito por la fracción primera, porque el sujeto activo al conocer de que una orden es ilícita y sin obligación de acatarla, teniendo poder de inspección y la cumple es responsable de su conducta sabedor de que no puede ejercer funciones públicas sin haber satisfecho los requisitos legales.

En la fracción segunda tampoco es dable, porque al continuar ejerciendo funciones después de saber que se le ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido, el activo si recibe una orden que es ilícita conociéndola y sin obligación de acatarla, será igualmente responsable.

Por cuanto a la fracción tercera a nuestro juicio, se puede dar el caso de que un servidor público (sujeto activo) obedezca a un superior legítimo (debidamente reconocido en la ley) y en ejercicio de sus funciones realice algún acto u omisión que puedan constituir ilícitos.

En efecto, en la hipótesis señalada del artículo a estudio, el inferior informa por escrito a su superior de que pueden surgir tales afectaciones constituyendo ilícitos, pudiendolo evitar por ese medio; por lo que es justificable su actitud.

En la fracción cuarta, se puede dar el caso de que obedeciendo a su superior jerárquico (interpósita persona) realiza la conducta constituyendo un delito, por causas del mandato recibido; a sabiendas de que tales

circunstancias constituyen ilícitos. Justificandose el activo por tales circunstancias.

La última de las causas de justificación en el delito a examen es el **IMPEDIMENTO LEGÍTIMO**; en la fracción primera, pensamos que no se presenta, en virtud de que el activo se lo impide una disposición jurídica de mayor jerarquía, en efecto, al no ejercer funciones sin tomar posesión legítima, o sin satisfacer todos los requisitos legales previos al empezar a desempeñar funciones públicas.

En el caso de la fracción segunda pensamos que tampoco encuadra esta justificante por dos razones:

- a) Reviste la conducta activa, no omisiva y
- b) Porque no existe ningún mandato legal, ni tampoco se ha dejado de hacer, por impedirlo otra disposición de mayor jerarquía jurídica.

Tampoco es dable en la fracción tercera, porque el sujeto activo al tener conocimiento de que pueden resultar afectados el patrimonio o los intereses de las dependencias y no informa a su superior ni lo evite dentro de sus facultades, no actúa con un motivo justificado.

En la fracción cuarta tampoco podría presentarse, pensamos, pues sería contrario a una sanalógica, ac

tuar por un motivo justificado al sustraer, ocultar, utilizar, etc., información o documentación bajo su custodia, ya sea por sí o por interpósita persona.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

1. Mommsen, T. El derecho penal romano. Tomo I. Ed. La España Moderna. 1931., pág. 10.
2. Op. cit., pág. 6.
3. Op. cit., pág. 13.
4. Maynz. Curso de derecho romano. Tomo I. Ed. La España Moderna., 1968., págs. 63 - 64.
5. Schonke-Schroeder. Sf Gb. Kommentar. 8a., Ed., Municha, pág. 4.
6. Mezger, E. Tratado de derecho penal., 2a. Ed. Madrid. S.F.T.I. pág. 162.
7. Mezger, E. Kriminologie., Munich. 1951. pág. 3.
8. Principales of Criminologie. 5a. Ed. Chicago. 1955., pág. 4
9. CFR. Carrara, F., citado por Castellanos Tena F. Lineamientos elementales de derecho penal. Ed. Porrúa. 10a. Edición. 1976., págs. 125 - 126.
10. CFR. Garófalo, R. citado por Castellanos Tena F., Op. cit., pág. 126.

11. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Op. cit., pág. 133.
12. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, 26. Ed., Ed. Porrúa., México. 1974.
13. Villalobos, I. Derecho penal mexicano. Ed. Porrúa., México, 1976, págs. 201 - 202.
14. Carrancá y Trujillo, R. Derecho penal mexicano. Ed. Porrúa., México., 13^a Ed. 1976, pág. 213.
15. Idem.
16. Ibid, págs. 213 - 214.
17. Manzini, V. Tratado de derecho penal, Parte general. Ed. Argentina, T.I.I., pág. 37.
18. Antolisei, F. Manuale di diritto penale, 3a. Ed., Milán, 1955, pág. 143.
19. Porte Petit, C., C. Apuntes de la parte general del derecho penal, 3a. Ed., Ed. Porrúa, México., 1977 pág. 241.
20. Petrocelli, B. La antijuricidad. UNAM, México, 1963 pág. 12 (Trad. José Luis Pérez Hdez.).

21. Mezger, E. Tratado de derecho penal. Op. cit., pág. 156.
22. Cuello Calón, E. Derecho penal. Editora Nacional, 9a. Ed., México, 1973, pág. 260.
23. Jiménez de Asúa, L. La ley y el delito Ed. Sudamericana. 9a. Ed. 1979., pág. 206.
24. Castellanos Tena, F. Lineamientos elementales de derecho penal. Op. cit., págs. 130 - 131.
25. Jiménez Huerta, M. La tipicidad. Ed. Porrúa. México. 1955., pág. 77.
26. Carrancá y Trujillo, R. Derecho penal mexicano. Op. cit., pág. 301.
27. Ibid., págs. 301 - 302.
28. Ibid., pág. 302.
29. Castellanos Tena, F. Lineamientos elementales de derecho penal. Op. cit., pág. 176.
30. Porte Petit C., C. Apuntamientos de la parte general del derecho penal. Op. cit., pág. 484.
31. Carrancá y Trujillo, R. Derecho penal mexicano. Op. cit. pág. 253.

