

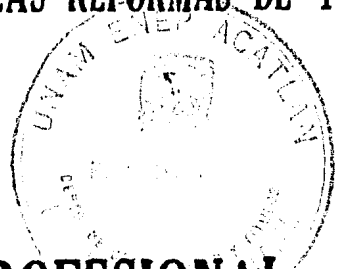
2-22-86



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ACATLAN

EL DELITO DE PECULADO COMENTARIOS A LAS REFORMAS DE 1982.



TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el Título de

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta

HECTOR ANTONIO ROSELLON DIAZ



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.

EL DELITO DE PECULADO

COMENTARIOS A LAS REFORMAS DE 1982

	PAGINA
PROLOGO	3
CAPITULO I	EL DELITO DE PECULADO
	A) Consideraciones doctrinales 6
	B) Tratamiento del delito de peculado en la Legislación Mexicana. 15
	C) Fundamento Constitucional 22
CAPITULO II	DIFERENTES CLASES DE PECULADO
	A) Reformas al Código Penal del 30 de diciembre de 1982. 30
	B) Peculado de apoderamiento 34
	C) Peculado de uso 38
CAPITULO III	CLASIFICACION DEL DELITO DE PECULADO
	A) En orden a la conducta 42
	B) En orden al resultado 46
	C) En orden al tipo 53
CAPITULO IV	ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL PECULADO
	A) Actividad y falta de acción. 64
	B) Tipicidad y ausencia de tipicidad 67
	C) Antijuricidad y causas de justificación 84

	D) Imputabilidad y causas de imputabilidad.	89
	E) Culpabilidad y causas de inculpabilidad.	91
	F) Punibilidad.	96
CAPITULO V	ELEMENTOS DEL TIPO	
	A) Presupuestos de la conducta	102
	B) Elemento tfpico objetivo y referencias exigidas por el tipo.	108
	C) Sujeto activo	112
	D) Sujeto pasivo	
	E) El objeto material	
CONCLUSIONES		121
EPITOME		124
BIBLIOGRAFIA		128

P R O L O G O

Entre más novedosas funciones asuma el Estado, necesariamente resulta un incremento considerable de los servidores públicos, quienes tendrán una responsabilidad oficial en la misma medida de su amplio o reducido campo de atribuciones y facultades.

Ello implica el aumento excesivo del peligro de posibles desviaciones en el proceder oficial, con el riesgo de aplicar la función pública, en vez de a la comunidad, a intereses propios o de grupo, siendo fuente entonces de enriquecimientos ilícitos.

En este marco, nuestra Constitución Política, ha considerado como un efectivo sistema para impedir tal actuar ilícito la exigencia legal de responsabilidad mediante tres mecanismos.

Uno, la promulgación de leyes que establezcan figuras delictivas conforme a los rigurosos requerimientos constitucionales.

Otro, la creación de tribunales que gocen de idónea competencia, es decir, que legal y materialmente estén habilitados de conocer y exigir responsabilidad a cualquier funciona-

rio independientemente de su jerarquía.

Finalmente, el establecimiento de un efectivo sistema de fiscalía que reúna las condiciones necesarias para que el acusador no se inhiba de hacerlo por temor a represalias de parte de los acusados.

Indirectamente, el primero de estos mecanismos es motivo del presente trabajo mediante el particular y directo análisis del delito de peculado.

Figura clásica del ilícito actuar de un representante -- del gobierno, el concepto de peculado ha resentido una continua evolución en su connotación, girando ésta siempre en la -- grave falta que representa la infidelidad a un poder delegado por el Estado --entendido éste como la colectividad--, o bien, -- a la fractura que tal conducta ocasiona al patrimonio considerado público.

Precisamente, esta evolución confirma la aparición de diferentes condiciones de vida individual y social, resultantes, a su vez, de nuevos hechos, fuerzas e ideas que alteran en forma dinámica la conceptualización del hecho y momento en que debe considerarse que el agente falta a la confianza depositada en él.

En diciembre de 1982, se establece el más actual de sus conceptos, en el que se incluyen tres innovadoras descripciones del ilícito, imperando en éstas las vaguedad e indeterminación contradiciendo así la elemental técnica jurídico-penal -- por cuanto a la elaboración del tipo.

Es nuestro propósito, previa una exposición de su evolución, establecer sus semejanzas y diferencias con el tipo descrito en anteriores códigos y, fundamentalmente, profundizar en el análisis de las cuatro figuras típicas del delito vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

CAPITULO I

EL DELITO DE PECULADO

A) Consideraciones Doctrinales

El concepto de peculado tiene su punto de partida desde épocas remotas, en las que si bien no se le nombraba con ese mismo título, existía la misma motivación tanto de proteger al patrimonio público como el deber de fidelidad de aquellos individuos a quienes el Estado les delegaba una función pública.

En el Derecho Romano encontramos antecedentes históricos que explican en forma retrospectiva, la definición actual del delito de peculado.

En ese entonces, el delito en general era considerado como un hecho ilícito, una inacción castigada por la ley.

Dos eran las clases de delito:

a) Los públicos *-crimina-*, los cuales por definición -- eran los que afectaban a la comunidad en general, atacando al orden público y organización política.

b) Los privados *-delicta-*, los que afectaban directamente a un particular o a su patrimonio. En un principio se perse

guian a instancia de parte y se castigaban con multa a favor de la victima.

No obstante lo anterior, el maestro Floris Margadant señala que "gradualmente se impuso la opinión de que los delitos privados eran actos que afectaban la paz pública, por lo que el Estado debía perseguirlos independientemente de la actividad adoptada por la victima" [1].

Los delitos privados en el Derecho Romano podrían subdividirse, siguiendo al maestro Margadant, en: delitos del *Ius Civile* (robo, daño en propiedad ajena y lesiones), y en delitos del *Ius Honorarium* (rapiña, intimidación, dolo, etc.); interesandonos de esta clasificación, particularmente, el *Furtum* o robo.

El *Furtum*, etimologicamente tomar cosas ajenas sin derecho alguno, llevo a ser una figura muy amplia y de una vaguedad dificilmente compatible con las actuales descripciones típicas. Su campo de acción abarcaba practicamente "todo aprovechamiento ilegal y doloso de un objeto ajeno, incluyendo una extralimitación en el derecho de detentar o poseer una cosa" [2].

El *Furtum* presentaba dos elementos: uno objetivo -*Con trectatiorei*-, consistente en el aprovechamiento ilegal y;

otro subjetivo *-animus furandi-*, equivalente a la intención dolosa.

En estas condiciones, la figura aludía a diversas conductas consideradas actualmente como delitos autónomos, según podemos constatar de las siguientes descripciones:

- 1.- Hurto en general o sobre todo de bienes privados.
- 2.- Hurto entre cónyuges.
- 3.- Hurto de bienes pertenecientes a los dioses o al Estado.
- 4.- Hurto cualificado de la época imperial (según Mommsen ; Para los cometidos con armas, para los ocultadores de ladrones de ganado, para los fracturadores, para las circunstancias de nocturnidad, etc. [3])
- 5.- Hurto de herencias.
- 6.- Hurto violento, sin quedar excluido del concepto general, se consideraba como delito de coacción.

Precisamente en el hurto de bienes pertenecientes al Estado *-Peculatus-* encontramos un claro antecedente del actual concepto de peculado. La sustracción de bienes públicos era considerado tan digna de castigo, que los reos de *peculatus* fueron inicialmente colocados junto a los sacrílegos.

Los elementos de este último delito, en particular, eran:

- La cosa, la cual debería ser mueble y considerada como patrimonio del pueblo romano.
- La *Contrectatio*, es decir, la sustracción de la cosa, el tocamiento o manejo de la misma.
- La defraudación, o sea el sentido al que se encaminaba la conducta o la obtención de un enriquecimiento ilegítimo.
- El perjuicio, pues con esa conducta se debía causar daño en los bienes -- del sujeto pasivo.

Podrá observarse que esta concepción del *Peculatus*, atendía únicamente a la calidad de la cosa objeto del injusto. Esto es, la mera sustracción de bienes del pueblo romano constituía el delito, independientemente a las específicas calidades personales del sujeto activo.

Por el contrario, en el Derecho Cesáreo, la concepción del delito atendió fundamentalmente a la traición que el agente verificaba respecto de la confianza otorgada por la administración pública, por cuya circunstancia se facilitaba la sustracción.

En otras palabras, también las cosas de las ciudades y - de la administración pública -*fisco*- fueron consideradas como sujetos pasivos del delito, agravándose las penalidades contra los que se apoderaban de los bienes públicos abusando del cargo confiado.

En resumen, los romanos refirieron y equipararon al título de hurto, muchos hechos que hoy especializamos con títulos distintos, no obstante que la misma amplitud de las conductas que integraban este delito, frecuentemente provocaban confusiones e injusticias en la aplicación de sanciones. Desde luego, queda claro que ya resaltaban sus diferencias esenciales con respecto al *Peculatus*, lo que no impidió que se siguiera considerando como una especie del *Furtum*.

- Francisco Carrara en su obra "El Programma", indica la génesis para la distinción de las diferentes clases de hurto - consignadas en la clásica fórmula romana, atendiendo básicamente a las características esenciales que constituyen a cada uno de los injustos en particular. Con ello, propone, a su vez, una definición del delito de peculado, como un delito autónomo, se parándolo definitivamente del concepto de hurto.

Para Carrara, dos son los elementos *sui-generis*, que aparecen en el antes llamado hurto de dineros públicos:

1) El predominante consistente en la calidad del agente quién por razón de su cargo recibe bienes públicos para su -- aplicación -deber de fidelidad-.

2) El insito agravamiento de la conducta cuando recae so bre bienes públicos -patrimonio público-.

El delito de hurto, señala, dotado de estas circunstan-- cias, ve modificada substancialmente su esencia. Por lo que la existencia de estos elementos es la que precisamente marca la diferencia entre el delito de hurto y el delito que hoy día co nocemos como peculado.

Define entonces a este último ilícito como la "apropia-- ción de cosas públicas cometida por una persona investida de - algún cargo público, al cual precisamente en razón de éste le fueron entregadas con la obligación de conservarlas y devolver las, las cosas que se apropia". [4]

Nótese que comienza a resurgir -en rigor- en forma promi-- nente como ulterior objeto jurídico, el que radica en la trai-- ción a la confianza, dada la violación a la posesión.

Por ello, Carrara no duda en incorporar este delito en - los denominados como contra la fe pública, en atención a que - "la Nación tiene necesidad de funcionarios que administren su patrimonio, los escoge entre los ciudadanos que tienen más fa-

ma de probos, les proporciona emolumentos suficientes para sus necesidades y los eleva a la dignidad de empleados sumamente - honorables, así reciben estos individuos la confianza de toda la Nación y de todo el que tiene que entregar o consignar dinero u objetos que se le deben al Estado, no puede éste hacerlo en manos distintas" [5].

- Actualmente, los Códigos Penales describen injustos -- que se distinguen entre sí, mediante sofisticadas y bien sutiles circunstancias.

Al incluirse el delito de peculado en el ordenamiento penal vigente, ha provocado en los estudiosos del derecho diversificaciones de criterios por cuanto al bien jurídico que tutela el tipo.

Jiménez Huerta comenta la descripción típica, considerando como objeto relevante del injusto, al patrimonio público.

Ello no le impide afirmar que la ley asigna a la conducta una objetividad jurídica diversa, en función al deber de fidelidad que une al sujeto activo con el Estado, circunstancia sin cuya concurrencia se trataría de un mero abuso de confianza. [6].

Para Francisco González de la Vega, el peculado esencial

mente guarda la misma naturaleza que el abuso de confianza, pero manifiesta que su tipificación especial obedece:

- a) A su carácter público
- b) Para reprimirla con mayor severidad
- c) Para demarcar su persecución de oficio [7].

Así, pareciera que el elemento relevante del delito se reduce en primer lugar, al patrimonio y su calidad concreta (público), y en segundo lugar, como si se tratara de una circunstancia subsidiaria a la que solamente por voluntad de la ley se le pudo asignar una objetividad jurídica, la calidad específica del sujeto activo (servidor público).

No son de la misma opinión Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas, pues afirman, retomando de alguna manera el criterio de Carrara por cuanto a la traición de la fe pública, que el objeto jurídico del delito es el interés de la colectividad, y por consiguiente del Estado, porque funcionen normalmente los servicios públicos y las empresas de interés público en beneficio de la misma colectividad "... claro que en el fondo de tal funcionamiento está el dinero de la Nación, pero por encima de éste importa el funcionamiento que se cita de los servicios públicos- " [8].

- Resumiendo, es claro que la doctrina se ha preocupado

en el mayor de las veces, en establecer el elemento relevante del delito de peculado, lo que implica establecer cual es el bien jurídico que tutela.

Lo cierto es que actualmente vivimos en lo que se ha denominado como un estado de derecho. Este concepto implica instituciones como la Constitución, los órganos creados y actúan conforme a sus disposiciones y que ciertamente establecen derechos y obligaciones para los particulares, subrayando los recursos y formas de exigir sus responsabilidades como las de los servidores públicos.

Bajo este régimen, es incuestionable que quien actúa en nombre de otro, bajo el título que fuere, debe responder en su oportunidad, de su actuación ante el representado. Esta rendición de cuentas, de común obligatoriedad en las instituciones privadas, se eleva a la calidad de axioma políticamente indispensable en el derecho público; sobre todo en aquellos regímenes que se jacten de democráticos o, al menos, de representativos, pues en su esencia las actuaciones de gobierno devienen de un poder delegado por la sociedad.

En otras palabras, la actuación de gobierno y la forma de aplicar los bienes destinados al efecto, desean ser la traducción de un querer social inherente a un pretendido fin común.

Con esta idea siempre se ha tratado de establecer un -- efectivo sistema para exigir responsabilidad, más con el objeto de impedir que el de sancionar, un actuar indebido del servidor público. Así se infiere tanto el interés de salvaguardar el deber de fidelidad como el de evitar apoderamientos ilícitos de bienes para fines particulares.

En estas condiciones, consideramos que el delito en estudio tutela, en realidad, un bien jurídico complejo, pues brinda el mismo rango de protección y, por ende, de importancia, -- tanto a la integridad del patrimonio público como la de la fidelidad pública, considerados en un todo integral y armónico.

Es este criterio el que parece predominar en nuestra legislación, según veremos a continuación.

B) Tratamiento del delito de peculado en la Legislación Mexicana.

- En el período de transición del México colonial al independiente, no se escribió nada respecto al delito de peculado.

Quizás el inmediato antecedente en función al Código Penal de 1871, y más que por una definición concreta, por su interés de establecer criterios y sanciones especiales a la infi

delidad de los servidores públicos; lo constituya la Ley del Congreso General sobre Delitos Oficiales de los Altos Funcionarios de la Federación, promulgada por Benito Juárez en 3 de noviembre de 1870.

Esta ley, arquetipo de las posteriores leyes de responsabilidad de servidores públicos, más que tipificar enunciaba meras situaciones políticas bajo el título de delitos oficiales, adoleciendo de que:

1.- Era de aplicación exclusiva para altos funcionarios (idea congruente a la común definición doctrinal de delitos -- oficiales).

