



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
ACATLAN

“ESTUDIO DOGMÁTICO DEL
DELITO DE PECULADO”

M-0036591

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JUAN DELGADO ZARATE

ACATLAN, EDO. DE MEX.

1982



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

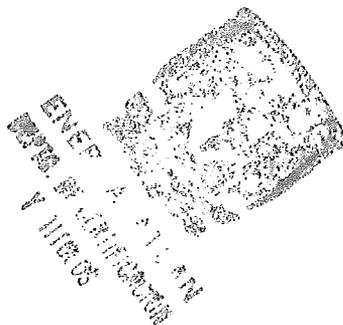
El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición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

A MI ESPOSA :

MARÍA DEL ROSARIO GUERRERO ESTRADA

POR SU AMOR, COMPRENSIÓN Y AYUDA,
QUE HICIERON POSIBLE UN IDEAL.

I



A MIS HIJAS :

DELIA,
GUADALUPE,
CLAUDIA

LA PERSEVERANCIA Y SACRIFICIOS,
HACEN ALCANZABLE CUALQUIER OBJETIVO.

A MI MADRE:

COMO HOMENAJE PÓSTUMO.

EN LA VIDA EXISTEN COSAS GRANDES,
PERO NINGUNA EQUIPARABLE AL SER -
QUE NOS DIÓ LA VIDA.

A MI PADRE :

COMO UN HOMENAJE

EL MUNDO DE TODO SER, ES LO
GRANDE, COMO GRANDE SEA EL .
ESTUDIO QUE DEL MISMO REALIZA
EL SER.

A LOS SEÑORES :

ISABEL ESTRADA REYES
RAYMUNDO GUERRERO ORTÍZ

POR SU APOYO MORAL, MOTIVADOR,
DE MI IDEAL.

A MIS HERMANOS

MANUEL,

JESÚS,

ANA,

Luis,

JORGE Y

MARÍA.

LAS PERSONAS DEBEN PERMANECER UNIDAS,
YA QUE SU ESENCIA ES SOCIAL Y LA
FAMILIA ES EL MIEMBRO PRIMARIO
DE LA SOCIEDAD.

A MI DIRECTOR DE TESIS :

LIC. JUAN CARLOS VELÁZQUEZ MANZANITA

EL HOMBRE NO ES GRANDE POR SU CULTURA,
STATUS SOCIAL O ECONÓMICO, SINO EN LA
MEDIDA EN QUE AYUDA A SUS SEMEJANTES.

A MIS MAESTROS :

DE PRIMARIA,
SECUNDARIA,
BACHILLERATO Y
FACULTAD.

CITADOS EN FORMA GENERAL, PARA NO
OMITIR NINGUNO EN RAZÓN QUE CADA
UNO CONTRIBUYÓ A MI CULTURA, - -
PREMISA DE MI IDEAL.

VIII .

A LA U. N. A. M.

INSTITUCION FORMADORA DE PROFESIONISTAS
QUE COADYUVAN CON EL PROGRESO DE LA
PATRIA Y DEL SER HUMANO.

A UN HOMBRE Y A UNA COMPAÑIA :

ROBERT E. MAYER
GENERAL ELECTRIC DE MÉXICO
GENERAL ELECTRIC DE VENEZUELA

POR SU COLABORACIÓN FUNDAMENTAL
PARA ALCANZAR MI IDEAL.

I N T R O D U C C I O N

EL ESTADO, PARA CUMPLIR O MATERIALIZAR SUS FUNCIONES, NECESITA DE BIENES MATERIALES QUE BIEN PUEDEN SER ADQUIRIDOS O RECIBIDOS POR PARTE DE LOS PARTICULARES ENTRE LOS OBJETIVOS DEL ESTADO ESTÁ EL DE RESOLVER LAS - NECESIDADES COLECTIVAS, EN TAL VIRTUD LOS BIENES MUEBLES O INMUEBLES DEBEN SER PROTEGIDOS MEDIANTE DISPOSICIONES- JURÍDICAS QUE REGULEN LA CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS MISMOS, EN RAZÓN DE QUE EL ESTADO ES POSEEDOR PRIMA- RIO DE DICHS BIENES Y LA COMUNIDAD COMO SEGUNDA PROPIE- TARIA DE LOS MISMOS.