32. CFR. Welsel, H. citado por Carrancá y Trujillo R., Op. cit. pág. 252
33. CFR. Antolisei, Cuello Calón, Rocco., citados por Carrancá y Trujillo, R., Op. cit., pág. 253.
34. Von Liszt, F. Tratado de derecho penal. Tomo I. Madrid. 1926 (Trad. Luis Jiménez de Asúa)., pág. 325.
35. Cuello Calón, E. Derecho penal. Op. cit., pág. 311
36. Villalobos, I. Derecho penal mexicano. Op. cit. págs., 258 - 259
37. Carrancá y Trujillo, R. Derecho penal mexicano. Op. cit. pág. 427

C A P I T U L O I V

1. LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

- A. LA IMPUTABILIDAD.
- B. LA INIMPUTABILIDAD.
- C. LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

2. LA CULPABILIDAD.

- A. CLASES DE CULPABILIDAD.
- B. LA INCULPABILIDAD
- C. LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.
- D. LA INCULPABILIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

3. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

- A. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.
- B. LA PUNIBILIDAD.
- C. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.
- D. LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

4. LA CONSUMACION.

- A. EL INTER CRIMINIS.
- B. LA TENTATIVA.
- C. LA PARTICIPACION.

1. LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

A. LA IMPUTABILIDAD.

Anteriormente quedo establecido que el delito es antes que nada una conducta humana voluntaria, que coincide con la descripción que hace el Código dando lugar a la tipicidad y objetivamente contraria a los bienes objeto de la tutela jurídica, de donde resulta la antijuricidad, no quedando otro elemento que analizar mas que el subjetivo, es decir, la culpabilidad con la cual se integra la noción completa del delito.

Ahora bien, para ser culpable, se requiere la capacidad de querer y entender, es decir, la imputabilidad. Esta constituye un presupuesto indispensable de la culpabilidad, su ausencia impide que se configure el delito por faltar la base necesaria del elemento subjetivo.

Por ello, hay que distinguir que cuando está presente la capacidad del sujeto y falta la culpabilidad se habla de inculpabilidad.

Se le ha definido como el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales del autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

Al respecto, Carrancá y Trujillo dice: " QUE ES IMPUTABLE QUIEN POSEE, AL TIEMPO DE LA ACCIÓN, LAS CONDICIONES PSÍQUICAS EXIGIDAS, ABSTRACTA E INDETERMINADAMENTE POR LA LEY, PARA PODER DESARROLLAR SU CONDUCTA SOCIALMENTE; TODO EL QUE SEA APTO E IDÓNEO JURÍDICAMENTE PARA OBSERVAR UNA CONDUCTA CONFORME A LAS EXIGENCIAS DE LA VIDA EN SOCIEDAD HUMANA. " (1)

La imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental. Son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales; generalmente el desarrollo mental se relaciona con la edad.

Un concepto intimamente ligado a la imputabilidad es el de responsabilidad, que significa la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a Derecho, si obra culpablemente; los fallos judiciales suelen concluir con esa declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso, señalando la pena respectiva.

De la responsabilidad resulta una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obra culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

B. LA INIMPUTABILIDAD

Las causas de inimputabilidad las señala el Código Penal en el artículo 15 fracciones III y IV. La fracción II establece que es excluyente de la responsabilidad, " HALLARSE EL ACUSADO, AL COMETER LA INFRACCIÓN, EN UN ESTADO DE INCONSCIENCIA DE SUS ACTOS, DETERMINADO POR EL EMPLEO ACCIDENTAL E INVOLUNTARIO DE SUSTANCIAS TÓXICAS, EM - BRIAGANTES O ESTUPEFACIENTES O POR UN ESTADO TOXINFECCIOSO AGUDO O POR UN TRASTORNO MENTAL INVOLUNTARIO DE CARÁCTER PATOLÓGICO Y TRANSITORIO ". Por su parte, la fracción IV expresa, " EL MIEDO GRAVE O EL TEMOR FUNDADO E IRRESISTIBLE DE UN MAL INMINENTE Y GRAVE EN LA PERSONA DEL CONTRAVENTOR O LA NECESIDAD DE SALVAR SU PROPIA PERSONA O SUS BIENES O LA PERSONA O BIENES DE OTRO, DE UN PELIGRO REAL, GRAVE E INMINENTE, SIEMPRE QUE NO EXISTA OTRO MEDIO PRACTICABLE Y MENOS PERJUDICIAL " .

Los comentaristas de nuestro Código Penal anotan otra causa legal de inimputabilidad, a saber, los estados permanentes de inconsciencia regulados en el artículo 68 que señala; " LOS LOCOS, IDIOTAS, IMBÉCILES, O LOS QUE SUFRAN CUALQUIERA OTRA DEBILIDAD, ENFERMEDAD O ANOMALÍA MENTALES, Y QUE HAYAN EJECUTADO HECHOS O INCURRIDO EN OMISIONES DEFINIDAS COMO DELITOS, SERÁN RECLUIDOS EN MANICOMIOS O EN DEPARTAMENTO ESPECIALES, POR TODO EL TIEMPO NECESARIO PARA SU CURACIÓN Y SOMETIDOS, CON AUTORIZACIÓN DE FACULTATIVO A UN RÉGIMEN DE TRABAJO.

En forma igual procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los terminos que determine el Código de Procedimientos Penales ".

Acercas de la minoría de edad, desde un punto de vista estrictamente legal, los menores de dieciocho años son inimputables por disposición del artículo 119 del Código Penal que dispone: " LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS QUE COMETAN INFRACCIONES A LAS LEYES PENALES, SERAN INTERNADOS POR EL TIEMPO QUE SEA NECESARIO PARA SU CORRECCIÓN EDUCATIVA ". En la doctrina bien puede ser que estos sujetos sean capaces de entender y de querer.

Respecto de la fracción II del artículo 15 del Código Penal pueden desprenderse diversas situaciones:

- a) Inconsciencia por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes.
- b) Inconsciencia motivada por tox infecciones.
- c) Inconsciencia por trastornos mentales de carácter patológico.

a) Cuando por el empleo de una sustancia tóxica, v. gr., quinina, yodoformo, atropina, ácido salicílico, etc., se produce una intoxicación que provoca un estado de inconsciencia patológica, las acciones que en tal estado se ejecutan no son propiamente del sujeto, sino puede decirse que le son ajenas. Pero si la intoxicación ha sido procurada por el sujeto mismo, voluntaria o deliberada-

mente, para que se produzca un determinado resultado, se estará en el caso de una acción libre en su causa, aunque determinada en sus efectos; y si no fue deliberada, sino imprudente o culposa, se estará en la posibilidad de la imputación culposa.