2.- Definía quien o quienes eran altos funcionarios mediante una mera remisión al artículo 103 de la Constitución de 1857.

3.- Únicamente señalaba como delitos oficiales: el ataque a las instituciones democráticas, a la forma de gobierno, a la libertad de sufragio; la usurpación de atribuciones; la violación de garantías individuales y; cualquiera infracción de la Constitución o leyes federales en punto de gravedad.

4.- En vista de que solamente enunciaba por denominación a los delitos oficiales, carecía de descripción estricta de la conducta que finalmente debía considerarse como antijurídica y punible.

En 1868, se forma una comisión integrada por los Lics. - Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona, quienes dieron a luz al primer Código Penal aplicable a toda la República en materia - federal, y para el Distrito Federal y, en ese entonces, territorio de Baja California en materia común.

Aprobado por el Poder Legislativo, el Código comenzó a - regir a partir del 1º de abril de 1872.

Expresamente afiliado a las tendencias de la escuela clásica, describía el delito de peculado en su título undécimo, - denominado como "delitos de los funcionarios públicos en el -- ejercicio de sus funciones", capítulo quinto, artículo 1026:

"Comete el delito de peculado: toda persona encargada de un servicio público aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario, que para usos privados, propios o ajenos, distraiga de su objeto dolosamente el dinero, valores, fincas o - cualquiera otra cosa perteneciente a - la Nación o a un municipio o a un particular si por razón de su encargo los hubiere recibido en administración, en

depósito o por cualquier causa".

La rotunda y definitiva separación de los delitos contra la propiedad, resalta el interés de tratar al delito en forma especialísima y autónoma.

Ahora bien, el Código Penal de 1929 deroga el anterior, comenzando a regir el 15 de diciembre de ese mismo año, inspirándose, según los autores del anteproyecto correspondiente, - en la defensa social y la individualización de sanciones.

En efecto, el Lic. José Almaraz señala: "el Derecho Penal moderno -que concebido de acuerdo con la doctrina positiva muy bien pudiera denominarse de derecho de defensa y previsión sociales- se basa en la defensa social. El concepto de ésta es (...) la lucha contra el delito y corresponde al sentimiento social que repruebe el acto delictuoso y tiende a disminuir sus efectos" [9].

Este Código define en el título vigésimo primero, capítulo primero, artículo 1219, que:

"Comete el delito de peculado: toda persona encargada de un servicio público aunque sea en comisión por tiempo limitado y no --

tenga el carácter de funcionario, que para usos privados o ajenos distraiga de su objeto el dinero, valores, fincas, o cualquiera -- otra cosa perteneciente a la Nación, a un Estado, a un municipio o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por cualquiera otra causa".

Se podrá observar que si bien es cierto que en su esencia prevalece la definición sustentada por el Código anterior, lo supera por cuanto a que:

a) Elimina la palabra *propias*, considerandola insita a -- los calificativos *privados o ajenos*.

b) Desecha el calificativo de *dolosamente*, aceptando que el delito de peculado no admite configuración culposa. La frase "...para usos privados o ajenos, distraiga de su objeto ...", pone de manifiesto el interés y fin de la apropiación.

c) También, debe considerarse como posible objeto material del injusto cualquier cosa perteneciente a alguno de los estados de la federación, ampliándose el campo de acción del delito.

El Código Penal que comenzó a regir el 17 de septiembre de 1931, abrogó al de 1929. En su título décimo del libro segundo, denominado "Delitos cometidos por funcionarios públicos", capítulo quinto, artículo 220, señala:

"Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público del Estado o descentralizado aunque sea en comisión por tiempo limitado y que no tenga el carácter de funcionario, - que para usos propios o ajenos - distraiga de su objeto dinero, - valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado, o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa".

Esta nueva descripción se distingue de las anteriores definiciones ya que:

a) Rigoriza quienes pueden ser sujetos activos al señalar "... toda persona encargada de un servicio público del Es-

tado o descentralizado...".

b) Reduce en dos conceptos que, por su amplitud, contemplan cualquier clase de uso que tenga por objeto la distracción *-propios o ajenos-*.

c) Elimina los conceptos *Nación y Municipio*, invocando en cambio el referido al *Estado* en sentido amplio.

d) Resuelve una confusión por cuanto a competencia se refiere, pues reduce el campo de acción del delito al dejar de considerar como objeto material a los bienes pertenecientes a los estados de la federación y municipios, ya que a éstos les compete sancionarlo.

Es de llamar la atención, que cada una de las descripciones típicas de los códigos enunciados, excluyen expresamente a los funcionarios, doctrinalmente entendidos como los altos funcionarios.

En otras palabras, en los términos de tales definiciones, no podía cometer el delito ninguno de los altos funcionarios y, de hecho, por ninguno de los que se les denominaba funcionarios.

Ni en la experiencia ni en la doctrina existía razón alguna para excluir a tales individuos de la descripción típica, dejándose de resolver el grave problema que se presentaba en la práctica respecto a determinados actos realizados por fun-

cionarios que si bien debían considerarse como peculado, no -- trascendían como tal por no reunir la calidad especificada en el tipo. Así, existían los hechos pero no existía descripción en que adecuar su conducta.

Estas omisiones fueron corregidas con posterior reforma, la que en claro reconocimiento definió el delito de peculado - bajo la siguiente fórmula:

"Comete el delito de peculado *todo funcionario, empleado o encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado...*".

C) Fundamento Constitucional

La Constitución Política, otorga y establece en sus artículos 1, 2, 4, 12 y 13, la garantía de igualdad de todas las - personas, no en el aspecto meramente físico corporal, económico, intelectual, ni aún ante la sociedad; sino en el sentido - jurídico y gubernativo, es decir, ante la ley y ante el Estado.

Este fundamento genérico es robustecido, cuando la Constitución considera como responsable de toda clase de delitos y faltas en que incurran durante el desempeño de su cargo, a los servidores públicos. Subsistiendo, aún en las últimas reformas

Constitucionales, el criterio de privilegiar a ciertos altos funcionarios, en el sentido de que no puedan ser perseguidos por los actos delictuosos en que incurran, sin la previa autorización de la correspondiente Cámara de la Unión.

Sin embargo, este privilegio, tratado como el fuero de los altos funcionarios, tiene una función política y no obsta, finalmente, para que una vez desahogado el antejuicio político, previsto en el artículo 111 Constitucional, y obtenida la declaratoria de procedencia, se prosiga con la instancia dable conforme a la Legislación Penal.

Junto a la garantía de igualdad, encontramos un fundamento más específico en el título cuarto de nuestra Carta Magna, que establece que los servidores públicos son responsables de los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

El artículo 108 Constitucional señala que:

"Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal y

Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, -- quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus -- respectivas funciones.

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

Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales y los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las Leyes Federales, -- así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales. Las Constituciones de los Estados de la República precisarán -- en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y -- para los efectos de sus responsabilidades el carácter de servido

res públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios".

No deja de llamar la atención el amplísimo significado del concepto "servidor público", introducido por las reformas de diciembre de 1982, y que definitivamente tiende a establecer un sistema nivelador por cuanto a la responsabilidad del sujeto, cualquiera que sea su rango y jerarquía.

El artículo 109 Constitucional contempla diversos actos por los que incurre en responsabilidad un servidor público o, mejor dicho, a distintas clases de responsabilidad, en su orden:

1) Políticas, consistentes en los actos u omisiones que redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, por ejemplo: ataque a las instituciones democráticas o a la forma de gobierno (fracción I).

2) Administrativas, derivadas de los actos u omisiones que quebranten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas por el servidor público en el desempeño de su cargo, empleo o comisión, enunciados en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (fracción III).

3) Penales, cuando tal acto u omisión sean encuadrables en un tipo previsto por la Ley Penal (fracción II).

El artículo 111 Constitucional señala quienes deben ser sujetos a juicio político, en forma previa a la iniciación de la instancia penal, puntualizando en su penúltimo párrafo --- "las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la Legislación Penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor tenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y --perjuicios causados por su conducta ilícita".

- Por otro lado, también encontramos un fundamento Constitucional en la garantía de seguridad política prevista en el artículo 14, puesto que es la exacta aplicación de la ley por la que el Estado, de acuerdo con razones de política criminal, tiene la facultad de considerar a determinadas conductas como delitos.

Esta garantía implica el principio de nulla pena sine --lege, y establece la bifurcación de la legalidad sobre dos elementos: los delitos y las penas. Así, un hecho cualquiera que no esté reputado en la ley como delito, no es susceptible de --engendrar una penalidad y por consiguiente, no será delictuo--so.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- [1] Floris Margadant Guillermo, Derecho Romano (8a. Edición; México: Edit. Esfinge, S. A., 1978), P. 433.
- [2] Loc. Cit.
- [3] Monisen, citado por Francisco González de la Vega, -- Derecho Penal Mexicano (14a. Edición; México: Edit. Porrúa, S. A., 1977), P. 165.
- [4] Carrera Francesco, Programa de Derecho Criminal (3a. reimpresión; Colombia: Edit. Temis Bogotá, 1980), Vol. IX, p. 13 y 14.
- [5] Ibid., p. 13.
- [6] Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano (México: Edit. Porrúa, S. A., 1983), Vol. V, suplemento, - P.50.
- [7] González de la Vega Francisco, El Código Penal Comentado (3a. Edición; México: Edit. Porrúa, S. A. 1976), P. 301.
- [8] Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas Código Penal-Anotado (México: Edit. Porrúa, S. A., 1983), P. 492.
- [9] Almaraz José, Exposición de Motivos del Código Penal de 1929, (Parte General: México, 1931), P. 23.

CAPITULO II

DIFERENTES CLASES DE PECULADO

Como hemos visto, el concepto de peculado ha sufrido diversos cambios en nuestra legislación, verificándose el último de ellos mediante el Decreto del 30 de diciembre de 1982, el que a su vez establece tanto cambios substanciales, como preceptos especiales, para los delitos cometidos en ejercicio de un servicio público.

En el aspecto substancial la reforma crea nuevas figuras delictivas como lo son: *uso indebido de atribuciones y facultades* (capítulo quinto), *intimidación* (capítulo séptimo), *ejercicio abusivo de funciones* (capítulo octavo), *tráfico de influencia* (capítulo noveno), y *enriquecimiento indebido* (capítulo --trece).

Además, es particularmente interesante el cambio de la denominación de los sujetos activos de esta clase de delito. Es clara la intención del legislador de unificar bajo un mismo calificativo, la inmensa gámmade denominaciones previstas antes de la reforma, que unas veces aludía con la frase "funcionarios o empleados públicos" (art. 212); y otras con las de "funcionario público o agente del gobierno o sus comisionados" -- (art. 214), "empleados, agentes o comisionados del gobierno" -- (art. 216), "persona encargada de un servicio público centrali

zado o descentralizado o funcionario de una empresa en la que como accionista o asociado participe el Estado" (art. 217). - "funcionario o empleado encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado" (art. 220). No es más que la quita de eufemismos a cambio de una denominación categórica y de contenido amplísimo: - "servidores públicos".

También, se establecen normas especiales para la individualización de las penas (art. 213), consistente en la evaluación de que si el servidor público es trabajador de base o funcionario o empleado de confianza, así como la antigüedad en el empleo, sus antecedentes de servicio y sus percepciones. En mi opinión, esta disposición implica una adición sui generis a las generales establecidas en el artículo 52.

Finalmente, la reforma de 1982, introdujo en la parte general del código preceptos especiales para los delitos cometidos por servidores públicos. El artículo 24 fue adicionado con el número 18, previendo el decomiso de los bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito. El artículo tercero también fue adicionado con la fracción tercera, puntualizando que en el caso de los delitos descritos en el título décimo, la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor y, además, hasta dos tantos el valor de la cosa o bienes obtenidos con el delito. Al artículo 85, se le sumó un segundo

párrafo condicionando la libertad preparatoria, tratándose de los delitos cometidos por servidores públicos, a la previa satisfacción de la reparación del daño precitada o al otorgamiento de caución que lo garantice. Y en el artículo 90, se prevee ahora, siempre respecto a los delitos previstos en el título - décimo, que para la procedencia del beneficio de la condena -- condicional, se requiere la satisfacción del daño causado o -- caución que lo satisfaga.

A) Reformas al Código Penal del 30 de diciembre de 1982

Con relación al delito en estudio, la reforma de 1982 ha ampliado considerablemente su tipificación, pues aunque la -- fracción primera del nuevo artículo 223 contiene la misma natu -- raleza del delito consignada en el anterior artículo 220, se -- han introducido tres novedosas fracciones especificadoras de -- otras tantas conductas que constituyen peculado.

En estas nuevas descripciones típicas impera la indeterminación dado que se crean figuras extrañas a la naturaleza co -- munmente establecida en anteriores códigos para el delito en estudio, en su orden:

- 1) La fracción segunda indica que comete el delito de pe -- culado, el servidor público que utilice indebidamente fondos -- públicos con el objeto de promover la imagen política o social

o para denigrar a una persona cualquiera. Dada la acepción penalística aceptada de la palabra *distraer*, podemos afirmar que utilizar fondos públicos es *distraerlos* de su objeto, siendo entonces repetitiva la conducta en función a la fracción primera.

Existe otra conducta alternativa en la fracción segunda, que se hace consistir en otorgar alguno de los actos a que se refiere el tipo de uso indebido de atribuciones y facultades, con el objeto de promover la imagen política o social de cualquier persona. Ello presupone tipificar doblemente una misma conducta factica, con notable olvido del principio *ne bis in idem*.

2) La fracción tercera, capta la conducta del copartícipe del hecho descrito en la fracción segunda, elevando dicha participación en delicta *sui generis*, pareciendo ser redundante en vista de lo actualmente dispuesto en la parte final del artículo 212 [1].

Para mayor confusión, esta fracción da por hecho que el otorgamiento de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, puede generar beneficios. En rigor, esta circunstancia no es elemento integrante de dicho delito, sino elemento factico del delito de ejercicio abusivo de funciones -artículo 220 fracción primera-.

3) Respecto a la fracción cuarta del injusto, si la relacionamos con la amplísima definición de "servidor público" indicada en el artículo 212, nos hace considerar que su configuración se hace extensible prácticamente a cualquier clase de actividad humana dentro de la Administración Pública. Habida cuenta de que existen personas que sin ser funcionarios o empleados públicos ejercen actividades administrativas y económicas, teniendo a su cargo fondos o caudales adscritos a funciones públicas.

Por otro lado, la fijación de las sanciones se hace depender al monto de lo distraído o de los fondos utilizados, concatenado a tantas veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito. Se dinamiza la pena en función a la dinamización del salario mínimo.

Finalmente, dada la complejidad y extensión de las reformas, la sanción pecuniaria debe contemplar lo dispuesto en la fracción tercera del artículo 30, el plus de las generales previstas en sus dos previas fracciones, por cuanto a la restitución hasta en dos tantos del valor de la cosa o bienes obtenidos por el delito.

- Luego entonces, actualmente comete el delito de peculado:

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

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

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

de uso indebido de atribuciones y facultades.

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

B) Peculado de apoderamiento

Con anterioridad a la reforma de 1982, existía en nuestro Código Penal, una disposición que establecía la disminución de la pena en el delito de peculado, si dentro de los 10 días siguientes a aquel en que se descubrió el delito, devolviera en reo lo sustraído (artículo 221).