EN LA ACTUALIDAD LAS DISPOSICIONES JURÍDI- CAS REGULADORAS DE LOS BIENES DEL ESTADO, SE HAYAN DIS- PERSAS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS VIGENTES, NO EXIS- TIENDO UNA UNIDAD Y COORDINACIÓN ENTRE LOS MISMOS, MÁS - AÚN QUE SOLO PARTE DEL UNIVERSO PATRIMONIAL DEL ESTADO - SE HAYA GARANTIZADO, COMO POR EJEMPLO LOS DESTINADOS A - LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y ALGÚN OTRO BIEN DE LA FEDERA- CIÓN, DEJANDO A UNA GRAN PARTE DEL UNIVERSO PATRIMONIAL- DEL ESTADO SIN PROTECCIÓN ALGUNA, EL DAÑO QUE SE CAUSA - EN UNOS Y OTROS BIENES ES EL MISMO POR LO TANTO EL DERE- CHO DEBE COMPRENDER A TODO ESE UNIVERSO PATRIMONIAL.

ASIMISMO, EL DERECHO POSITIVO MEXICANO NO CONTEMPLA EL UNIVERSO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS -- CUALQUIERA QUE SEA SU POSICIÓN EN LA ORGANIZACIÓN ESTATAL, -- ENCONTRÁNDONOS AL IGUAL QUE LOS BIENES QUE ÚNICAMENTE SE ENCUENTRA REGULADO EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CUÁNTO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS O BIEN EN CUÁNTO A LA FEDERACIÓN RESPECTO DE LA COORDINACIÓN FISCAL.

LA FUNCIÓN REGULADORA DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO SE REDUCE A RECUPERAR PARTE O EN ALGUNOS CASOS EL TOTAL DE BIENES DISPUESTOS EN FORMA ILÍCITA POR LOS FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PÚBLICOS, OLVIDANDO PARA TODO EFECTO LAS LESIONES QUE SUFRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DERIVANDO EN QUE NUESTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS VIGENTES NO CONTEMPLAN LA LESIÓN EN SU DOBLE ASPECTO.

EXISTE UN OLVIDO POR PARTE DEL DERECHO CON -- RESPECTO A LOS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS QUE TODA EMPRESA DEBE OBSERVAR SI QUIERE OBTENER BUENOS RESULTADOS, SIENDO -- EL ESTADO LA MAYOR EMPRESA, DEBE NECESARIAMENTE VINCULAR -- LOS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS CON EL DERECHO Y AÚN MÁS RELACIONARLOS CON LA ECONOMÍA Y LA POLÍTICA SI SE QUIEREN TENER BUENOS RESULTADOS, ES DECIR SI SE QUIERE PROTEGER EL -- UNIVERSO PATRIMONIAL ESTATAL.

EL ESTADO MODERNO EXIGE UN ESTADO DE DERECHO, DONDE LA ACTIVIDAD DE LOS PARTICULARES SEA PROTEGIDA Y GARANTIZADA POR EL DERECHO, ASIMISMO LA ACTIVIDAD DEL ESTADO DEBE SER DE MANERA PLENA Y CONFORME A DERECHO, EN TAL VIRTUD EL DERECHO DEBE SER TAN DINÁMICO COMO DINÁMICO DEBE SER EL AVANCE DE LA SOCIEDAD, CIENCIAS Y ARTES.