Respecto a la embriaguez, sólo habrá inimputabilidad, cuando sea plena y accidental, involuntaria; en todos los demás casos subsistirá la responsabilidad.

b) Por el padecimiento de algunas enfermedades de tipo infeccioso o microbiano, a veces sobrevienen trastornos mentales, como en el tifo, la tifoidea, la rabia o la poliomielitis. En estos casos el sujeto enfermo puede llegar a la inconsciencia. El juzgador debe auxiliarse de especialistas para resolver lo conducente y al efecto, necesita tomar en cuenta los dictámenes de médicos y psiquiatra, para precisar si los trastornos han llegado al extremo de producir estados de inconsciencia que impondrán al sujeto para conocer y querer libremente.

La fracción IV del artículo 15 del Código Penal vigente contiene la causa de inimputabilidad llamada miedo grave.

" EL MIEDO GRAVE O EL TEMOR FUNDADO E IRRESISTIBLE DE UN MAL INMINENTE Y GRAVE EN LA PERSONA DEL CONTRAVENTOR. "

En el precepto anterior se habla de miedo grave y de temor fundado. Para nosotros solo el miedo grave constituye una causa de inimputabilidad, es decir, no el simple miedo, sino uno que sea grave, que impide el libre raciocinio del sujeto que la experimenta.

El miedo grave se dice que se origina en la imaginación del sujeto, es producto de una causa interna va de adentro hacia fuera.

El temor en cambio obedece a una causa externa, va de fuera para adentro. Podemos agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo, es posible tener a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad, afecta la capacidad o aptitud psicológica. También en estos casos, los dictámenes médicos y psiquiátricos son de gran importancia para el juzgador.

La sordomudez, como causa de inimputabilidad, la encontramos descrita en el artículo 67 del Código Penal, mismo que a continuación transcribimos.

" A LOS SORDOMUDOS QUE CONTRAVENGAN LOS PRECEPTOS DE UNA LEY PENAL SE LES RECLUIRÁ EN ESCUELA O ESTABLECIMIENTO ESPECIAL PARA SORDOMUDOS, POR TODO EL TIEMPO QUE FUESE NECESARIO PARA EDUCACIÓN O INSTRUCCIÓN. "

El artículo no escapa a la crítica, si no distingue a los sordomudos por nacimiento y los que enfermaron después, cuando ya estaban formados o se hallaban en formación. El dispositivo supone, erróneamente, que sólo es causa de la delincuencia en los sordomudos la falta de educación o instrucción y bien puede haber un sordomudo culto y educado que cometa delitos. Además no se resuelve la situación del sordomudo que siendo ya instruido realice un hecho penalmente tipificado, porque la internación carecería de objeto.

Por lo que respecta a los menores de edad y para terminar con el tema de las causas de inimputabilidad solo nos resta decir que, la ley penal ciertamente fija un límite de dieciocho años, por considerar a los menores de esa edad una materia dúctil, susceptible de corrección.

Carrancá y Trujillo expresa " MODERNAMENTE YA NO SE DISCU TE LA COMPLETA ELIMINACION DE ÉSTOS (REFIRIENDOSE A LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS) DE LA LEY PENAL, DEDICÁNDOSE- LES TAN SÓLO MEDIDAS CORRECTIVAS Y EDUCADORAS, EN UNA PALA BRA MEDIDAS TUTELARES ". (2)

Actualmente es el Consejo Tutelar para Menores Infractores, quien promueve la readaptación social de los menores de dieciocho años, mediante el estudio de su personalidad y señalando medidas correctivas y de protección, interviene igualmente en la vigilancia del tratamiento respectivo.

C. LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

En el delito a estudio, para la integración de la culpabilidad es necesario, de acuerdo con los conceptos antes vertidos, demostrar la imputación o imputabilidad del sujeto partícipe en la consecución del delito.

Todo individuo (mayor de dieciocho años) con salud psíquica, es decir, poseedor del mínimo de salud y desarrollo mentales para poder autodeterminarse, es capaz de culpabilidad en el delito que nos ocupa.

Sólo operando algún factor suficientemente idóneo para anular la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), no habrá delito; en otra parte quedó debidamente esclarecido que si bien la imputabilidad no es elemento autónomo, su ausencia impide la integración del delito por faltar el presupuesto indispensable de la culpabilidad.

En la especie es dable admitir como causas de inimputabilidad y, por ende, excluyentes de responsabilidad, los estados de inconsciencia transitorios a que se refiere la fracción II del artículo 15 del Código Penal en vigor, para las hipótesis que comprende el artículo 214 a estudio.

En cuanto a la edad requerida no opera en el caso que se nos presenta en virtud de que el sujeto activo al ejercer funciones públicas deberá tener la edad requerida o sea la mayoría de edad.

2. LA CULPABILIDAD

Con el objeto de entender el elemento culpabilidad, es necesario tomar partido por alguna de las dos principales corrientes acerca de tal elemento: la psicológica y la normativa.

Para la primera, la culpabilidad radica en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor de una conducta típica y antijurídica, dando por supuesta la imputabilidad.

Nuestro Ordenamiento parece aceptar el psicologismo al precisar en el artículo número 8 que los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o de imprudencia.

Para la segunda corriente la culpabilidad es un juicio de reproche a una motivación del sujeto.

Afiliandonos a la corriente psicológica si hemos de tomar la Ley positiva como un dogma, base de estudio e investigación, por ser la corriente captada en nuestro Ordenamiento penal.

A. CLASES DE CULPABILIDAD.

Tres son las formas de la culpabilidad: dolo, culpa y preterintención.

El dolo se ha definido como el actuar, conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Por otra parte, se dice que hay culpa o imprudencia de acuerdo a la terminología de nuestro Ordenamiento Penal, siempre que el sujeto obre u omita sin tomar en cuenta las providencias indispensables para no lesionar a los demás, mas el resultado previsible y penalmente tipificado, adviene por su conducta descuidada.