Esta disposición, tendía fundamentalmente a favorecer el resarcimiento del daño y la enmienda del autor, origino el intento doctrinal de dividir al delito de peculado en: peculado de apoderamiento y peculado de uso, tomando como base la especial dirección subjetiva del autor que denotaba el fin de la -

distracción.

Este intento fue considerado por Jiménez Huerta, como meramente heurístico, subrayando que "no existe en nuestro ordenamiento penal base dogmática alguna para excluir de la disposición típica contenida en el artículo 223 el llamado peculado de uso (...) de un peculado de uso pudo heurísticamente hablarse -en forma especial y para los efectos de la pena- durante la vigencia del antiguo artículo 221 que establecía una disminución sensible de la pena (...) pero derogado dicho artículo por Decreto del 27 de diciembre de 1979, ni siquiera en dicho inventivo y especial sentido tiene base en nuestra legislación".[2].

A pesar de lo anterior, y estando de acuerdo en la inexistencia de base dogmática, es pertinente hacer la descripción teórica, pues como el mismo Jiménez Huerta reconoce, es de singular importancia para la individualización de la pena y en mi opinión, para la obtención del beneficio de la condena condicional.

-Las definiciones que realizan distintos autores respecto del delito en estudio, aluden como conducta fáctica fundamental tanto a la acción de *distráer* como a la de *apropiar*. Con ello establecen su aspecto ínsito por cuanto a la específica intención de quien realiza tal acción física.

A partir de lo anterior, podemos afirmar que gramaticalmente los verbos *apropiar*, *disponer* y *distraer*, tienen significados similares, siendo que el último término tiene un sentido más genérico pudiendo captar la connotación de los dos anteriores a título de especies.

Se hace pertinente la anterior aclaración, pues tales verbos junto con la fórmula "... para usos propios o ajenos..", alude claramente al *jus utendi*, *jus fruendi* y *jus abutendi*, derechos solo accesibles a quien ejerce el derecho genérico de propiedad. De esta manera, la única posibilidad de que el agente distraiga para usos propios o ajenos, es mediante la colocación de la cosa, en vía de hecho, a su esfera de acción particular.

Por ello pensamos que el delito requiere de la necesaria comisión dolosa, necesaria por la conciencia y la voluntad que pone de manifiesto el fin de la profesión.

Luego entonces, en el peculado de apoderamiento, la especial dirección subjetiva del autor representa, además, un dolo específico consistente en el ánimo de disponer en su provecho la cosa objeto de la distracción. Esto es, cuando se adueña de los bienes obrando como si fuera su propietario, sea para apropiárselos en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona.

Por eso Francisco Carrara puntualiza que "dentro de la naturaleza del peculado está que el objeto público sea entregado al funcionario público que indebidamente lo emplea en provecho propio, pero no puede decirse que éste haya *sustraido*, -- pues está en posesión del objeto; lo que hace es *apropiárselo*, distrayendolo del uso para el cual se destinará y para el cual le fue entregado"[3].

Ahora bien, lo mismo acontece por cuanto a la pretendida conducta alternativa calificada con el verbo *utilizar*. Utilizar está referido a un acto de disposición en calidad de dueño, siendo inobjetable que el fin de la utilización es facultad y la establece la Administración Pública quien se constituye en legítimo propietario de los fondos.

Cuando el agente *utiliza*, está ejerciendo un acto de apoderamiento con un interés personal.

La otra alternativa conducta consistente en otorgar indebidamente alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades (artículo 217), con el objeto de promover o denigrar la imagen de alguna persona, parece difícil considerarlo bajo la idea de un peculado de apoderamiento, ya que está referido a un hacer indebido que no implica el apropiarse de una cosa.

Sin embargo, podemos intentarlo con base en una preliminar definición de lo que es el patrimonio (bien que también es tutelado por el artículo 223). Si a este lo consideramos como un todo que comprende derechos sobre objetos corporales e incorporeales bienes muebles e inmuebles, derechos reales y personales y, en general, cualquier bien y derecho susceptible de una valoración pecuniaria y que pueden ser lesionados o puestos en peligro por la realización de los diferentes tipos comprendidos en el Código Penal; podemos concluir que los actos enunciados en el delito denominado uso indebido de atribuciones y facultades, tienen un contenido económico y por consiguiente integran el patrimonio generico de la Administración Pública.

Con este criterio, resulta claro que si tales actos se otorgan para fines diversos a los públicos, queda manifiesto el animo del agente de apropiarse de un derecho ajeno para consumirlo en su particular interés. Luego entonces, nos encontramos con un peculado de apoderamiento.

C) Peculado de uso

La práctica penal es rica en ejemplos, por cuanto a delitos patrimoniales se refiere, en los que el propósito del agente no es la de apropiarse de la cosa ajena de la que se apodera, sino el de hacer un uso determinado para su posterior devol

lución.

Un ejemplo dogmático, lo encontramos en el robo de uso tipificado en el artículo 380 del Código.

Comentando este dispositivo legal, González de la Vega - afirma que "se le llama robo de uso porque si bien en el caso concurren todos los elementos del robo genérico, no existe en su comisión especial ánimo o propósito de apropiarse de lo -- ajeno, es decir, de hacerlo ingresar ilícitamente en el dominio del infractor (...) aquí el dolo se manifiesta en una forma menos intensa, menos perjudicial y revela disminuido afán - de lucrar con lo ajeno, el agente se propone no la apropiación de la cosa para quedarsela definitivamente o disponer de ella, sino conservarla temporalmente, para emplear otra forma de expresión, el apoderamiento material de la cosa objeto del delito, se efectúa desde un principio, con el deseo de usarla y -- restituirla posteriormente (...) la finalidad no es enriquecerse con la apropiación sino utilizar temporalmente la cosa" -- [4].

Estas consideraciones son aplicables, en su debida proporción, al que teóricamente denominaríamos peculado de uso.

Si en el peculado de apoderamiento, expresamos que la dirección subjetiva del autor requiera además del dolo genérico,

un dolo específico consistente en el ánimo de disponer; en el peculado de uso, además del dolo genérico, el dolo específico lo constituye el propósito de usar la cosa durante cierto tiempo, con la fija intención de devolverlo.

Desde luego, el factor psíquico representado por el *animus utendi*, no desvirtúa en absoluto la intención de obtener algún beneficio para sí o para terceros, ya que incorpora a su esfera personal el *jus fruendi* de la cosa.

Por otro lado, el indiscutible que el objeto material en este caso, necesariamente debe ser una cosa no fungible. En efecto, el uso concatenado a la temporalidad de la apropiación, le es propio y connatural la no consumación de bien.

En estas condiciones, las descripciones típicas del artículo 223, sólo la fracción primera captaría la posibilidad de un peculado de uso, mediante la fórmula "todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto ... fincas o cualquier otra cosa...".

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- [1] Jiménez Huerta, op. cit., p. 53.
- [2] Ibid., Vol. V., p. 437.
- [3] Carrera Francisco, op. cit, p. 24.
- [4] González de la Vega, citado por Pavón Vasconcelos - -
Francisco, Comentarios de Derecho Penal (1a. Edición;
México: Edit. Porrúa, S. A., 1982) p. 70 .

CAPITULO III

CLASIFICACION DEL DELITO DE PECULADO .

A) En orden a la conducta.

- La violación de una norma prohibitiva puede verificarse poniendo en juego un movimiento corporal o una inactividad o inercia del cuerpo, de tal manera que cualquier aprovechamiento de las fuerzas de la naturaleza para alcanzar un resultado prohibido en la norma es finalmente, un proceder comisivo.

Inclusive, la violación de una norma preceptiva, se realiza tanto si el sujeto permanece activo o inerte como si en determinado momento histórico, exterioriza positivamente una actividad corporal.

Así pues, la conducta es un elemento esencial del delito ya que las normas penales contienen mandatos de hacer o prohibiciones de no hacer, siendo irrelevante si mediante el acatamiento de tales mandatos o prohibiciones puede producirse un determinado cambio en el mundo exterior del agente. Lo verdaderamente interesante es la acción u omisión que contraría el precepto legal.

Para clasificar el delito que nos ocupa, debemos aten-

der a cada una de las descripciones típicas.

- En las fracciones I y IV del artículo 223, la conducta fáctica del injusto se da en la distracción que el sujeto activo realiza para usos propios o ajenos, sobre bienes que constituyen el patrimonio de la Administración Pública o de un particular, que le han sido entregados o confiados en razón a su cargo u obligación legal.

Es claro que basta la mera acción de distraer, por la -- que se manifiesta la voluntad del agente, pues este encamina su movimiento corporal a disponer de ciertos bienes para --- usos propios o ajenos, dándoles una aplicación distinta a la originalmente pretendida por su legítimo propietario.

En otras palabras, el autor en forma necesariamente ---- consciente, decide desplegar una serie de movimientos corporales con el propósito de disponer de tales bienes ajenos.

Así el injusto no puede darse por un simple acto mecánico e inconsciente " por lo tanto se requiere un nexo que debe existir y es entre el sujeto y la actividad, puesto que la voluntad o el querer van dirigidos al movimiento corporal" [1].

Ahora bien, como la voluntad del sujeto activo es distraer bienes ajenos de su objeto o destino original, implica, forzoza y necesariamente, un perjuicio que corresponde al - provecho injusto del acto de distracción. Ese perjuicio - - equivale a la disminución sufrida por el pasivo en su patrimonio, toda vez que coloca la cosa precisamente bajo su esfera de acción. Este acto, por su esencia, no puede ser fraccionado en otros, sino que con la mera distracción va inmersa la voluntad del individuo.

En estas condiciones, las descripciones típicas de las fracciones primera y cuarta se tratan como delitos de acción y unisubsistentes.

De acción, pues como señala Fernando Castellanos, el - delito se comete mediante un comportamiento positivo, violán dose una norma prohibitiva [2].

Unisubsistente, ya que el injusto se forma por un sólo acto consistente en la distracción [3].

- Refiriéndonos a la fracción segunda del multicitado-artículo, la conducta fáctica se hace consistir en que el -- servidor público utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos referidos en el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, con el objeto ya indicado con anterioridad.

Exigese en esta descripción un elemento subjetivo pues las conductas deben efectuarse con una finalidad determinada.

La figura exige un sólo acto material y positivo, indicativo para considerar violada la prohibición, y acompañada de una subjetividad que no afecta nuestra pretendida clasificación teórica. Esto es, la acción consiste en *utilizar* u *otorgar*, y es el único acto susceptible de exteriorizarse de manera corpórea a fin de producir un efecto en el mundo de los hechos.

Entonces, salta a la vista que la realización del injusto deviene de una decisión consciente e intencionada, traducida mediante movimientos corporales leales a ella. Su mera realización conlleva el inmediato perjuicio de un tercero ya que se lesiona su patrimonio, al ejercer un derecho con fines ajenos a la función e interés públicos.

La fracción tercera esta relacionada con la anterior, pues como señalamos antes, trata de captar la conducta de cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones referidas en la fracción previa.

El *quid fáctico* se hace consistir en conductas alternativas: La *solicitud* o *aceptación*, para realizar las promociones o denigraciones.

Salta a la vista que sigue siendo indispensable el --- factor psíquico del querer, la interna decisión que impulsa la actividad corporal necesaria para la comisión del delito.

La conducta se verifica mediante un acto consistente - en la solicitud o aceptación exteriorizadas y concatenadas, desde luego, con el elemento subjetivo descrito (espectati- va, que ciertamente puede realizarse de manera plena sin que ésto implique que su no concurrencia desvirtue la consuma -- ción del injusto por la conducta desplegada y singularizada en el verbo).

Así, las descripciones típicas previstas en las frac- ciones segunda y tercera, se clasificarían como de acción y unisubsistentes.

- Con todo, es pertinente aclarar que si bien es cier- to el delito es esencialmente de acto único, también lo es -- que excepcionalmente admite una pluralidad de actos unidos - por la misma intención y la misma lesión jurídica - delito - continuado-, y por tanto puede admitir el carácter pluri -- subsistente.

B) En orden al resultado

Para la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, de-

be considerarse como delitos instantáneos, aquellos cuya duración concluya en el momento mismo de perpetrarse, porque consisten en actos que, en cuanto son ejecutados, cesan por sí mismos sin poder prolongarse [4].

Siguiendo la clasificación de Porte Petit [5], el delito de peculado, incluyendo todas y cada una de sus descripciones típicas, sería instantáneo, eventualmente permanente y formal.

Instantáneo, pues la consumación del delito se da al tener lugar cualquiera de las conductas fácticas previstas en la ley -*distraer, utilizar, otorgar, solicitar o aceptar*- Es decir, en el momento mismo en que el agente verifica cualquiera de tales conductas, conlleva el inmediato perjuicio del sujeto pasivo.

El resultado de la conducta está implícito en el acto ya que cualquiera de dichos actos, denota el alcance de un beneficio personal, sea de carácter económico, sea político o social y; como contrapartida, un perjuicio del mismo carácter a cargo del Estado o de un particular.

- Ahora bien, si es cierto que se trata de un delito instantáneo como el abuso de confianza y el robo, los efectos pueden ser eventualmente permanentes.

Permanentes no en el sentido de la perdurabilidad del efecto producido, según las definiciones de Antolisei, Cavallo y Jiménez Huerta [6], sino por cuanto a la permanencia de la consumación.

En efecto, el delito de peculado puede ser eventualmente permanente cuando, como dice Maggiore, "el delito típicamente instantáneo se prolonga indefinidamente en algunas -- circunstancias" [7].

Las circunstancias que se prolongan están directamente referidas a la consumación, a su persistencia. Si esta cualidad ciertamente no es requerida para la existencia del delito, su presentación hace que el ilícito desemboque en un único delito - continuado -, y no en un concurso de delitos.

- Teniendo presente lo relativo al concepto de resultado, como efecto y consecuencia de un hecho, es clara la distinción entre delitos formales y los de resultado, también llamados materiales:

" Esta distinción nacida en Alemania, como consecuencia de la aceptación del concepto naturalístico o material del evento ha sido, en la actualidad, sumamente criticado. Si se acepta que el resultado se identifica con el cambio en el mundo exterior producido por la conducta del sujeto ,

mutación de carácter material y correspondiente al contenido concreto y determinado del delito, como dirfa Liepmann, indudablemente existen delitos sin resultado material, a éstos - se les ha denominado delitos de simple actividad o formales, los cuales se agotan con el simple hacer o el omitir del sujeto. Por el contrario, cuando con relación al modelo legal se hace necesaria una determinada mutación material del mundo externo al agente, se esta frente a los delitos materiales " [8].

Como dijimos anteriormente, si las normas penales contienen mandatos de hacer o prohibiciones de no hacer, entonces será irrelevante si mediante su acatamiento, se produce una determinada mutación en el mundo externo. Conforme a la concepción jurídico - formal adoptada por el Código, lo relevante es la acción u omisión que contrarfa el precepto legal.

De acuerdo a este criterio, finalmente todos los delitos tienen un resultado, llámese jurídico o jurídico y material.

Sin embargo, teóricamente es importante la distinción para separar las figuras consumadas con la mera actividad, de aquellas que han menester de un evento de naturaleza material. En el concepto de formal, el resultado supone siempre una mutación en el mundo de lo valorativo o jurídico, aunque tal -

cambio pueda ocasionalmente coincidir con un cambio material dando lugar a un delito de resultado.

Mezger define y distingue ambas categorías: "en los llamados delitos de simple actividad -formales- se agota el tipo penal en el movimiento corporal del agente, no siendo necesario un resultado externo (...) por lo contrario, en los llamados delitos de resultado el tipo exige además del movimiento corporal del agente un resultado externo" [9].

En estas condiciones, las descripciones típicas previstas en el artículo 223, se clasifican como formales, pues basta la mera acción subrayada con los verbos *distraer, utilizar, otorgar, solicitar o aceptar*; siempre, valga la redundancia, de manera indebida.

Lo que se pena es el ánimo de disposición y de lucro que resulta del mismo acto.

-Existe otra distinción por cuanto al resultado, en referencia al daño resentido por la víctima.

A) respecto Fernando Castellanos señala que "los delitos se dividen en delitos de lesión y de peligro (...) los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada como el homicidio, el fraude, etc.; los segundos no causan - -

daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño " - [10].

Parece claro que las descripciones previstas en las -- fracciones primera y cuarta, del delito en cita, se clasificarían como un injusto de lesión, pues como se dijo antes, - el activo despliega una conducta que por sí misma implica un perjuicio a la administración pública a quien presta sus servicios. La simple circunstancia de emplear bienes públicos para la realización de un fin particular, significa su consumación y hace resaltar el perjuicio tanto en el patrimonio de la nación como del derivado de la infidelidad demostrada.

Igualmente pueden clasificarse las descripciones típicas invocadas en la fracción segunda.

Primero, porque los dineros públicos deben ser utilizados única y exclusivamente para fines de la misma calidad. - Su utilización para fines diversos, inclusive para promover la imagen política o social, o denigrar una persona, implica la consumación del ilícito y, a su vez, tiene como contrasentido la aparición de un perjuicio inmediato tanto en el patrimonio del Estado como del derivado de la traición a la --

confianza.

Segundo, porque los actos públicos que deben otorgarse conforme a las atribuciones y facultades de los funcionarios, no son más que derechos reservados a la administración pública, quien única y exclusivamente los delega para la ejecución predeterminada por ella misma. El mero otorgamiento -- del acto, variando arbitrariamente su destino y finalidad, -- lleva inherente el perjuicio del patrimonio público - lato - sensu - .

No acontece así respecto de lo previsto en la fracción tercera, ya que los actos de solicitar o aceptar la realización de las promociones o denigraciones previstas en la fracción anterior, no causan por sí mismas un daño directo y efectivo en los intereses jurídicamente protegidos en las demás descripciones típicas del artículo. Pero, si no causan daño directo a tales intereses, pues quedan a la expectativa del acto que debe verificar el funcionario a que alude la fracción segunda, ello no quiere decir que el injusto quede inconcluso.

En otras palabras, el hecho de que no ocurra ni la aceptación de la solicitud, ni la realización de las promociones o denigraciones, para nada desvirtúa la consumación del delito. Bastan los actos de solicitar o aceptar, con la condi--

ción subjetiva indicada, para considerar completo el delito.

Luego entonces, su realización pone en peligro específicos intereses, con lo que se infiere la posibilidad de causación de un daño. Por ello, esta particular descripción típica debe ser clasificada como delito de peligro.

C) En orden al tipo.

La descripción legal del delito en estudio puede clasificarse atendiendo al tipo: En especial, autónomo, anormal, complejo y de formulación alternativa.

- La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo:

" Desde un punto de vista doctrinario - en relación con la autonomía de los tipos, estos se han clasificado en básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón de su índole fundamental y por tener plena independencia; los especiales suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndoles alguna - - otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básic

co y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial, de tal manera que este elimina el básico; por último los tipos complementarios presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorpora "[11].

Ya habíamos señalado que la naturaleza estricta del --delito de peculado, admitida comúnmente en la doctrina, mantiene elementos objetivos tan singulares que, sin su concurrencia, el injusto debería denominarse abuso de confianza.

Tal criterio deriva de considerar que, al igual que --aquél, el abuso de confianza está referido a una disposición que el sujeto verifica para sí o para otro, de la cosa que se le ha entregado con mero derecho a la tenencia y no al dominio.

Tales elementos objetivos consistentes en la cualidad del sujeto activo y de la cosa afectada, representan características adicionales que dan vida propia a las hipótesis consignadas en las fracciones primera y cuarta del artículo 223, al extremo que adquieren vida propia y autónoma, sin subordinación a cualquier otra hipótesis típica.

La voluntad de la ley de asignar a estas conductas una objetividad jurídica independiente, se origina de considerar

como valor jurídico preponderante, tanto el deber de fidelidad como el interés de que los bienes que constituyen el patrimonio de la administración pública no sean utilizados para fines ajenos a ella.

Estos razonamientos son extensibles a la hipótesis alternativa de la fracción segunda del artículo, consistente en " utilizar fondos públicos "; ya que, como hemos insistido, *utilizar* es *distraer* y por todo ello ya sería una conducta encuadrable en la fracción primera.

En relación a la conducta identificada por el verbo *otorgar*, si bien es cierto de que está adjetivizada expresamente al artículo 217 del Código, también lo es que la ley le ha otorgado una objetividad jurídica diversa e independiente.

Ello es el resultado de consideraciones específicas:

La razón del artículo 217, está dirigida al interés que tiene la administración pública para que ciertos actos de su competencia, sean realizados mediante el cumplimiento de una serie de requisitos de fondo y de forma establecidos en la ley correspondiente. La ratio radica en el deseo de que la vida administrativa impere con objetividad estricta y con la mayor pureza jurídica.

En cambio, la ratio de la conducta alternativa en mención, está adicionada con un elemento objetivo, relevante -- del interés público para que tales actos no sean otorgados-- para fines distintos - para la promoción o denigración de la imagen social o política de una persona -.

- En base a la distinción manejada por Jiménez de Asúa, los tipos pueden clasificarse como normales o anormales.

Considera tipos normales, aquellos que se integran con elementos objetivos susceptibles de ser conocidos materialmente. En los casos de tipos anormales, se incluyen elementos - normativos y subjetivos cuyo conocimiento implica un juicio valorativo por parte del juzgador [12].

"En estos tipos anormales - indica - en que a más de - los elementos puramente descriptivos, hay elementos normativos y subjetivos, el juez no puede contentarse con el mero - proceso de conocimiento. Incluso ante elementos subjetivos - del tipo, la función objetiva debe ser superada, y sin quebrantar su papel cognoscitivo, penetrar en el ánimo del agente. Con mayor motivo aún en presencia de elementos normativos el juez no ha de reducirse a su habitual menester. En tales hipótesis, que han de ser fijados cuidadosamente en cada caso, el juez de instrucción está obligado a hacer un juicio valorativo sobre la índole antijurídica de la conducta del - autor " [13].

Las referencias subjetivas en el injusto de peculado son claras:

Amén del dolo general necesario para su realización, - cada descripción típica requiere de un dolo específico, en su orden:

- I.-... que para usos propios o ajenos distraiga...;
- II.-...que indebidamente...con el objeto de promover - la imagen política o social...o a fin de denigrar...;
- III.-...que solicite o acepte... a cambio de...;
- IV.-...distraiga...para usos propios o ajenos...

También, encontramos elementos, normativos, tanto de - valoración jurídico como cultural, a saber:

- I.- Todo servidor público...perteneciente al Estado, - al organismo descentralizado o a un particular...si por razón de su cargo...en administración, en depósito...;
- II.-El servidor público...Fondos públicos...los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades...promover la imagen política o social...- denigrar...;
- III.-...Las promociones o denigraciones...fondos públicos...los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades...;

IV.-...obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales...aplicación distinta a la que se les destino.

- En consideración a la unidad o pluralidad de bienes tutelados, el delito de peculado se clasifica como complejo, pues, a diferencia del tipo simple, se tutela no uno sino - dos bienes jurídicos.

En efecto, el tipo tutela, además del patrimonio público frente al daño que pueda causarle el servidor público, - el deber de fidelidad por cuanto al interés colectivo de -- que los servicios públicos funcionen con honradéz, lealtad y eficiencia.

- Existe otra distinción del tipo en cuanto a su formulación: alternativo o acumulativo.

Bettioli señala la distinción, que en su opinión versa: " En la primera se establecen diversas modalidades de realización; diversos actos se prevén alternativamente de manera que su valor fungible hace indiferente la realización de uno o de otro, pues con cualquiera de ellos el delito se conforma. La segunda, formada por hechos acumulativamente previstos, implica autonomía funcional por falta de fungibilidad -

entre los actos, en razón de su diversa exigencia valorativa; en este tipo se recogen una pluralidad de actos delictuosos autónomos entre sí " [14].

Jiménez de Asúa difiere en el sentido en que debe entenderse un tipo de formulación acumulativa, negando la autonomía funcional de los hechos acumulativamente previstos. Atinadamente manifiesta que la realización de un tipo de regimen acumulativo, se requiere la concurrencia de todas las diversas hipótesis previstas en abstracto en la figura rectora [15].

El artículo 223, establece cuatro formas de comisión del delito de peculado. Por su misma enunciación, se establece su carácter disyuntivo; esto es, son autónomos -- entre sí por lo que la verificación de una de ellas, da vida completa al injusto.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- [1] Porte Petit Candaudap Celestino, Apuntamientos de la parte General del Derecho Penal (México: Edit. Porrúa, S. A., 1983) p. 302.
- [2] Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General, 12a. edición; México: Edit. Porrúa S. A., 1978), p. 149.
- [3] Jiménez Huerta, op. cit., p. 54.
- [4] Seminario Judicial de la Federación tomo XXXI, p.1709
- [5] Porte Petit Candaudap, op. cit., p. 379 y 380.
- [6] ibid., p. 383.
- [7] Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano (3a. Edición; México: Edit. Porrúa, S. A., 1974), p. 214.
- [8] ibid., p. 215.
- [9] ibid., p. 216.
- [10] Castellanos Tena, op. cit., p. 137.
- [11] Seminario Judicial de la Federación tomo XV, p. 68 --

- [11] Sexta época. Segunda parte.
- [12] Jiménez de Azua, citado por Pavón Vasconcelos Francisco, op. cit., p. 258.
- [13] Loc. cit.
- [14] Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 259
- [15] ibid., p. 260.

C A P I T U L O I V

ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE PECULADO

Previamente a analizar los aspectos positivos y negativos del delito, es conveniente asentar lo que la doctrina considera como elementos esenciales del delito, y a partir de -- ello esquematizar ordenadamente nuestra exposición.

Haciendo nuestras las palabras de Fernando Castellanos, en principio, podemos decir que la palabra delito deriva -- del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Ahora bien, para Luis Jiménez de Asúa, el delito es -- "la acción u omisión culpable, típicamente antijurídica, penada por la ley, e imputable a un sujeto responsable y sometida en ciertos casos a una condición externa de punibilidad".[1]

Con esta definición podemos afirmar que para él los elementos del delito son: la actividad, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, condición objetiva y punibili -- dad. [2]

Para el maestro Eugenio Cuello Calón, los elementos -- esenciales del delito son la acción, antijuricidad, la tipicidad, la culpabilidad y la punibilidad:

En efecto, señala como elementos del delito:

a) "El delito es un acto humano, es una acción (acción u omisión).

b) Dicho acto humano ha de ser antijurídico, ha de estar en oposición con una norma jurídica (...) no toda acción antijurídica constituye delito, es preciso que corresponda a un tipo legal (figura del delito), definido por la ley (...) así pues, el acto debe ser no sólo antijurídico, sino de una antijuricidad tipificada.

c) El acto ha de ser culpable, imputable a dolo (intención) o a culpa (negligencia) y una acción es imputable cuando puede ponerse a cargo de una determinada persona.

d) La ejecución o la omisión del acto debe estar sancionada con una pena, sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito.

Si concurren estos aspectos esenciales (acción, antijuricidad, tipicidad, culpabilidad, punibilidad) hay delito."--
[3]

Sebastián Soler señala que los elementos del delito -- son: "a) acción, b) antijuricidad o ilicitud, c) la culpabilidad, y d) la adecuación a una figura penal".[4]

En México, juspenalistas como Fernando Castellanos Tena, Francisco Pavón Vasconcelos, Mariano Jiménez Huerta, Celestino Porte Petit, estiman que los elementos esenciales del deli

to son: a) conducta, b) tipicidad, c) antijuricidad, d) culpa bilidad y, e) punibilidad.

Como podemos apreciar, todos los juspenalistas enunciados coinciden en sus consideraciones respecto a este punto. - Ahora bien, todos estos elementos que señala la doctrina como esenciales del delito, los encontramos en el tipo denominado peculado. En seguida haremos un breve análisis de ello.

A) Actividad y falta de acción

Retomando lo asentado en el anterior capítulo, la acción, desde el punto de vista de su contenido lato, comprende tanto el movimiento corporal, representado en su fase externa por el dominio del cuerpo a través de la voluntad, como el no hacer o inactividad.

El primero de tales elementos -acción en sentido estricto, activo o positivo-, podemos definirlo como el comportamiento voluntario y exteriorizado mediante un movimiento corporal de hacer.

Comportamiento voluntario, por que se requiere un nexo psicológico entre el sujeto y su actividad. Que la voluntad y el querer, ordenen y motiven el movimiento corporal; a lo que Porte Petit llama: "voluntariedad inicial". [5]

Exteriorizado mediante un movimiento corporal, ya que si la actividad por sí sola no constituye acción, por la falta del elemento voluntad; ésta, aislada, carece de trascendencia jurídica puesto que el pensamiento no delinque.

En estas condiciones, para efectos del derecho penal, debemos excluir los movimientos reflejos que no son voluntarios y a los que obedezca una fuerza ulterior irresistible.

- Por lo que toca al delito en estudio, con anterioridad puntualizamos que cada una de las descripciones típicas del artículo 223, llevan insito una intención específica.

En los presupuestos especiales de las fracciones primera y cuarta, el elemento conducta consiste en la distracción para usos propios o ajenos de la cosa ajena de la cual tiene la tenencia y no el dominio.

Esta palabra, distracción, sostenemos que es genérica de las específicas de disposición, apropiación y utilización; siendo tal acto el que expresa la actividad típica y determina, a su vez, el momento consumativo.

" La conducta típica del peculado consiste en que el servidor público "...para usos propios o ajenos ...distraya de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular...". El quid fáctico consiste en distraer; esta distracción ha de realizarse con una finalidad específica: "para usos propios o ajenos..."; y ha de recaer sobre objetos pertenecientes "...al Estado, al organismo

descentralizado o a un particular..." [6].

Ello se puede hacer extensivo a la conducta alternativa de utilizar, prevista en la fracción segunda, pues, --- como se ha dicho, utilizar fondos públicos también es distraerlos de su objeto.

Las conductas alternativas descritas en las fracciones segunda y tercera, calificadas con los verbos otorgar, solicitar o aceptar; hablan del nexo que debe existir entre el sujeto y la actividad, ya que será su voluntad la que dirigirá el movimiento corporal requerido en forma específica.