Suele también hablarse de la preterintención en el caso de que el resultado sobrepase a la intención del agente. Algunos autores dicen que en esta figura existe dolo en cuanto al evento deseado y culpa con relación al efectivamente surgido.

La teoría del Delito señala como elementos del dolo, a los intelectuales y a los afectivos.

La Escuela Clásica pugnaba porque el dolo era la suma de dos factores: la voluntad de ejecutar la conducta y la conciencia de que ésta era contraria al Derecho.

La Escuela Positivista postula que la definición dada por la escuela clásica es superficial porque, para aquella, el dolo requiere, para su existencia de tres elementos: una voluntad, una intención y un fin determinado. En el elemento intelectual, el sujeto es conciente jurídico es el concepto de relación entre el sujeto activo y la conducta o hecho antijurídico, por tanto, el elemento del dolo no es más que la conciencia de haber violado el deber establecido.

Unido a este elemento intelectual está el del conocimiento de que la conducta o hecho que se pretende, se haya tipificado en la ley como delito.

De acuerdo a las definiciones que mencionamos, para que una conducta o hecho sea considerada como dolosa es " *CONDITIO SINE QUA NON* " que exista una voluntad de realización, una representación de las consecuencias y por último un móvil de ejecución de la misma. La escuela positiva dió a luz la teoría de los motivos con la pretensión de fundamentar el dolo con absoluta independencia de las doctrinas de la voluntad y de la representación.

La clasificación del dolo de acuerdo a la teoría del delito, aunque no existe una aceptación general es la siguiente:

Dolo directo, es aquel en que el sujeto ha previsto como seguro el resultado, penalmente tipificado, de su conducta o hecho y la ha querido. Hay voluntariedad de la conducta y querer del resultado.

Dolo indirecto, cuando el resultado excede a la previsión y a la voluntad de causación del agente.

Se describe esta especie de dolo al expresar, que el que quiere un hecho del que se sigue, como su propia e inmediata consecuencia, un determinado resultado, in directamente quiere también éste.

Dolo eventual, existe cuando el agente representa como posible un resultado delictuoso y a pesar de tal representación no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado, esto no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.

Dolo indeterminado, existe éste cuando hay la in tención de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial.

Nuestro Código Penal vigente, en el artículo 8 divide a los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia. En el artículo 9 establece la presunción *juris tantum* de dolo.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I. Que no se propuso perjudicar a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño.

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión que consistió el delito, o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia y por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado.

III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla.

IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso.

V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93.

La culpa, es la segunda forma de la culpabilidad. El maestro Raúl Carrancá y Trujillo la define como " LA NO PREVISIÓN DE LO PREVISIBLE Y EVITABLE QUE CAUSA UN DAÑO ANTIJURÍDICO Y PENALMENTE TIPIFICADO ". (3)

Para el tratadista Eugenio Cuello Calón: " EXISTE CULPA CUANDO SE OBRA SIN INTENCIÓN Y SIN DILIGENCIA DEBIDA, CAUSANDO UN RESULTADO DAÑOSO, PREVISIBLE Y PENADO POR LA LEY. " (4)

Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.

Los elementos de la culpa son:

a) Una conducta o hecho conciente y voluntario que inicialmente es lícito, pero sin la intención de causar un resultado antijurídico.

b) Que la conducta o hecho voluntario se realice sin tomar las cautelas o precauciones exigidas por la ley para evitar resultados dañosos y que son comunes a todos los hombres.

c) Los resultados deben ser previsibles y evitables, y estar tipificados penalmente.

d) Debe existir una relación (nexo causal) entre la conducta o hecho inicial y el resultado. Si el resultado es querido o aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa.

Las clases de culpa suelen dividirse en:

Culpa conciente, con previsión o con representación, existe ésta, cuando el agente a previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá.

Como ejemplo se puede citar el de un automovilista que desea llegar a un lugar determinado y sabe que a su auto le funcionan mal los frenos, no obstante de presentarse la posibilidad de un percance, impulsa veloz su máquina con la esperanza de no producir tal percance, etc.

Culpa inconciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible penalmente tipificado. Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

El tercer caso o forma de la culpabilidad es la preterintención, se dice que es un dolo que va más allá de la intención, se producen efectos más allá de los previstos, se excede en la previsión y voluntad del sujeto, ejemplo: el agente golpea a otro sin ánimo homicida, pero a consecuencia de las lesiones sobreviene la muerte. El hecho es intencional pero la intención ha sido superada por el resultado.

B. LA INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, opera al hallarse ausentes los elementos de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.

Las causas de inculpabilidad de acuerdo a la corriente psicológica son: el error y la violencia moral o coacción.

Nuestro Código Penal no reglamenta el error de Derecho, y en cuanto al error de hecho, señala un caso en la fracción VI del artículo 15 y otro en la fracción VII. La fracción VI señala como excluyente de responsabilidad, " EJECUTAR UN HECHO QUE NO ES DELICTUOSO SINO POR CIRCUNSTANCIAS DEL OFENDIDO SI EL ACUSADO LAS IGNORABA CULPABLEMENTE AL TIEMPO DE OBRAR; COMO SE NOTA ES UN CASO DE IGNORANCIA Y NO PROPIAMENTE DE ERROR ",

Aparte de las causas de inculpabilidad que expresamente reglamenta nuestro Ordenamiento, existen otras que aunque no están reglamentadas es dable extraerlas del Código, en este caso nos hallamos a las eximentes putativas que ha decir de Castellanos Tena: " SON AQUELLAS SITUACIONES EN LAS QUE EL AGENTE, POR UN ERROR ESENCIAL DE HECHO INSUPERABLE CREE FUNDADAMENTE, AL REALIZAR UN HECHO TÍPICO DEL DERECHO PENAL, HALLARSE AMPARADO POR UNA JUSTIFICANTE, O EJECUTAR UNA CONDUCTA ATÍPICA, PERMITIDA, LÍCITA, SIN SERLO. " (5)

El citado autor nos señala entre otras eximentes putativas, la legítima defensa putativa, el estado necesario putativo, el deber y derechos legales putativos.

C. LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

Una vez demostrada la realización del comportamiento típico e imputable del agente, aparece la culpabilidad en forma plenaria, siempre a título doloso en el caso estudiado y nunca culposamente, atenta la descripción del tipo contenido en el artículo 214, " COMETE EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO, EL SERVIDOR PÚBLICO QUE:

A) EJERZA FUNCIONES, QUE LAS SIGA CONTINUANDO EJERCIENDO, A SABIENDAS QUE HA SIDO DESTITUIDO O REVOCADO SU NOMBRAMIENTO, ETC.

B) TENIENDO CONOCIMIENTO DE QUE PUEDEN AFECTAR LOS INTERESES DE ALGUNA DEPENDENCIA O ENTIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL CENTRALIZADA, ETC.

DE LO QUE RESULTA SI EL PROPÓSITO DEL SERVIDOR ES POR FUERZA DE UNA MANERA DELICTUOSA, INDISCUTIBLEMENTE EL TIPO EN CUESTIÓN RECHAZA LA COMISIÓN CULPOSA ".

Por otra parte, se debe de considerar indispensablemente el dolo directo, es decir, ha de querer el servidor público la comisión de ilícitos como finalidad primaria, no en forma indirecta o eventual.

En efecto el sujeto activo en las hipótesis del artículo 214 a estudio, al realizar su conducta típica y antijurídica ha previsto como seguro el resultado, existe voluntad y querer el resultado, pues al ejercer funciones de un empleo sin haber tomado posesión legítima (entendiéndose sin tener función del cargo) y aun más sin satisfacer todos los requisitos legales.

Eminentemente quiere ese resultado voluntariamente y lo realiza, encuadrando la forma dolosa de la culpabilidad, en forma por demás directa.

Igualmente en la hipótesis de la fracción segunda, el agente al continuar ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión " DESPUES " de que se le revocó, suspendió o destituyó su nombramiento de servicio público, y lo siga continuando, su conducta típica y antijurídica, encuadra también la forma dolosa directa de la culpabilidad.

Por lo que respecta a las fracciones III y IV del mencionado artículo, la culpabilidad del activo, es por demás dolosa en su clasificación directa, pues al tener conocimiento de que pueden resultar afectados el patrimonio o los intereses de la dependencia o entidad a su cargo, omite hacerlo por cualquier acto no informado por escrito a su superior y mas aun, no lo evite si esta dentro de sus facultades. Asimismo en la última hipótesis por sí o por interpósita persona sustrae, oculta, utilice, o inutilice ilícitamente información o documentación bajo su

custodia y haga mal uso de ella, su conducta es dolosa, pues tiene directa relación previendo al realizar tales situaciones un resultado.

Desechándose las otras clasificaciones del dolo en este caso ha estudio.

D. LA INCULPABILIDAD EN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención y la voluntad, por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminatoria de alguno o de ambos debe ser considerada como causa de inculpabilidad. En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo), atendiendo a la corriente psicológica, de la cual estamos adheridos.

Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los factores o de ambos.

Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta, el obrar en tales condiciones revela la falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que el mismo se propone realizar. Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento, en el error se conoce, pero se conoce mal, la igno

rancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

El error se divide en error de hecho y de Derecho. El de hecho se clasifica en esencial y accidental: el accidental abarca, aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti.

El error de Derecho no produce efectos de eximente porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación.

La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

Por lo que respecta a la inculpabilidad en nuestro delito a estudio se podrá dar esta en las hipótesis de las fracciones primera y segunda del artículo 214, en virtud de que el agente ejerza funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima o sin satisfacer todos los requisitos legales, así como el continuar ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de que ha sido revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido, pudiéndose dar el caso en el que un inferior reciba el mandato de un superior de que ejerza funciones, o que las continúe ejerciendo a pesar de no satisfacer los requisitos legales para el desempeño de funciones, o que se le ha revocado su nombramiento, o suspendido o destituido de él, y si ese desconocimiento es esencial e insuperable, invencible, se configura una inculpabilidad a virtud de un error esencial de hecho, aun cuan

do el inferior posee el poder de inspección, el superior lo habilita a ejercer funciones o continuarlas.

En la fracción tercera se puede dar el caso de inculpabilidad de la coacción sobre el elemento volitivo o emocional, pues en la especie el sujeto activo teniendo conocimiento de la afectación del patrimonio o los intereses de alguna dependencia de la administración pública federal centralizada, etc., por cualquier acto u omisión no informe a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades, se dara la inculpabilidad mencionada, cuando el inferior en su cargo o comisión recibe ordenes del superior jerárquico de no dar el correspondiente aviso ni mucho menos evitar las afectaciones si está dentro de sus posibilidades, es evidente que el inferior, conociendo la ilícitud del mandato y pudiendose rehusar u obedecer, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias, integrandose por ende la inculpabilidad.

En la fracción cuarta se dará en la hipótesis comprendida, el caso de un inferior cuando reciba un mandato ante la amenaza de sufrir graves consecuencias al no realizarlo; en efecto, el activo por interpósita persona (superior jerárquico), sustrae, destruye, oculte, utilice, o inutilice ilícitamente información o documentación que se encuentre bajo su custodia o a la cual tenga acceso o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión, dandose el caso así de una inculpabilidad de la coacción sobre el elemento volitivo o emocional en la especie.

3. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

A. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Anteriormente dejamos establecido que los elementos esenciales del delito son: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, sin embargo también la imputabilidad, la condicionalidad objetiva y la punibilidad. Asimismo declaramos antes que la imputabilidad es un presupuesto necesario de la culpabilidad mas no constituye un elemento esencial del delito.

Acerca de las condiciones objetivas de punibilidad podemos decir que se trata de circunstancias que la ley requiere excepcionalmente para la imposición de las penas al delincuente, pero, tampoco constituyen un elemento esencial del delito.

En nuestro ilícito a estudio la ley no requiere para la punición de ninguna condición objetiva por lo que lógicamente es irrelevante para el delito de ejercicio indebido de servicio público.