Los presupuestos anteriores, son dables cuando son cometidos con el elemento subjetivo: "...con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona"; o "...realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior...".

Así pues, el delito de peculado es configurable cuando se comete con conciencia y voluntad; no admite configuraciones culposas.

Ausencia de Conducta

Atendiendo fundamentalmente a que las conductas alter-

nativas del delito en estudio, requieren de una necesaria - actividad voluntaria, para integrarlas como el elemento objetivo del delito, habrá hipótesis de ausencia de conducta cuando la actividad concretizada en el acto de distraer, otorgar, solicitar o aceptar, sean involuntarios.

En tal virtud y considerando la propia naturaleza de -- los actos requeridos por el tipo, la posibilidad de su realización sin voluntad, solo sería factible mediante sugestión hipnótica. Ello se daría si el agente acatando el mandato de una voluntad bajo cuyo influjo hipnótico se encuentra, sin culpa, verifica la actividad típica.

b) Tipicidad y ausencia de tipicidad.

Tipo es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos -- protegidos por la norma penal. El tipo es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos legales.

Dado el presupuesto del tipo, la tipicidad la entendemos como la adecuación de la conducta o del hecho con la -- descripción establecida en abstracto por la ley.

Nuestra carta magna establece tal principio en su ar-

tículo 14, al señalar que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

Luego entonces, habrá tipicidad en el peculado, cuando la conducta del individuo encuadre en cualquiera de las descripciones típicas del artículo 223 del Código Penal.

Ahora bien, el artículo en estudio contiene múltiples alusiones a elementos de naturaleza objetiva, normativa y subjetivas, de los que haremos un estudio integrado, en la inteligencia de que profundizaremos en su particularidad en el capítulo V del presente trabajo.

Para ello, consideraremos como hipótesis de tipicidad:

- 1) La calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo.
- 2) La calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto pasivo.
- 3) Los atributos exigidos por el tipo en cuanto al objeto material.
- 4) Los medios de comisión exigidos en la conducta típica.

5) Elementos subjetivos requeridos por el tipo.

1.- La calidad del sujeto activo. El delito de peculado exige cierta cualidad del agente ya que precisamente -- esta, será el presupuesto fáctico que da entrada a la conducta típica.

Para la fracción primera, el sujeto debe reunir la calidad de servidor público según la definición del artículo 108 Constitucional y 212 del Código Penal, y que de ello derive la posibilidad de recibir bienes pertenecientes al Estado, organismo descentralizado o de un particular. Esta posibilidad significa la facultad inherente al cargo, el - que le permite recibir en administración, depósito o por - cualquier otra causa, los bienes que finalmente se apropia.

Una vez que el sujeto mantiene así la tenencia del --- bien, se da el ámbito temporal en el que puede verificarse la actividad dispositiva del mismo distrayendolo de su objeto, para usos propios o ajenos.

Ahora bien, como atinadamente señalan Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, el objeto y destino de tales bienes estará determinado por la Ley de Presupuestos, leyes especiales, decretos legislativos, acuerdos presidenciales o de las Secretarías de Estado y del jefe del Departamento del -

Distrito Federal, o por los ejecutivos de las instituciones descentralizadas, etc. Determinaciones que pueden revestidas en forma verbal o escrita, general o especial y permanente o accidental" [7].

Para la fracción segunda, también es indispensable la calidad de servidor público. Y que de ello derive la facultad de, debidamente, manejar fondos públicos u otorgar cualquiera de los actos enunciados en los incisos A, B, C y D - del artículo 217 del Código Penal.

Solo a partir de tal presupuesto, puede verificarse la conducta por la que el servidor público, con la finalidad precisa y determinada de promover o denigrar la imagen de cualquier persona, indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo -- de uso indebido de atribuciones y facultades.

La fracción tercera como dijimos anteriormente, esta relacionada con la fracción segunda, pues capta la conducta de un tercero en la promoción o denigración indicada en esta última descripción.

Sin embargo, aquí no se exige calidad específica alguna y, por consiguiente, cualquier sujeto puede verificar la solicitud o aceptación para realizar las susodichas promocio

nes o denigraciones.

En la fracción cuarta, la calidad del sujeto estriba en la obligación legal que mantiene para la administración, custodia y aplicación de recursos públicos federales. Ello es indicativo de la necesaria existencia, previa, de una convención de voluntades del Estado u organismo descentralizado, con el sujeto, distinta a la que engendra la calidad de servidor público.

Dentro de los precisos límites de los derechos y obligaciones generados por ese acto jurídico, se establece el marco ideal para la conducta típica consistente en la distracción, de su objeto, de los dineros, para usos propios y ajenos o para una aplicación distinta a su destino original.

El objeto, aplicación y destino originales de tales recursos, se determinan por los mismos actos que señalamos al analizar la fracción primera.

2.- Calidad del sujeto pasivo. Lo constituye el Estado, el organismo descentralizado del Estado o en la que la federación tenga participación y finalmente la colectividad social a la que representa, quienes son las que confían y entregan la cosa o delegan la función pública.

3.- Atributos del objeto material. Como se ha observado, el objeto material sobre el que recae la conducta, atendiendo a la estricta naturaleza del delito, se tratan como bienes patrimoniales del Estado Federal, que quiere decir de la Nación o las de un organismo descentralizado del Estado Federal o en el que la Federación tenga participación presupuestal; o bien de bienes propiedad de un particular que por cualquier causa estén bajo la administración, depósito, etc., del agente por razón de su función pública.

Cabe hacer notar el íntimo nexo que guarda el deber de fidelidad respecto de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio del Estado.

4.- Medios de comisión requeridos por el tipo. En el desarrollo del presente trabajo, persiste la inquietud de como considerar el elemento especial referido a la conducta del sujeto activo y que tiene existencia anterior al desarrollo de la actividad típica, sin el cual no es posible que tenga vida el delito.

Tal situación previa consiste en que el sujeto tenga en los términos de las fracciones I y IV, la tenencia del bien como consecuencia del acto jurídico que lo obliga legalmente a la custodia, administración, etc.; impidiendo

así la facultad de ejecutar algún acto de dominio.

Llegado el caso de la distracción, si previamente no existiere entre el agente y el objeto del delito, tal vinculación jurídica que funda y limita la tenencia, la conducta no encuadraría a la prevista en el tipo.

No hay duda en considerar tal circunstancia como un presupuesto de la conducta. Pero, pareciera también que la distracción, que evidentemente también está vinculada a la posesión precaria o detentación subordinada que ostenta el agente, es parte integrante de un medio comisivo singularizado por ese mismo presupuesto.

La fracción segunda alude a un medio de comisión expreso para la promoción o denigración de la imagen política o social de las personas en ella indicadas.

Tal medio de comisión se hace consentir en la indebida utilización de fondos públicos o indebido otorgamiento de cualquier acto administrativo.

5.- Elementos subjetivos requeridos por el tipo. Hemos manifestado que más frecuentemente de lo que se imagina,-

Los tipos contienen elementos subjetivos referidos al motivo y fin de la conducta descrita.

En ocasiones resulta que el elemento subjetivo hace referencia manifiesta a la culpabilidad, con el uso de expresiones que recuerdan directamente al dolo, a la intención del agente. En otras, la referencia al móvil revela la exigencia del tipo para comprobar la culpabilidad, el propósito o la finalidad evidenciando la vinculación del elemento subjetivo a la antijuricidad.

El delito de peculado, lleva consigo elementos subjetivos referidos a la culpabilidad, pues se considera necesario que el sujeto activo represente en su mente la conducta que va a realizar y su consecuente resultado, y decida en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente se representó. La conducta es dolosa, intencional y voluntaria.

Así mismo, existen referencias al móvil para comprobar la culpabilidad. Los propósitos enunciados en: "para usos propios o ajenos", "para la promoción o denigración", o bien, "a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de ..."; se tratan como elementos subjetivos vinculados a la antijuricidad.

Ausencia de tipicidad.

La ausencia de tipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impide la integración del delito. Ello no equivale desde luego, a la ausencia del tipo.

Efectivamente, en el primer caso, la descripción existe, pero el comportamiento humano en concreto no se adecúa al previsto legalmente en abstracto, y en el segundo caso, no existe previsto por la norma penal la conducta o hecho exteriorizado.

Al respecto, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció: "bien es sabido que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción - por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de los presupuestos, es inconcuso que tipo penal no llega a configurarse" [8].

Para el delito en estudio, seguiremos en sentido negativo, el mismo esquema propuesto para analizar la hipótesis de tipicidad.

1.- La falta de la calidad exigida al agente, es determinante para colegir la atipicidad de la conducta o hecho, pues como se señala Jiménez Huerta: "En este delito la circunstancia citada a la calidad del agente-transforma en peculado una conducta antijurídica, que sin su concurrencia sería delito de abuso de confianza. ---

pues, aunque dicha conducta lesiona también un bien patrimonial, es voluntad de la ley asignar a la misma una objetividad jurídica diversa, habida cuenta de que se considera como valor jurídico preponderante el deber de fidelidad que vincula al sujeto activo con el Estado u Organismo descentralizado en que desempeña sus funciones" [9].

Este punto de vista, asertado fundamentalmente por su referencia al anterior artículo 220 del Código, no contempla las nuevas descripciones del actual artículo 223.

La fracción primera, no sólo presupone la tenencia de la cosa, como consecuencia directa del cargo que ostenta el servidor público, sino también que el cargo, también fundamentalmente y le permita que el bien entre a su esfera de poder material.

Sin este segundo requerimiento, tampoco es posible concebir el delito de peculado.

Imaginemos el caso de un servidor público que recibe la cosa, sin tener facultades para ello, por voluntaria entrega que hace la víctima como consecuencia del estado de error o engaño en que se encuentra, bien motivada por una conducta engañosa del servidor o por un precedente que es simplemente aprovechado por este. Es claro que se configuraría el delito de fraude.

Ahora bien, supongamos el mismo caso pero substituyendo el estado de error o engaño de la víctima, por su conciencia plena de la ausencia de facultades del servidor público. Este conocimiento no le impide trasladar el bien al agente, ante la presencia de un apremio extraordinario y accidental. Esta circunstancia denota que el acto de donde deriva la tenencia es distinto al que origina los derechos y obligaciones de un cargo público, tanto así que no se renuncia a la posesión entendida aquí como el derecho a la custodia y vigilancia de la cosa, de tal manera que el bien sigue objetivamente vinculado a quien lo entrega.

En este caso, la apropiación implica un acto de apoderamiento ilícito integrante del delito de robo.

Por último, pensemos el caso en que un servidor público abusando de su poder, haga que se le entreguen algunos fondos, valores u otra cosa que no se le hayan confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente. Aquí la conducta es constitutiva del delito de abuso de autoridad, según lo describe la fracción VIII del artículo 215.

Todos estos ejemplos se hacen extensivos a la conducta alternativa de utilizar fondos públicos, previsto en la fracción segunda, pues como hemos insistido utilizar es prácticamente una especie del verbo distraer.

Respecto a la conducta alternativa prevista en esta misma fracción bajo el verbo *otorgar*, la falta absoluta de la calidad del agente requerida transforma la conducta en una usurpación de funciones públicas conforme a lo consignado en la fracción primera del artículo 250 del Código.

Si en este mismo caso, concurriera la calidad de servidor público pero sin la facultad legal de otorgar algunos de los actos administrativos indicados, la conducta configuraría el delito de ejercicio indebido de servicio público según la fracción primera del artículo 214.

Por último, la falta de la calidad del sujeto activo -- exigida en la fracción IV del artículo en estudio, consistente en la circunstancia especial de estar obligado legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos, generaría, según como se hiciera de la cosa el agente, - alguno de los delitos patrimoniales previstos en el Código Penal, específicamente fraude o robo.

A quisa de ejemplo, imaginemos el caso en que el sujeto recibe la cosa, que finalmente se apropia mediante engaños, haciendo creer a la víctima que tiene facultades para ello. - Se generaría el delito de fraude y, a su vez, el de usurpación de funciones públicas, dada la ostentación que permite - la tenencia del bien.

2.- En general, los presupuestos del artículo 223 alude a la calidad concreta del sujeto pasivo, que se hace consistir en el carácter público del ente, llámese Estado u organismo público descentralizado.

La falta de esta calidad excluye, en los casos de las fracciones primera y cuarta, la realización del delito de peculado, generando en su lugar alguno de los previstos bajo el título de delito en contra de las personas en su patrimonio, específicamente fraude o abuso de confianza, según sea el caso concreto.

En cuanto a la fracción II se refiere, la ausencia de tal calidad implica el uso de fondos u otorgamiento de actos considerados no públicos y por consiguiente la promoción de la imagen de tal o cual persona es indiferente para el derecho penal.

No sucede así cuando de denigrar se trata, pues en su caso pueden concebirse el delito de injurias o de difamación, más no el de peculado.

3.- Lo asentado en el numeral previo se encuentra indisolublemente unido a la falta de los atributos del objeto material del delito de peculado. En otras palabras la ausencia de tales atributos es generadora de otro delito diverso, bien sea abuso de confianza o fraude atendiendo fundamentalmente -

al medio previo por el que se hace de la tenencia y del bien, para su posterior apropiación.

Inclusive, existirá atipicidad si el objeto no satisface el carácter ínsito de ajeneidad, a lo que corresponde la titularidad legal sobre el bien por parte de la Administración Pública.

En el caso de la fracción II, la mera falta de los atributos del objeto material exigidos por la ley, hace que la conducta sea intrascendente legalmente, salvo en el caso de la denigración, siempre y cuando ésta constituya una injuria o difamación, más sin embargo se tipifica un delito distinto.

4.- Expresada nuestra inquietud por cuanto a considerar como integrante de un medio de comisión, la situación previa a la distracción, consistente en la tenencia fundada y resultante de un acto jurídico; nos impulsa a referirnos a la circunstancia de su ausencia.

Como hemos insistido, en la actividad típica del delito de peculado previsto en las fracciones I y IV, se expresa en el verbo *distraer* -para usos propios o ajenos-. Este acto está condicionado a la naturaleza del acto jurídico de donde emana el de la entrega. Con ello queremos decir, que la cosa va hacia el infractor por voluntaria entrega que de ella se le hace.

Esto es, la cosa se encuentra legítimamente en manos -- del autor quien la posee o detenta por virtud de su cargo, -- por lo que no emplea ni la violencia ni el engaño para la -- apropiación que finalmente realiza.

La ausencia de la situación previa que funda la tenencia, impide que el delito se conciba, pues no podrá hablarse de distracción cuando el infractor va hacia la cosa -apoderamiento- o cuando el acto que fundamenta la tenencia es diverso al de donde emerge la calidad de servidor público facultado, u obligación legal a que se refiere la fracción IV del delito en estudio.

En la fracción II, la falta del medio de comisión previsto de manera expresa, prácticamente excluye no tan sólo la configuración del delito de peculado sino que inclusive, se trataría como una conducta atípica -con la salvedad asentada al analizar la falta de calidad en el sujeto activo-.

5.- Falta de elementos subjetivos requeridos por el tipo. La ausencia de los elementos subjetivos previstos por las distintas descripciones típicas del delito, pueden ser igualmente generadoras de otros diversos delitos.

Supongamos la misma conducta típica prevista en la fracción I con la variante de que el infractor lo distraiga para una aplicación pública a la que estuviere destinada la cosa. Así se concebiría el delito de uso indebido de atribuciones y facultades según la fracción II del artículo 117.

La inexistencia del ánimo previsto en la fracción II, -

"...con el objeto de promover...o a fin de denigrar a cualquier persona..." provocaría la constitución, en el caso referido al otorgamiento indebido de actos administrativos, -- del delito de uso indebido de atribuciones y facultades de conformidad a lo previsto por la fracción III del artículo 217.

En cuanto a la conducta alternativa prevista en esta -- misma fracción caracterizada por el verbo utilizar, es generadora del mismo delito señalado para la fracción primera, -- dada su similar acepción del concepto genérico de distraer.

Respecto a la fracción tercera, se da una contradicción en mi opinión relevante. Tanto así que estimo prácticamente imposible la constitución del delito.

Nótese que el ánimo del agente es el de disfrutar de -- los beneficios derivados de los actos a que se refiere el -- artículo 217 del Código. Este último dispositivo tiene su -- ratio en la mera pureza jurídica que debe imperar en todos -- los actos administrativos públicos, siendo indiferente la -- posible generación de beneficios derivado de su otorgamiento indebido.

Este punto de vista se confirma si atendemos a la razón de otro delito previsto en el artículo 220 del Código al que se le ha denominado como ejercicio abusivo de funciones. Este

supone el otorgamiento indebido de los mismos actos administrativos, con la diferencia de que deben producir beneficios económicos al propio servidor público que los otorga o a -- sus familiares por consanguinidad o afinidad que indica, o a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos económicos, etc.

En otras palabras al existir una duplicidad fáctica en los artículos 217 y 220 su diferenciación se reduce a la -- causación de un resultado típico como efecto de la conducta. Esto es, que las operaciones o actos que indica produzcan o no beneficios económicos.

De todo lo anterior surge de la fracción tercera del -- artículo 223 un obstáculo para su realización plena. ¿ podrá darse la conducta típica, si el medio de comisión por -- sí mismo no es constitutivo del delito de uso indebido de atribuciones y facultades por la mera circunstancia de que ha generado beneficios económicos ?.

Propongamos una solución. Si aceptamos que dos tipos penales resultan incompatibles entre sí cuando para la ejecución del fin delictivo descrito se realiza una conducta -- la que insitadamente integra otra figura típica; convengamos que el fin delictivo propuesto en el ejercicio abusivo de funciones es la de obtener beneficios económicos para las personas que señala. Este fin delictivo no trasciende en la

figura de uso indebido de atribuciones y facultades. Luego entonces, cuando la meta que presida la ejecución del hecho sea la de obtener beneficios económicos se constituye en -- forma preferente y excluyente el delito señalado en primer término. Encuadrado así el problema, el otorgamiento a que alude la fracción tercera del artículo 223, carece del ánimo por parte del servidor público, de que se generen los -- susodichos beneficios económicos. Estos no son más que una mera expectativa del agente como retribución a su solicitud o aceptación de realizar las promociones o denigraciones -- asentadas en dicho numeral.

C) Antijuridicidad y causas de justificación.

La antijuridicidad es "la violación del valor o bien -- protegido a que se contrae el tipo penal respectivo"[10]. Es la conducta antijurídica la que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico.

En este aspecto Carlos Binding establece: "el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal [11].

Atendiendo fundamentalmente a la naturaleza clásica del delito de peculado, la distracción de la cosa requiere necesariamente una actividad voluntaria, para integrar la conducta como elemento objetivo del delito.

Luego entonces, afirmamos que hay antijuricidad en el peculado cuando el acto de distracción del bien no se encuentre justificado en la ley. Por tanto, la distracción es injusta, lo que da lugar a la acción antijurídica.

Ahora bien, el Código Penal condiciona la distracción para usos propios o ajenos -lo que implica el perjuicio - que debe sufrir la administración pública- de tal manera que su inexistencia impida que la conducta se considere antijurídica por cuanto a la configuración del peculado se refiere.

A contrario sentido, es decir, si existiendo perjuicio este se considera lícito porque la actividad del sujeto se encuentra justificada en la ley, tampoco ha lugar a valorar como ilícita su conducta.

Por lo que toca a las suígeneris descripciones típicas previstas en las fracciones segunda y tercera del artículo 223, habrá antijuridicidad cuando la indebida utilización de fondos públicos u otorgamiento de los actos administrativos que indica, cuando tengan como objeto la promoción o de nigración de las personas que señala.

Esto es, si bien es cierto que la descripción esta referida a los actos singularizados con los verbos de utilizar y otorgar, también lo es que condiciona su ilicitud al fin

y propósito, para constituir el tipo. Cabe asentar que difícilmente podríamos afirmar que el perjuicio puede estar - justificado por alguna pretendida disposición verbal; pues, atendiendo al nexo existente entre los núcleos de la descripción, objeto material y el móvil, no puede existir una ley - que lo justifique.

Aquí es pertinente señalar lo que entendemos por perjuicio. Parafraseando a Jiménez Huerta, el perjuicio debe ser estimado desde el punto de vista del que la sufre, por lo que es un concepto cuya valoración se basa en las proyecciones materiales, jurídicas y económicas que emanan del injusto. Basta que el perjuicio se traduzca en una irrecuperabilidad, -- privación temporal, ganancia ilícita o la mera distracción o uso de un bien de derecho a propósitos diversos al interés de su legítimo titular: "no es necesario que se plasme en un -- daño económico, ya que puede existir perfectamente un perjuicio jurídico que no se traduzca en un daño económico"[12].

Resumiendo , es cierto que "a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta y su fase material- y a la escala de valores de Estado (...). La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal específico" [13].

Causas de justificación.

Cuando la conducta que aparentemente es delictiva conforme a derecho, se encuentra afectada por alguna causa de justificación, llamadas también justificantes y causas eliminadoras de la antijuridicidad, se considera que no es antijurídica pues no viola ninguna norma penal.

Para Augusto Köhler, las causas de justificación son -- las que "excluyen la antijuridicidad de la conducta que entra en el hecho objetivo determinado en una ley penal" [14].

Como consecuencia, al concurrir una de estas causas, la acción imputable resulta realizada con derecho, pues no ha sido contraria a él: En consonancia con lo anterior, el agente por medio de su conducta no solo no niega la norma sino que, por el contrario la afirma contra la negación actual.

Respecto a las fracciones primera y cuarta del artículo en estudio, pueden operar como causas de justificación:

- a) Estado de necesidad.
- b) Ejercicio de un derecho.
- c) Cumplimiento de un deber.

Habrá estado de necesidad cuando la distracción es motivada por la situación de peligro en que se encuentre el agente y tal disposición de la cosa es necesaria para la salvaguarda de un bien de mayor jerarquía como el de la vida o la salud.

Aquí se da una colisión de intereses jurídicos, como -- consecuencia de una situación de peligro que solo puede resolverse mediando la lesión del bien de menor jerarquía, -- confirmandose así el principio del interés preponderante.

También el poseedor derivado, puede distraer la cosa en cumplimiento de un mandato legal, emanado de autoridad competente, o bien en el ejercicio de un derecho confirmado y declarado por esta misma autoridad.

En efecto, "el deber puede estar configurado en la ley taxativamente, o puede derivar de la función amparada en la ley, pues el que está obligado a cumplir un deber legal ha de contar con los medios que su prudente arbitrio le aconseje cuando la ley misma no lo fije ni prohíba" [15].

por lo que compete al ejercicio de un derecho debe subrayarse que "la conducta que se ampara en un derecho consignado en la ley es, así mismo afirmación de la ley y no puede ser antijurídica (...) El derecho, para que este amparado en la ley debe ser ejecutado en la vía que la misma ley autorice. Las vías de hecho, personales o reales no están amparadas por la excluyente: Nuestra Constitución establece: ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni --- ejercer violencia para reclamar su derecho" [16].

Por otro lado, en las fracciones segunda y tercera solo

Es dable como causa de justificación, la del estado de necesidad. Pues "sólo una situación de peligro cierto y grave, cuya superación para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno, como único medio para salvaguardar el propio" [17].

D) Imputabilidad y causa de inimputabilidad

La imputabilidad se define 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" [18].

Así pues, este elemento hace referencia a factores de índole psicológico que deben concurrir al momento de cometerse la infracción, para que el sujeto pueda ser considerado como apto o capaz de responder ante el Estado de su ilícito, de su conducta delictuosa.

Estos factores psicológicos, no son más que el querer del sujeto y su capacidad de entendimiento; pues, en efecto, únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y dirigir su voluntad a la violación de la norma, puede ser reprochado.

Luego entonces, afirmamos que para los delitos en general y en el peculado en particular, son imputables todos aque

llos sujetos capaces de dirigir sus actos dentro del orden jurídico, capacidad que se traduce en la posibilidad de obrar - con discernimiento y voluntad, tanto para ajustarse a la norma jurídica como para apartarse de ellas culpablemente.

Causas de inimputabilidad

La inimputabilidad es el carácter negativo de la imputabilidad, elimina el presupuesto de la culpabilidad y con -- cientemente al delito mismo.

Las causas que anulan la imputabilidad son:

a) Minoría de edad. Su particular situación es reconocida en atención a su inmadurez mental, por lo que conforme a la ley son incapaces de comprender el alcance de los actos -- que realizan.

b) Este presupuesto es dable en el delito en estudio, - visto lo establecido tanto por la Ley Federal del Trabajo, co -- mo la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, ordenamientos que preveen que los menores de edad tengan capa -- cidad legal para prestar servicios, percibir los sueldos que correspondan y a disfrutar los derechos y ejercitar las accio -- nes en ellos establecidos. Por consiguiente, mantendrán las -- mismas obligaciones inherentes al trabajo prestado.

En su caso, los menores quedan sujetos al tratamiento -

aplicable en internamiento o en libertad, según indican los artículos 67 y 68 del Código Penal, quedando a discreción del juez penal el término del mismo, el que no puede exceder de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito.

b) Trastorno mental transitorio. La entendemos como la alteración temporal e involuntaria de las facultades mentales sea de origen patológico transitorio, sea por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes.

El sujeto activo que al encontrarse perturbado pasajeramente de sus facultades mentales, verifica el hecho delictuoso constitutivo de peculado, se considera inimputable. Habida cuenta que no actúa con plena conciencia de sus actos, desconociendo, por ende, los efectos y alcance de su conducta.

c) Miedo grave. Tomando la definición de Osorio y Nieto César, podríamos definirlo como "un fenómeno psicológico subjetivo capaz de producir inconciencia, reacciones imprevistas y pérdida del control de la conducta, lo que engendra un estado de inimputabilidad fundamentada en la alteración de las funciones psicológicas". [19]

E) Culpabilidad y causas de inculpabilidad

Si al analizar la imputabilidad hemos sostenido que se

trata, en sentido estricto, de una situación psíquica en abstracto; es la culpabilidad la concreta capacidad de imputación legal del hecho delictuoso.

En efecto, la culpabilidad es un elemento constitutivo del delito, sin el cual no es posible concebir su existencia. Este axioma quedó establecido por Beling al elaborar el principio de *nulla poena sine culpa*, cuyo rango es una de las principales piedras angulares del derecho penal moderno.

La culpabilidad debe limitarse al reproche dirigido al autor por el hecho que realizó y que hubiera podido evitar de observar la conducta que le era exigible. Tanto es así, que actualmente se admite que la culpabilidad tiene fundamento en la capacidad de decisión del hombre, es decir, que basta presuponer la pertenencia del hecho a su autor, a quien se considera como un sujeto capaz de una decisión racional normal, siendo susceptible, por ende, de ser motivado normalmente por el derecho.

"De esta manera, la imputabilidad, y culpabilidad concurren a integrar la responsabilidad penal: declaración jurisdiccional de ser una persona imputable y culpable por una acción determinada y, como consecuencia, sujeto de una pena cierta" [20].

Ahora bien, la culpabilidad reviste dos formas, según sea que el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia: el dolo y la culpa respectivamente.

En otras palabras, se puede delinquir mediante la concreta intención delictuosa (dolo), o bien mediante el olvido o inatención de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida en común (culpa).

El dolo lo define Eugenio Cuello Calón como la "voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso" [21].

A su vez, Jiménez de Asúa lo define como "la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta un deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica" [22].

En mérito de lo anterior, afirmamos que la adecuación de la conducta al tipo legal establecido en el delito de peculado, es dolosa, toda vez que se requiere:

1.- Realizar una acción positiva, singularizada con los verbos: distraer, utilizar, otorgar, solicitar o aceptar.

2.- De los elementos subjetivos y referidos al móvil, - que hacen manifiesto el interés y fin de la acción: "para -- usos propios o ajenos"; "para la promoción o denigración" y; - "a cambio de fondos públicos o del disfrute de beneficios..."

3.- Que la acción la verifique en el ámbito temporal re presentado por el acto de ejercicio de la tenencia del objeto material.

4.- Que dicho objeto material lo hubiere recibido preci samente por razón de su cargo o del acto jurídico que lo obli ga a la custodia, administración o aplicación; fundando así - la tenencia sea a título de posesión derivada, sea como deten tación subordinada.

5.- Que el objeto material sea una cosa ajena pertene-- ciente a la Administración Pública o a un particular.

Concluyendo, podemos indicar que el peculado es un deli to de necesario comisión dolosa. Requiere no tan sólo del do lo genérico, consistente en representar, querer y llevar a - cabo alguna de las acciones enunciadas, sino que además se ne cesita del dolo específico consistente en el ánimo de dominio y de lucro.

Causas de inculpabilidad

Con el nombre de inculpabilidad se conocen aquellas --

causas que controvierten directamente el contenido subjetivo del delito, toda vez que el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

Son tres las causas genéricas de exclusión de culpabilidad, que pueden darse en el peculado:

a) El error. Que el falso concepto de la verdad, el conocimiento equivocado que una persona tiene, es decir, la realidad no corresponde a la idea que de ella tiene el sujeto -- (art. 15, fracción XV).

En efecto, cuando el autor cree, mediado el error esencial e inevitable, que no hay obligación de respetar la forma de comportamiento previsto en la norma, no existe la posibilidad individual de actuar conforme al orden jurídico. Por consiguiente, tal conducta no obstante ser típica y antijurídica, no es reprochable.

Podemos afirmar que si el agente no conoce alguna de -- las circunstancias enunciadas al referirnos a la culpabilidad dolosa en el delito de peculado, se estaría en presencia de un error que excluye el dolo y, por tanto, impide la configuración del delito.

b) No exigibilidad de otra conducta. Esta se presenta cuando existe un temor fundado e irresistible. Si el sujeto actúa bajo la amenaza de un mal inminente y grave sobre su --

persona, o de otra a quien le ligan lazos de afecto, no será culpable del delito de peculado pues como se aprecia, actúa - bajo coacción o violencia moral (art. 15, fracción IV).