B. LA PUNIBILIDAD.

Punibilidad es merecimiento de penas a virtud de un obrar o de un abstenerse determinados, de donde se engendra una amenaza, formulada por el Estado mediante sus normas para quienes las infringen y esto no es sino el ejercicio estatal del ius puniendi. También se toma por punibilidad, impropriamente, la consecuencia de aquella conminación, o sea la acción específica de imponer a los delincuentes las penas correspondientes y en este sentido se confunde con el hecho de aplicar las sanciones, con la punición misma, la cual no es otra cosa que el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa..

C. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

El aspecto negativo de la punibilidad lo constituyen las llamadas excusas absolutorias, que son aquellas circunstancias tomadas en cuenta por el legislador para declarar no punibles ciertos delitos, obedeciendo esto a razones de política criminal.

D. LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO
DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PUBLICO.

En el delito de ejercicio indebido de servicio público no opera excusa absolutoria alguna, una vez cometido el delito se debe imponer la sanción correspondiente que consiste en prisión de tres días a un año de prisión y multa de treinta o trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, independientemente de la pena que corresponde a los delitos, esto por lo que respecta a los infractores de las fracciones I y II del artículo 214 del reformado Código Penal.

En cuanto a los infractores de las fracciones III y IV, se le impondrán de dos años a siete de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal y a su vez, destitución e inhabilitación de su cargo, empleo o comisión públicos, por igual tiempo en las sanciones cometidas.

Para terminar diremos que esta delito debido a su penalidad, que es benigna, permite la libertad provisional mediante fianza, asimismo este delito en cuanto a la forma de persecución es de oficio.

4. LA CONSUMACION.

A. EL ITER CRIMINIS.

El delito desde que nace en la mente del hombre hasta su consumación, recorre un camino, el camino del crimen que se le denomina el " ITER CRIMINIS ".

Este proceso o ruta que sigue el delito tiene dos faces, la interna que abarca tres etapas que son: la idea criminosa o ideación, la deliberación y la resolución. La otra fase llamada externa abarca la manifestación, preparación y ejecución.

Fase interna, abarca tres periodos o etapas: ideación, deliberación y resolución.

Idea criminosa o ideación, en la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

Deliberación. Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

Resolución. A esta etapa corresponde la intención de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito, pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente.

Fase externa. Comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca: manifestación, preparación y ejecución.

Manifestación. La idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto.

La manifestación no es incriminable.

Por excepción existen figuras de delitos cuyos tipos se agotan con la sola manifestación ideológica. El artículo 282 del Código Penal sanciona al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, en su honor o en sus derechos, etc., la manifestación consume o tipifica el ilícito, normalmente, sin embargo, no integra delito.

Preparación. Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Dice Jiménez de Asúa " QUE LOS ACTOS PREPARATORIOS NO CONSTITUYEN LA EJECUCIÓN DEL DELITO PROYECTADO, PERO SE REFIEREN A ÉL EN LA INTENCIÓN DEL AGENTE ". (6)

Ejecución. El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación. Si llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal.

B. LA TENTATIVA

La tentativa son los actos ejecutivos, encaminados a la realización de un delito, si este no se realiza por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Francisco Javier Ramos Bejarano aclara " QUE ES PREFERIBLE NO HACER REFERENCIA SOLO A EJECUCIÓN, PORQUE PU DIERA TOMARSE EL VOCABLO EN SU SENTIDO Estricto Y ENTONCES NO COMPRENDERIA LAS OMISIONES, EN LAS CUALES SIN DUDA, TAM BIÉN ES DABLE LA TENTATIVA ". Define esta como " LA EJE- CUCIÓN O INEJECUCION (EN SU CASO) DE ACTOS ENCAMINADOS A LA REALIZACIÓN DE UN DELITO, SI NO SE CONSUMA POR CAUSAS INDEPENDIENTES DEL QUERER DEL AGENTE ". (7)

Hay diversas formas de tentativa, la tentativa acabada o delito frustrado que es cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecu- ta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. La otra forma es la tentativa inacabada o delito intenta - do, donde se verifican los actos tendientes a la produc - ción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge, hay una incompleta ejecución.

El artículo 12 del Ordenamiento penal que nos rige señala: " LA TENTATIVA ES PUNIBLE CUANDO SE EJECUTAN HECHOS ENCAMINADOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE A LA REALIZA - CIÓN DE UN DELITO, SÍ ESTE NO SE CONSUMA POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AGENTE.

PARA IMPONER LA PENA DE LA TENTATIVA, LOS JUECES TENDRAN EN CUENTA LA TEMIBILIDAD DEL AUTOR Y EL GRADO A QUE SE HUBIERE LLEGADO EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO " .

Se sostiene categóricamente que en el delito de ejercicio indebido de servicio público no es admisible la tentativa en ninguna de sus formas, por causas bien sean del sujeto activo omite algo o por causas ajenas no se produce resultado alguno.

C. LA PARTICIPACION

La participación consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad. Si por el contrario el tipo requiere de varios individuos para delinquir, nos hallamos ante los delitos llamados plurisubjetivos o de concurso necesario.

Dentro de la participación en algunos casos precisa de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención.

Doctrinariamente se les denomina como autores solo a quienes material y psicológicamente son causa del hecho típico, de donde resultan los autores materiales y los autores intelectuales.

Autor principal es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso, así como a los que inducen, compelen o prestan auxilio o cooperación se les denomina coautores.

Es el caso a estudio, en las hipótesis de las fracciones I y II del artículo 214, al sujeto activo ejecutor por sí del ilícito se le denominará autor, ya que el realiza la conducta típica.

Igualmente en la fracción tercera, pues el agente realiza una actividad u omisión, no necesitando la participación de mas agentes.