En otras palabras: aunque el agente haya tenido la posibilidad de actuar de otra forma, al mediar la coacción o violencia moral hay inexigibilidad y, por consiguiente, se excluye la culpabilidad. Esto último se da independientemente de que se suprima o no en el sujeto activo, su capacidad de querer y entender la acción constitutiva del delito.

c) Obediencia jerárquica. La entendemos como el cumplimiento que verifica un subordinado respecto de una orden proveniente de una persona (art. 15, fracción VII).

En el delito de peculado se requiere de tres circunstancias para su procedencia: Que el subordinado carezca del poder de inspección, que el mismo tenga la obligación legal de obedecer y que la orden no sea notoriamente ilícita.

F) Punibilidad

Siguiendo a Pavón Vasconcelos, entendemos por punibilidad "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en la norma jurídica, dictadas para garantizar la permanencia del orden social" [23].

Desde un punto de vista dogmático, el artículo 7° del Código establece que el delito es la acción u omisión que sanciona las leyes penales, por lo que inferimos que la pena es consecuencia directa del delito.

Los dos últimos párrafos del artículo 223, señalan las sanciones aplicables atendiendo, fundamentalmente, al monto del perjuicio causado y apreciado en dinero:

"Al que comete el delito de peculado se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de 500 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuado, se impondrán de 3 meses a dos años de prisión, multa de 30 a 300 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución o inhabilitación de 3 meses a 2 años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de 500 veces - el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de 2 años a 14 - - años de prisión, multa de 300 a 500 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de 2 años a 14 años para desempeñar otro empleo, -- cargo o comisión públicos."

Es de llamar la atención el claro defecto legislativo, - pues no establece de manera contundente que sanción y como ésta se llegaría a determinar, respecto de las conductas alternativas previstas en las fracciones II y III.

Es incuestionable la dificultad de valorar el perjuicio ocasionado por la promoción o denigración de la imagen personal, así como el monto de los beneficios derivados del otorgamiento indebido de un acto administrativo (máxime lo indicado a este respecto al analizar la falta de los elementos subjetivos requeridos por el tipo).

Sin embargo, en vista del cúmulo de indeterminaciones - que imperan en el nuevo artículo 223, podemos atrevernos a indicar que su sanción sería la prevista en el penúltimo párrafo de tal numeral, ajustándose a la fórmula enunciada, "no -- sea valuable".

Por otro lado, adicionalmente las penas previstas por - el tipo, el artículo 30 prevee la reparación del daño y hasta dos tantos el valor de la cosa o de los bienes obtenidos por el delito.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- [1] Jiménez de Azúa Luis, Tratado de Derecho Penal (tomo-III, 4a. Edición: Buenos Aires Argentina; Edit. Losada, S. A.; 1963) p. 84.
- [2] Castellanos Tena, op. cit., p. 134.
- [3] Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal (tomo I, parte general, 17a Edición: España; Bosch, Casa Editorial, S. A.; 1975) p. 290.
- [4] Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino (tomo IV 8a. reimpresión; Argentina: tipografía Editora Argentina, 1978), p. 208.
- [5] Porte Petit Caundaudap, op. cit., p. 302 .
- [6] Jiménez Huerta, op. cit., p. 51
- [7] Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, op. cit., p.492.
- [8] Semanario Judicial de la Federación tomo CXIX, p.2884.
- [9] Jiménez Huerta, op. cit., p. 50.
- [10] Castellanos Tena, op. cit., p. 176 .
- [11] Loc. cit.

- [12] Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano México: Edit. Porrúa, S. A., 1983, Vol. IV, p. 125.
- [13] Castellanos Tena, op. cit., p. 177.
- [14] Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano (Parte General); México: Edit. Porrúa, S. A.; 1980) p.432.
- [15] Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, op. cit., - - p. 113.
- [16] ibid., p. 114.
- [17] Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 299.
- [18] Castellanos Tena, op. cit., p. 218.
- [19] Osorio y Nieto César, Síntesis de Derecho Penal (parte general, 1a. Edición); México: Edit. Trillas, S. A. de C. V.; 1984) p. 65.
- [20] Carrancá y Trujillo Raúl, op. cit., p. 415.
- [21] Castellanos Tena, op. cit., p. 223.
- [22] Loc. cit.
- [23] Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 395.

C A P I T U L O V

ELEMENTOS DEL TIPO

En el capítulo previo, habíamos indicado que el tipo es la descripción legal de una conducta considerada como delito y que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

Sin embargo, hay que hacer notar que en ocasiones la ley se limita a formular meramente la conducta prohibida u ordenada, según el caso, por lo que entonces no puede hablarse estrictamente de una descripción plena del delito sino de una parte del mismo.

Tanto así que, como puntualizamos al estudiar la tipicidad, el artículo 223 contiene múltiples alusiones a elementos de naturaleza objetiva, normativa y subjetiva dignas de análisis.

Por ello, una vez expuestos los aspectos positivos y negativos del delito de peculado, toca profundizar respecto de cada uno de los elementos constitutivos del tipo, aún y a riesgo de ser reiterativos.

A) Presupuestos de la conducta

Conforme a lo señalado por Porte Petit, en su libro - Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal, entendemos como presupuestos de la conducta o del hecho, aquellos - antecedentes jurídicos o materiales previos e indispensables para que pueda realizarse la conducta o hechos típicos.

De ahí deducimos que los requisitos de los presupuestos de la conducta o el hecho pueden ser:

- "a) Un antecedente jurídico o material
- b) Previo a la realización de la conducta o del hecho
- c) Necesario para la existencia - de la conducta o hecho descritos por el tipo ". [1]

Consecuentemente, se afirma que la falta de un presupuesto de la conducta o del hecho implica la imposibilidad - de la realización de la conducta o del hecho descrito en la norma penal.

Por último, cabe asentar que según Manzini "los presupuestos jurídicos del hecho son las normas de derecho y - - otros actos jurídicos de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para que el delito exista, y presupuestos materiales del hecho son las condiciones reales pre-

existentes, en los cuales debe iniciarse y ampliarse la ejecución del hecho." (2)

Ahora bien, como ya destacamos con anterioridad al clasificar el delito de peculado en orden al resultado y al hablar de la conducta, ésta se constituye con cualquiera de -- los actos singularizados en las fracciones I, II y IV, con -- los verbos *distraer, utilizar u otorgar*: la mera realización de tales actos indica el momento consumativo del supuesto, -- pues de acuerdo a las descripciones típicas, no se requiere de ningún resultado material.

Por esta idea, estimamos más propio el hablar concretamente del presupuesto de la conducta en relación al delito -- que examinamos.

De acuerdo con las fracciones I, II y IV del artículo 223 del Código, encontramos elementos especiales referidos -- a la conducta del sujeto activo y que tiene existencia anterior al desarrollo de la actividad típica y sin los cuales -- no es posible concebir al delito. Tales situaciones previas -- consisten en:

a) El antecedente de que el agente sea un servidor público, o que se encuentre obligado legalmente a la administración, custodia o aplicación de recursos públicos federales.

b) Que tal situación previa permita, a su vez: que el activo tenga la tenencia de la cosa, sin que ello implique -- la posibilidad de ejecutar actos de dominio.

En tal virtud, tales presupuestos especiales referidos a la conducta del sujeto activo, se constituyen: el primero , como un presupuesto de índole jurídico y, el segundo a un presupuesto de naturaleza material.

Aquí surge la duda por cuanto a qué debemos entender -- por tenencia de la cosa, para cuyo efecto podemos acudir a -- lo dispuesto por los Artículos 790, 791, 793 y 798 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal.

El artículo 790 indica:

" Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el Artículo 793. Posee un derecho el que goza de él ".

Por otro lado, el artículo 791 señala:

"Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, -- una posesión derivada".

El artículo 793, indica:

"Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en -- que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que -- de él ha recibido, no se le considera poseedor."

Finalmente, el artículo 798 expresa:

"La posesión da al que la tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales. El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído. "

De los anteriores dispositivos legales, concluimos que sólo en cierto sentido la tenencia puede ser sinónimo de posesión, teniendo aquella una connotación más generica, pudiendo captar tanto el significado de la detentación subordinada que se refiere el artículo 793 como el de la posesión. Por el contrario, el término posesión tiene una connotación más rigurosa, susceptible de escindirse en posesión originaria y posesión derivada.

En estas condiciones, las Fracciones I y II del delito de peculado hablan de la tenencia en el sentido de una detentación subordinada, ya que acude a expresiones que resaltan -

la existencia de una subordinación económica del agente, que lo obliga a conformarse con las instrucciones recibidas por virtud de un empleo, trabajo u oficio que desempeñe en favor del propietario.

Por el contrario la fracción IV, hace referencia a la tenencia como a la posesión derivada al indicar que cualquier persona que sin tener *el carácter de servidor público federal* se encuentre *obligada legalmente* a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales.

Aquí se infiere la inexistencia de una subordinación económica y laboral.

En estas condiciones podemos subrayar la importancia fundamental que tiene el determinar la naturaleza del acto de entrega de la cosa, pues el Código alude a términos que tanto se refieren a una detentación subordinada, como indudablemente a una posesión precaria.

B) Elemento típico objetivo y referencias exigidas por el tipo.

La doctrina entiende como elementos típicos objetivos o descriptivos del tipo:

a) "Estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados especial y temporalmente, perceptibles por los-

sentidos objetivos, fijados en la ley por el legislador y forma descriptiva". [3]

b) "Estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor". [4]

Así podemos asegurar que el elemento típico objetivo, lo constituyen todos aquellos elementos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y que posibilitan la descripción de la conducta o del hecho que pueden ser materia de imputación y responsabilidad penal.

Estos elementos que resaltan la conducta, comúnmente llamados como el núcleo del tipo, se constituyen en una acción u omisión trascendentes para el derecho y son expresados generalmente por un verbo.

Como ya hemos asentado, en el delito de peculado el núcleo del tipo está singularizado en los verbos *distraer, utilizar u otorgar y solicitar o aceptar*.

Adicionalmente al núcleo del tipo, existen otros elementos que se hacen consistir en referencias conectadas con la conducta y que resultan verdaderas modalidades de la misma. Al extremo de que se requiere su concurrencia para la adecuación típica.

En concordancia con el esquema propuesto por Pavón Vasconcelos, estos elementos son de naturaleza objetiva, normativa y subjetiva.

1.- Elementos objetivos. Por tales entendemos aquellos susceptibles de ser apreciados por el mero conocimiento y cuya intención es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal. Estos elementos son:

a) Calidades referidas al sujeto activo: En estos casos la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo, queda subordinado a la calidad específica y determinada por el tipo.

b) Calidades referidas al sujeto pasivo: Aquí acontece el fenómeno de la ausencia del elemento típico cuando el sujeto afectado no reúne la específica calidad requerida por el tipo. Por ende, se da la impunidad de la conducta o del hecho en el especial ámbito del tipo concreto.

c) Referencias temporales y espaciales: A veces, la punibilidad de la conducta o del hecho, se encuentra a condición a ciertas referencias de tiempo y lugar al extremo que su no satisfacción provoca la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión.

d) Referencias a los medios de comisión: Existen casos en que la norma penal exige el empleo de determinado medio comisivo para considerar integrada la conducta típica.

e) Referencias al objeto material: Aquí sobresale la importancia de la calidad del objeto sobre el que recae la conducta, o sea al objeto material o corporal de la acción.

2.- Elementos normativos. Como tales comprendemos a aquellos elementos que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. Implican una valoración que de ellos aplica el juzgador.

Tal valoración puede ser jurídica, de acuerdo al contenido *iuris* del elemento normativo, o cultural, cuando la valorización se realice conforme a un criterio extrajurídico.

3.- Elementos subjetivos. Como indica Jiménez Huerta: "El legislador al confeccionar los tipos penales hace algunas veces, también por razones técnicas, una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido en que el autor ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta". [5]

Entonces los elementos subjetivos son el motivo o fin de la conducta desplegada por el autor. En ocasiones el elemento subjetivo hace referencia clara a la culpabilidad, con el uso de expresiones que aluden a la intención (voluntariamente, a sabiendas, intencionalmente, maliciosamente, etc.). En otras, la referencia al móvil revela la exigencia del tipo

para comprobar la culpabilidad, pues el mismo propósito o finalidad resaltan la vinculación del elemento subjetivo a la antijuricidad (proponiéndose un interés, propósito de causar perjuicios, etc).

Como ya hemos demostrado en el delito en examen, existen:

- Elementos de índole objetivo: Pues se dan calidades - tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo, atributos del objeto material y, además, se expresan medios comisivos específicos.

- Elementos normativos: Dado que existen elementos que requieren tanto de una valoración jurídica como cultural.

- Elementos subjetivos: En vista de la existencia de -- elementos indicativos del dolo de la gente y, otros, vinculados a la antijuricidad pues aluden al móvil para comprobar la culpa.

C) Sujeto activo

Sólo el hombre es sujeto activo del delito, pues únicamente él está provisto de capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión, infringir la norma penal.

"Se dice que una persona es sujeto activo cuando reali

za la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual), o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor)". [6]

Habíamos indicado que el sujeto activo en el delito de peculado, debía reunir la calidad de servidor público, conforme a lo dispuesto por los artículos 108 Constitucional y 212 del Código y, además, que precisamente derivado de esa circunstancia tuviera la posibilidad de recibir en administración, en depósito, o por cualquier otra causa, la cosa objeto del injusto.

Este punto de vista puede hacerse extensivo, con sus debidas proporciones, a la descripción típica prevista en la fracción segunda del delito en estudio, dado que la posibilidad de manejar fondos públicos y la de otorgar alguno de los actos enunciados en el artículo 217, deben ser una consecuencia directa del cargo.

Sin embargo, respecto a la calidad *sui generis* del sujeto a que se refiere la fracción IV, persiste la inquietud de esclarecer nuestro punto de vista de considerarlo como una persona obligada a la custodia, administración y aplicación -

de recursos públicos federales, como consecuencia de un acto jurídico diverso al que engendra la calidad de servidor público.

El artículo 212 del Código establece que para los efectos del título décimo -delitos cometidos por servidores públicos- se considerará servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración, etc.

Esta disposición obscurece el significado de la fracción IV del delito de peculado, pues si se da por asentado que el sujeto mantiene la facultad de custodiar, administrar o aplicar los recursos públicos federales, ello necesariamente implica el manejo de recursos públicos federales y, por consiguiente, su conducta típica sería encuadrable de por sí en la fracción I.

Pero también es necesario puntualizar que el espíritu del artículo 108 Constitucional y del propio artículo 212 del Código, parece referirse directamente a los denominados doctrinalmente como altos funcionarios, y a los servidores públicos que mantienen una relación de trabajo.

Si seguimos esta idea podríamos establecer que el manejo de los recursos económicos federales debe darse como resultado de un cargo o empleo públicos, para que su distracción -

pueda considerarse constitutivo del delito de peculado.

Así se explicaría la necesidad de la fórmula "cualquier persona que sin tener carácter de servidor público federal y estando legalmente obligado a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales".

D) Sujeto pasivo

En todo injusto debe existir un sujeto pasivo, considerado como el titular del bien jurídico protegido por la ley.