En cuanto a la fracción cuarta, el activo requerirá de la participación, pues cometerá el ilícito cuando por si o " POR INTERPÓSITA " persona, sustraiga, destruya, oculte, utilice, o inutilice, etc., participando con otro y por tal circunstancia recibirá el nombre en esa participación de coautor.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

1. Carrancá y Trujillo, R. Derecho penal mexicano, Ec. Porrúa. México. 1976., pág. 309.
2. Ibid., pág. 655.
3. Ibid., pág. 333.
4. Cuello Calón, E. Derecho penal, 9a. Ed. Editora Nacional. México. 1970., pág. 393.
5. Castellanos Tena, Fernando. La " punibilidad y su ausencia ". Revista Crimimalia No. 6, jun., 1960.
6. Jiménez de Asúa, L. La ley y el delito. Ed. Sudamericana. 9a. Ed. 1979., pág. 471.
7. Ramos Bejarano, F.J. " La tentativa inacabada ". Revista de la Facultad de Derecho. México, Tomo XVI., pág. 64, ene-mar., 1964.

C O N C L U S I O N E S

I. La fuente u origen del delito estudiado, es decir, del delito de ejercicio indebido de servicio público, lo encontramos debido a una aspiración de renovación moral de la Sociedad, para prevenir y sancionar la eventual corrupción de los servidores públicos en nuestro País.

II. Nuestro Derecho Positivo, ha tipificado el delito de ejercicio indebido de servicio público, que puede desempeñar un papel satisfactorio por lo que respecta al objeto de la tutela jurídica que es la seguridad pública.

III. El antecedente del delito de ejercicio indebido de servicio público lo constituye las reformas y adiciones al Título Décimo del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales a iniciativa del actual Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos (PERIODO DE 1982 - 1988), dichas reformas y adiciones se turnaron a la Comisión de Justicia de la H. Cámara de Diputados para efectos de su estudio y aprobación, mismas que con fecha 27 de Diciembre de 1982 fueron aprobados, originando que con fecha 5 de Enero de 1983, fueron publicadas las reformas y adiciones en el Diario Oficial de la Federación, para efectos de la iniciación de su vigencia.

IV. La ubicación del delito de ejercicio indebido de servicio público en nuestro Ordenamiento Penal, es correcta, pues lo ubica el legislador entre los delitos contra la seguridad pública, siendo efectivamente lesionada esta con la existencia de ejercer funciones indebidas del servicio público.

V. En los anales históricos del Derecho Penal en México, existen remotos antecedentes del mal manejo del erario público por parte de los servidores públicos. Ahunados a los incipientes y rudimentarios vestigios culturales jurídicos existentes en las épocas antiguas.

VI. Existiendo dos grandes culturas que sobresalen por su estado de Civilización, la Azteca y la Maya. En cuanto a la Azteca se advierte que la Ley Azteca era brutal, y en consecuencia debían adoptar una conducta social aceptable y adaptable, en vista de que las sanciones para el que infringía la ley eran dignas de temerse. Refiriéndose a la cultura Maya esta en los perfiles que tenía su derecho, era mas sensitiva un sentido más humano y no inquisitivo. Considerando a estas dos culturas como incipientes antecedentes del mal manejo del erario público por parte de los funcionarios públicos.

VII. En cuanto a la época colonial se puede decir que se encontró un trasplante de las leyes españolas a territorio mexicano, un filtro por el cual pasó la cultura europea y española. Preexistiendo Recopilaciones, Derecho

Supletorio (Fuero Real, Partidas, Ordenamientos, Ordenanzas, etc.). Con relación a la época independiente se puede decir que con la época colonial se reafirmaron y originaron una legislación mas ordenada y sistematizada en el Derecho Penal dando origen así a una gradual legislación positiva hasta nuestros días.

VIII. El concepto de Funcionario y Empleado público es establecido en la ley, dividiendo a su vez en dos clases: trabajadores de confianza y trabajadores de base. Los trabajadores de confianza son aquellos cuyo nombramiento o ejercicio requiere la aprobación expresa del Presidente de la República, y los de base aquellos que no tienen ese requisito y serán inamovibles.

IX. Señalandose que para los trabajadores o empleados de confianza no le es aplicable la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

X. La función pública se integra con el conjunto de deberes, derechos y situaciones que se crean entre el Estado y sus funcionarios o empleados.

XI. La administración pública ha de ser atendida por funcionarios o empleados públicos, con los diferentes grados, facultades y denominaciones de acuerdo a su Ley especial, El Presupuesto de Egresos de la Federación y las Leyes Administrativas Complementarias.

XII. El concepto de funcionario atiende una designación legal, el carácter de permanencia, retribución, relación jurídica, facultad de decisión y de ordenar y en carácter representativo.

XIII. Las obligaciones cívicas materiales relacionadas con el acceso a la función pública son: nacionalidad, edad, sexo, moralidad del empleado, servicio militar obligatorio, aptitud física.

XIV. El Funcionario y Empleado público están subordinados a la Ley. Y a su debido cumplimiento, la responsabilidad en la función pública es la obligación en que se encuentra el servidor del Estado que a infringido la ley, por haber cometido un delito o falta o bien por haber causado un daño o pérdida, y estos deben ser reprimidos para mantener una eficaz y justa administración.

XV. La conducta en el delito de ejercicio indebido de servicio público consiste en su fracción primera en " EJERCER " lo cual implica una acción, un actuar humano, en la segunda fracción la conducta consiste en " CONTINUAR ", implicando una acción, en la fracción tercera consiste la conducta del agente en " TENER CONOCIMIENTO " lo cual indica que se trata de un hacer, de un actuar, de una acción, y de la forma de comisión por omisión forma negativa de la conducta consiste en " TENER CONOCIMIENTO ". Por lo que se refiere a la fracción cuarta en orden a la conducta reviste la forma de acción y de omi -

sión consistiendo en " SUSTRAER ", " DESTRUIR ", " OCULTAR " O " INUTILIZAR " lo cual implica una acción, un actuar humano. La omisión en esta hipótesis se da cuando el agente al generarse la conducta se da " POR INTERPOSITA PERSONA " O " POR SI ".

XVI. El delito de ejercicio indebido de servicio público es un delito formal, en virtud de que no se necesita para su integración de un resultado material, bastando la simple actividad o la omisión en su caso.