Bettioli considera, que "en todo delito existen dos sujetos pasivos: uno constante, esto es, el Estado Administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual, - dado por el titular del interés concreto violado por la infracción y que se toma especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento del derecho-habiente de la querrela y de la acción civil que puede hacerse valer en el curso del procedimiento penal". [7]

En el caso específico del artículo 223, se considera como sujeto activo, al Estado y al organismo descentralizado, - como poderes jurídicos son titulares de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal y en tal virtud pueden ser ofendidos o víctimas de la conducta típica.

No obsta, para tal afirmación, que el tipo aluda a -- bienes pertenecientes a un particular, pues ello está contemplado bajo la circunstancia de que el sujeto activo obtiene el bien precisamente en razón y ejercicio de su cargo público - pago de contribuciones, cuotas, etc. --.

Esta idea se robustece si tomamos en cuenta la responsabilidad subsidiaria del Estado, prevista en la fracción sexta del artículo 32 del Código Penal.

Respecto de las fracciones segunda y tercera, pareciera que alude también a una persona física como posible sujeto pasivo. Sin embargo, se trata de una apariencia engañosa.

Cuando vimos que el delito de peculado se clasificaba como un delito formal y de lesión, subrayamos que lo relevante es la acción que contraría el precepto legal, independientemente de la mutación que se llegare a presentar o no, en el mundo material. Así como la simple circunstancia de emplear bienes y derechos patrimoniales con fines distintos a los pretendidos por el titular de dicho patrimonio, lleva de por sí el perjuicio de este último; entonces, la mera utilización indebida de los fondos públicos u otorgamiento de los actos públicos administrativos, con un fin substancialmente distinto al previsto por el Estado, en principio, le causa perjuicio a este y no a un particular.

Lo anterior no impide que si el objetivo del agente es alcanzado, se genere el concurso real del peculado -por cuanto al perjuicio del Estado-, con las injurias o difamación -- que se llegare a alcanzar -por cuanto al sujeto afectado-.

E) El objeto material

Al referirnos al objeto material, lo primero que nos viene a la mente son los conceptos de patrimonio y de propiedad, y si estos le son atribuibles al Estado, considerado éste como un ente jurídico.

En principio, el ordenamiento penal no define lo que debemos entender por patrimonio ni por propiedad para los efectos de una adecuación típica. Ello ha provocado la participación de los doctrinarios al efecto de determinar si se debe o no tomar en cuenta otras disciplinas jurídicas y en especial del derecho privado, o bien para elaborar un concepto privado del derecho penal.

Según el ordenamiento civil, su doctrina clásica representada por Abreu y Rau, el patrimonio no es más que un atributo de la personalidad, concepto del cual se desprenden dos características esenciales:

- 1.- El patrimonio es la universalidad jurídica; es decir que todos los derechos de una persona se encuentran con-

tenidos en un bloque, íntimamente ligados entre sí. Activo y pasivo se encuentran comprendidos dentro de la misma universalidad.

2.- El patrimonio está unido a la persona. Es como afirman Abreu y Rau "una emanación de la personalidad y la expresión de la potestad jurídica de la que una persona se encuentra investida como tal".[B]

Son pues un conjunto de derechos y obligaciones de una valorización pecuniaria.

Es especialmente por la primera de las dos características enunciadas con anterioridad por la que la doctrina penal se ha estimulado al efecto de elaborar un concepto diferente de patrimonio por estimar que:

1.- Lo protegido con la pena no es una universalidad, -- sino por el contrario, derechos individualmente considerados.

2.- Lo lesionado por el delito es el derecho de la víctima sobre uno o más objetos concretos.

Sin embargo, en el Código existen antecedentes dogmáticos que aluden a la imposibilidad material de cuantificar en dinero el monto del perjuicio, de lo que inferimos la existencia de bienes inmateriales susceptibles de ser afectados, como serían los derechos personales de carácter patrimonial o dere-

cho de crédito.

Luego entonces, parafraseando Jiménez Huerta, si la común doctrina privatística considera como noción del patrimonio sólo los casos o derechos susceptibles de ser valorados en dinero, la tutela penal del patrimonio va más allá pues -- abarca también aquellos casos que carecen de valor económico(9).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- [1] Porte Petit Candaudap, op. cit., p. 261.
- [2] Loc. cit.
- [3] Mezger, citado por Porte Petit Candaudap, op. cit., -
p. 431.
- [4] ibid., p. 432.
- [5] Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano (Méxi-
co: Edit. Porrúa, S. A.; 1983) Vol. I, p. 89.
- [6] Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 143.
- [7] Bettiol, citado por Porte Petit Candaudap, op. cit.,
p. 441.
- [8] F. Cárdenas Raúl, Derecho Penal Mexicano del Robo (1a.
Edición; México: Edit. Porrúa, S. A.; 1977), p. 15.
- [9] Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano (Méxi-
co: Edit. Porrúa, S. A.; 1983) Vol. IV, p. 11.

C O N C L U S I O N E S

1. La noción de peculado tiene su punto de partida en el Derecho Romano, existiendo desde ese entonces la misma motivación de proteger al patrimonio público y al deber de fidelidad de aquellos individuos a quienes el Estado les delegaba una función pública.

2. Consideramos que el delito en estudio tutela un bien jurídico complejo, al brindar el mismo rango de protección y de importancia, tanto a la integridad del patrimonio público, como de la fidelidad pública.

3. Doctrinalmente, habrá peculado de apoderamiento cuando para la comisión del injusto se despliegue no tan sólo el dolo genérico, sino también el dolo específico evidenciado por el ánimo de apropiación.

4. Doctrinalmente, habrá peculado de uso cuando para la comisión del injusto se despliegue, amén del dolo genérico, el dolo específico consistente en el ánimo de uso temporal con la fija intención de devolverlo.

5. En orden a la conducta, el delito de peculado se clasifica como de acción y unisubsistente, admitiendo excepcionalmente el carácter plurisubsistente.

6. En orden al resultado, el delito en estudio se considera instantáneo eventualmente permanentes y formal.

7. En orden al tipo, el delito examen se clasifica como especial, autónomo, anormal, complejo y de formulación alternativa.

8. Para la integración de este delito se requiere de la ejecución de alguno de los actos singularizados con los verbos distraer, utilizar u otorgar y solicitar o aceptar, siempre con la conciencia y voluntad evidenciadas en los elementos subjetivos indicados en cada una de las fracciones -- del Artículo 223.

9. Exígease para la configuración del injusto no tan sólo la calidad de servidor público o de estar obligado legalmente a la custodia, administración o aplicación de la cosa que se apropia; sino, además, el de que ésta ingrese a su esfera de poder por razón directa de aquella, o bien, que la posibilidad de otorgar alguno de los actos enunciados en el Art. 217 sea atribución propia al cargo público.

10. En el delito en examen el sujeto pasivo lo constituye el Estado, el organismo descentralizado del Estado o en el que la Federación tenga participación, quién finalmente ve quebrantado su patrimonio.

11. Respecto a las fracciones I, II y IV existe un presupuesto de naturaleza jurídico previo a la conducta típica del delito de peculado, consistente en la calidad del activo,

esto es servidor público.

12. Como consecuencia de lo anterior se da un presupuesto de la conducta de índole material, que se hace consistir - en la tenencia que asume el agente de la cosa, como atribución propia a su cargo.

13. En el delito de peculado existen referencias de índole objetivo, normativos y subjetivos.

EPITOME

Para una tesis que pretendió profundizar en la explicación del delito de peculado, desafortunadamente poco tratado en la doctrina, no cabía sino esperar la propuesta de un cambio por --- cuanto a su conceptualización dogmática contenida en el actual Artículo 223.

El presente epítome confirma tal suposición pretendiendo manejar ahora un enfoque estrictamente crítico, recapitulando en lo fundamental nuestra anterior exposición lata.

1. La Fracción Primera contiene la naturaleza estricta del delito de peculado, la que enunciamos como la distracción que verifica el servidor público, respecto de los bienes que le han sido entregados por razón de su cargo público.

2. La conducta alternativa prevista en la Fracción Segunda, singularizada con el verbo *utilizar*, es ociosa y repetitiva pues se trata de un comportamiento encuadrable en la Fracción Primera. En efecto *utilizar* tanto significa como --- *distraer*.

3. La otra conducta alternativa prevista en esta misma fracción subraya en la frase " otorgar ... alguno de los ac--

tos a que se refiere el Artículo de uso indebido de atribuciones y facultades ..." presupone tipificar doblemente una misma conducta fáctica, contraviniendo así el principio non bis in idem.

4. El elemento subjetivo exigido por la Fracción Segunda, carece de trascendencia en la recta configuración del delito de peculado. En cuanto a la acción de *utilizar*, solo evidencia la *distracción* de tales fondos para un objeto distinto al del servicio público, confirmando así nuestra idea indicada en el numeral 2. Respecto a la conducta enunciada con el verbo *otorgar*, el elemento subjetivo nos hace afirmar la inutilidad de esta descripción dado que el mero otorgamiento de los actos referidos en el Artículo 217 son ya sancionados por este mismo dispositivo legal.

5. Ambas conductas fácticas descritas en la Fracción Segunda, aluden al elemento normativo de *indebidamente*, lo que equivale a la incongruencia de admitir la posibilidad de que esas mismas conductas son susceptibles de efectuarse *debidamente* para el objeto indicado.

6. La Fracción III está íntimamente relacionada con la anterior fracción, pues trata de captar la participación de otra persona para la promoción o denigración. Ello nos hace afirmar que tal participación está de por sí sancionado con -

forme a lo dispuesto en la parte final del Artículo 212 relacionada con la Fracción II del Artículo 217.

7. Además, de la lectura de esta misma Fracción Tercera se desprende una contradicción que imposibilita la adecuación del tipo. Decimos esto, en tanto que presupone que los actos indicados en el Artículo 217 son susceptibles de generar beneficios, ratio que considero ajeno a este último delito.

8. La Fracción Cuarta, finalmente conduce a confusiones dado que el juzgador debe acudir a una interpretación -- verdaderamente sofisticada para establecer quién debe ser -- considerado como obligado legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, sin que, a su vez, se le considere servidor público federal conforme a la definición del Artículo 212.

Por todo lo anteriormente asentado proponemos la reforma del Artículo 223, del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, derogando las Fracciones Segunda, Tercera y Cuarta; para quedar como sigue:

Comete el delito de peculado, todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto bienes pertenecientes al Estado,

al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.

1. ALMARAZ JOSE, "Exposición de Motivos del Código Penal de 1929". Parte General: México: 1931.
2. CABANELLAS GUILLERMO, "Diccionario de Derecho Usual".
3. CARDONA ARIZMENDI E., "Apuntamientos de Derecho Penal", - 2a. Edición-México: Cárdenas Editor y Distribuidor; 1976.
4. CARDONA ARIZMENDI E. y OJEDA RODRIGUEZ C., "Nuevo Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato", 1a. Edición; - México: Cárdenas Editor y Distribuidor; 1978.
5. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, "Derecho Penal Mexicano", Parte General, México: Editorial Porrúa, S.A.; 1980.
6. CARRANCA Y TRUJILLO R. y CARRANCA Y RIVAS R. "Código Penal Anotado", México: Editorial Porrúa, S.A.; 1983.
7. CARRERA FRANCESCO, "Programa de Derecho Criminal", 3a. --- reimpresión; Colombia: Editorial Temis Bogota, Vol. IV y IX, 1980.
8. CASTELLANOS TENA FERNANDO, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Parte General, deodécima Edición; México: Editorial Porrúa S.A.; 1978.
9. CUELLO CALON EUGENIO, "Derecho Penal" tomos I y II, 14a. -- Edición; Barcelona España: BOSCH, Casa Editorial, S.A.; 1980.
10. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 19a. Edición.
11. F. CARDENAS RAUL, "Derecho Penal Mexicano del Robo", 1a. Edición; México: Editorial Porrúa, S.A.; 1977.
12. F. CARDENAS RAUL, "Responsabilidad de los Funcionarios Públicos", 1a. Edición; México; Editorial Porrúa, S.A.; 1982.

13. FLORIS MARGADANT GUILLERMO, "Derecho Romano", 8a. Edición; México: Editorial Esfinge, S.A.; 1978.
14. GONZALEZ DE LA VEGA RENE, "Comentarios al Código Penal", - México : Cárdenas Editor y Distribuidor; 1981.
15. JIMENEZ DE ASUA LUIS, "Tratado de Derecho Penal", 4a. Edición; Buenos Aires Argentina: Editorial Lozada, S.A.; 1963.
16. JIMENEZ HUERTA MARIANO, "Derecho Penal Mexicano", tomos I, IV, V y suplemento, 4a. Edición; México: Editorial Porrúa, S.A.; 1981.
17. OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO, "Síntesis de Derecho Penal", parte General, 1a. Edición; México: Editorial Trillas, S.A. de C.V.; 1984.
18. PAVON VASCONCELOS F., "Comentarios de Derecho Penal" 3a. - Edición; México: Editorial Porrúa, S.A.; 1974.
19. PETIT EUGENE, "Tratado Elemental de Derecho Romano", México: Editorial Epoca, S.A.: 1978.
20. PORTE PENAL CANDAUDAP CELESTINO, "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal", México: Editorial Jurídica Mexicana; 1969.
21. ROJINA VILLEGAS RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano", 4a. Edición; México: Editorial Porrúa, S.A.; tomos I, III y IV, 1981.
22. SERRA ROJAS ANDRES, " Derecho Administrativo", 9a. Edición; México: Editorial Porrúa, S.A.; Tomos I y II, 1979.
23. TENA RAMIREZ FELIPE, "Derecho Constitucional Mexicano", 15a. Edición; México: Editorial Porrúa, S.A.; 1977.
24. SOLER SEBASTIAN, "Derecho Penal Argentino", 8va. reimpresión

total; Buenos Aires Argentina: Tipográfica Editorial Argentina; Tomos I y IV, 1978.

LEGISLACION CONSULTADA

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, - "Reforma Política", Gaceta Informativa de la Comisión -- Electoral, México 1979.
2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, - septuagésima primera Edición; Editorial Porrúa, S.A.: México; 1985.
3. Código Penal para el Distrito y Territorio de Baja California, Editorial Herrero Hermanos - Sucesores - 1871.
4. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, -- Edición Oficial; Talleres Gráficos de la Nación: México; comenzó a regir el 15 de diciembre de 1929.
5. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales; - Ediciones Botas: México; comenzó a regir el 17 de septiembre de 1931.
6. Código para el Distrito Federal, trigésima tercera Edición; Editorial Porrúa, S.A.: México; 1980.
7. Código para el Distrito Federal cuadragésima edición; -- Editorial Porrúa, S.A. : México; 1985.
8. "Código de Procedimientos Penales", Colección Porrúa, México 1985.
9. "Código Civil para el Distrito Federal", Editorial Porrúa, S.A., México 1985.

10. "Nueva Ley Federal del Trabajo", Editores Mexicanos Unidos, S.A., 1984.
11. Ley Federal Trabajadores al Servicio del Estado, Ediciones Andrade, S.A., 1986.
12. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 13a. Edición, Editorial Porrúa, S.A.: México; 1984.
13. Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos Ediciones Andrade; Editorial Porrúa 1986, Ley Orgánica.
14. Apéndice de Jurisprudencia al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975; Mayo Ediciones: México; 1975.