XVII. Atendiendo a la clasificación de los delitos en unisubsistentes y plurisubsistentes, es unisubsistente, ya que es suficiente una conducta esto es, que el funcionario público realiza una de las hipótesis señaladas en cada una de las fracciones del artículo 214 del Código Penal reformado.

XVIII. Es un delito de peligro, en virtud de que los bienes objeto de la tutela penal, no los lesiona de manera directa o inmediata, con relación al daño que causa.

XIX. Por su duración, el delito de ejercicio indebido de servicio público es un delito permanente. Por su persecución es perseguible de oficio.

XX. No son operantes en el delito de ejercicio indebido de servicio público como ausencia de conducta, ni la vis absoluta, ni la vis maior, ni los movimientos reflejos, ni las excluyentes supralegales.

XXI. En cuanto al tipo, los elementos de este quedan de la siguiente manera: sujeto activo, requiere de una calidad en este ilícito, que realice la conducta típica un servidor público. El sujeto pasivo, en sentido estricto es el Estado, en quien recaería el daño o peligro, atendiendo a lo establecido por la fracción III del artículo 214 del reformado Código Penal, que hace mención en la hipótesis a todas las dependencias y entidades que conforman la administración pública del Estado. Bien jurídico tutelado, el Patrimonio del Estado, pues el sujeto activo al realizar la conducta típica afectaría el Patrimonio o los intereses del Estado.

En cuanto a los elementos temporales y espaciales, se darían solamente en la fracción III del ilícito a estudio, en virtud de que en esta hipótesis, el activo está en funciones de su cargo o comisión, en efecto el tiempo y el lugar se dan en cuanto está todavía en funciones públicas. No es dable algún medio comisivo para la interpretación del delito.

XXII. En el delito de ejercicio indebido de servicio público como causas de justificación no operan en el presente caso la legítima defensa ni el estado de necesidad. En cuanto al cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho no es dable en la fracción primera, porque no cumple deberes ni ejerce derechos consignados en la ley. En la fracción segunda si se puede dar esta justificante, sería dable el caso que el activo ejerza funciones de su cargo y al no avisarle fehacientemente, cumple con su deber, ejerciendo un derecho. En cuanto a la fracción tercera no se da ésta, pues que derecho se puede pretender para afectar el Patrimonio o los intereses del Estado. En la fracción cuarta tampoco son dables estas justificantes, pues el activo en la especie, el sustraer, destruir, ocultar, etc., lo que en realidad afecta con su conducta es incumplir con su deber contrariando al Derecho. Por lo que respecta a la obediencia jerárquica, no se da en el presente caso ni en la fracción primera ni en la segunda. Por cuanto a la fracción tercera, se puede dar el caso en el que el activo, obedezca a un superior legítimo (debidamente reconocido en la ley) y en ejercicio de sus funciones realice algún acto u omisión que puedan constituir ilícitos. En la fracción cuarta, puede operar en el caso de que diciendo a su superior jerárquica (interpósita persona) realiza la conducta, por causas del mandato recibido. En cuanto al impedimento legítimo no se presenta en ninguna de las hipótesis del delito a estudio, por los efectos de impedirle al sujeto activo una disposición jurídica de mayor jerarquía.

XXIII. El delito de ejercicio indebido de servicio público puede cometerse únicamente en forma dolosa.

XXIV. Por lo que respecta a la inculpabilidad en el delito o estudio se podrá dar esta en las hipótesis de las fracciones primera y segunda, pudiendose dar el caso en el que un inferior reciba el mandato de un superior de que ejerza funciones, o que las continúe ejerciendo a pesar de no satisfacer los requisitos legales para el desempeño de funciones, o que se le ha revocado su nombramiento, o suspendido o destituido de él, y si ese desconocimiento es esencial e insuperable, invencible, se configura una inculpabilidad a virtud de un error esencial de hecho, aun cuando el inferior posee el poder de inspección, el superior lo habilita a ejercer funciones o continuarlas. En la fracción tercera se puede dar el caso de inculpabilidad de la coacción sobre el elemento volitivo o emocional, pues en la especie el activo, tiene conocimiento de afectar el patrimonio o los intereses de alguna dependencia administrativa federal, por cualquier acto u omisión no informe a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades, se dara la inculpabilidad mencionada, cuando el inferior en su cargo o comisión recibe ordenes del superior jerárquico de no dar el correspondiente aviso ni mucho menos evitar las afectaciones si está dentro de sus posibilidades, es evidente que el inferior, conociendo la ilícitud del mandato y pudiendose rehusar u obedecer, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias, integrandose por ende la culpabilidad. En la fracción

cuarta se dará la inculpabilidad de la coacción sobre el elemento volitivo o emocional en la especie, atendiendo a lo preceptuado en la hipótesis en cuestión.

XXV. En nuestro ilícito a estudio la ley no requiere para la punición de ninguna condición objetiva por lo que lógicamente es irrelevante para el delito de ejercicio indebido de servicio público.

XXVI. En el delito de ejercicio indebido de servicio público no opera excusa absolutoria alguna, una vez cometido el delito se debe imponer la sanción correspondiente.

XXVII. Se sostiene que en el delito de ejercicio indebido de servicio público no es admitible en ninguna de sus formas la tentativa, por causas bien sean del sujeto activo omite algo o por causas ajenas no se produce resultado alguno.

XXVIII. En cuanto a la participación, el sujeto activo en el caso a estudio, en las hipótesis I y II, se le denominará autor, ya que el realiza la conducta típica, al igual que en la fracción III. Por lo que se refiere a la fracción IV, el activo requerirá de la participación, pues cometerá el ilícito, por sí o por interpósita persona, participando con otro y por tal circunstancia recibirá el nombre en esa participación de coautor.

LEGISLACION CONSULTADA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
México. 1976.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.
México. 1970.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS E INICIATIVA PRESIDENCIAL.
H. Cámara de Diputados (Comisión de Justicia)
México. 1982.

LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO.
México. (D.O. del 28 de Diciembre de 1963.)