LA FALTA DE APLICACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO --- EXISTENTE O LA AUSENCIA DE UNA NORMA REGULADORA QUE PROTEJA EL BIEN ESTATAL, PERMITE LESIONES CONTÍNUAS QUE REPRESENTAN UN PELIGRO, EN EL ASPECTO POLÍTICO PODEMOS MENCIONAR QUE SE CREA UNA FALTA DE CREDIBILIDAD QUE AFECTA A LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS, ASIMISMO SI EXISTE UNA DISMINUCIÓN EN LOS RECURSOS ESTATALES SE VERÁN REDUCIDOS LOS OBJETIVOS DEL ESTADO.

LA SOCIEDAD TIENE INTERÉS EN QUE SE REGULE DE MANERA EFICAZ Y OPORTUNA LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO DEL ESTADO, MEDIANTE NORMAS JURÍDICAS QUE PROTEJAN Y GARANTIZEN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA POR LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS AL SERVICIO DEL ESTADO.

ES URGENTE QUE LAS LEYES SECUNDARIAS DETERMINEN CON TODA PRECISIÓN EL PROCEDIMIENTO Y LAS SANCIONES A QUE SE HAGA ACREEDOR UN FUNCIONARIO O EMPLEADO PÚBLICO, CUALQUIERA QUE SEA SU JERARQUÍA, YA QUE NO PUEDE HABER UN INTERÉS MAYOR QUE EL INTERÉS PÚBLICO, POR TAL RAZÓN LA POLÍTICA Y EL DERECHO NO DEBEN SER EXCLUYENTES SINO COMPLEMENTARIOS.

" ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE PECULADO "

M-0036891

CAPITULO I

- 1.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS
- 2.- DEFINICIÓN, ELEMENTOS Y TIPICIDAD
- 3.- CLASIFICACIÓN.

1.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La historia del Derecho Penal en México, puede decirse, empieza con la conquista, en vista que con anterioridad a la conquista los datos aún están latiendo para que alguien los descubra, debido a que con la información con que contamos de las culturas precortesianas y los grandes vestigios arquitectónicos, culturales, solamente podemos afirmar que si existió a pesar que este derecho penal pueda decirse era rudimentario pues emanaba de una cultura que no había alcanzado la perfección legislativa, por lo tanto, los rasgos no pueden ser sino incipientes y rudimentarios de su cultura jurídica; se puede afirmar que la civilización conquistadora fué impositiva y borra la estructura jurídica indígena imponiéndole su legislación rica y abundante de los conquistadores, pero inadecuada a su vida y costumbres, por ello, el maestro Macedo dice : " la influencia del rudimentario derecho indio en la génesis del pueblo mexicano es de difícil comprobación, los mexicanos, aún el indio de raza pura, está totalmente desprendido de toda idea jurídica propiamente indígena, es decir que tenga su raíz y origen en los usos y costumbres precortesianas,(1) de esta manera encontramos dos grandes culturas que sobresalen por su estado de civilización la Azteca y la Maya "

(1) Macedo Miguel S. apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano, :Cultura; México 1931. pág. 13 y 14.

En cuánto a los aztecas, es donde más se ha encontrado vestigios de la existencia de un ordenamiento penal, quizás por su estudio que se ha hecho de esta cultura o debido al grado cultural que tenía, el Derecho Penal Azteca como más adelante veremos y como escribe Kohler : "EL DERECHO PENAL MEXICANO ES TESTIMONIO DE SEVERIDAD MORAL, DE CONCEPCIÓN DURA DE LA VIDA, Y DE NOTABLE COHESIÓN POLÍTICA. EL SISTEMA PENAL ERA CASI DRACONIANO, " (2)

Este autor hace resaltar tres condiciones importantes: la moral, una concepción de la vida y la política, las cuales conforman el aspecto interior y exterior del derecho punitivo, de acuerdo a las penalidades establecidas en el derecho azteca no cuesta mucho trabajo entender porque el sistema es casi draconiano, " OTRA COSA ES HABLAR DE LAS CONSIDERACIONES SOCIOLÓGICAS, ETNOLÓGICAS E HISTÓRICAS EN GENERAL DE LAS CUALES PUEDE DEDUCIRSE EL PORQUE DE DICHO SISTEMA," (3)

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

- (2).- El Derecho Penal de los Aztecas,: Criminalía, T. III, págs; 228 y sigs.
- (3).- Carranca y Rivas Raúl. Derecho Penitenciario. Ed. Porrúa. México 1981. pág. 13.

La restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales en contraste con nuestro sistema de castigo al culpable. El destierro o la muerte era la suerte que esperaba el malhechor que ponía en peligro a la comunidad. Un ejemplo tomado al azar de los delitos y castigos pondrá de manifiesto el temor a las leyes aztecas y el por qué de que nunca haya sido necesario recurrir al encarcelamiento como medio para hacer cumplir el castigo de un crimen. Sin embargo se empleaban jaulas y cercados para confinar a los prisioneros antes de ser juzgados o de sacrificarlos. (4)

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

Vaillant nos explica, que el robo se castigaba con la esclavitud, hasta que se hiciera la restitución de lo robado, o con una multa del doble de la cantidad robada (UNA PARTE PARA LA VÍCTIMA Y OTRA PARA EL TESORO DEL CLAN), que el robo en camino real con la pena de muerte, lo mismo que el robo del maíz, cuando estaba creciendo en el campo, con la pena de muerte, que el asesinato, incluso el de un esclavo, con pena similar; que la intemperancia (VICIO DEL QUE NO SABE MODERAR SUS APETITOS) con la reprobación social, el descrédito público y hasta la muerte por lapidación y a golpes, que la calumnia con el

(4).- Vaillant, C. George. La Civilización Azteca, F. C. E. México 1980, pág. 105.

corte de los labios y algunas veces también de los oídos; que la horca era el castigo común para la violación de las leyes del incesto, y que la sodomía se sancionaba con repugnante brutalidad, según cita el maestro Carranca y Rivas. (5)

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

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

(5). Opus Cit. pág. 14,

rehabilitación sino se pretendía evitar el crimen por medio de ese convenio.

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

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

" 33 LA CUARTA MANERA ERA LA DEL SACRIFICIO, DONDE -
 IBAN A PARAR LOS ESCLAVOS DONDE UNOS MORÍAN ABIERTOS POR MEDIO; OTROS
 DEGOLLADOS, OTROS QUEMADOS; OTROS ASPADOS; OTROS ASAETADOS, OTROS -
 DESPEÑADOS; OTROS EMPALADOS; OTROS DESOLLADOS CON LAS MÁS CRUELES E -
 INHUMANOS SACRIFICIOS, " (6)

Como podemos observar, al no existir ni siquiera un sistema rudimentario o incipiente de readaptación, hace pensar que la penalidad era en forma inhumana, infiriendo que era una civilización primitiva con una evolución cultural tímida y complicada, que de alguna forma no son congruentes con otros aspectos sociales desarrollados en forma sobresaliente, pero comprueba la ferocidad del sistema penal y de la represión penal en la organización azteca.

Sobre el particular encontramos también que el Maestro Carrancá y Trujillo señala que EN CUÁNTO A LOS PUEBLOS ORGANIZADOS SOBRE EL TERRITORIO DE MÉXICO HASTA EL DESCUBRIMIENTO (1511) LAS IDEAS MÁS SEGURAS DE LOS HISTORIADORES SON : LA DESIGUALDAD JERÁRQUICA Y SOCIAL, ARISTOCRACIA GUERRERA Y SACERDOTAL QUE EL PODER MILITAR Y EL RELIGIOSO HAN SIDO SIEMPRE JUNTOS PARA EL DOMINIO DE LOS PUEBLOS, FLOTANDO SOBRE LAS DESIGUALDADES ECONÓMICAS; EN UNA PALABRA, OLIGÁRQUÍAS DOMINANTES Y, COMO CONSECUENCIA, LA JUSTICIA PENAL DIFERENCIADA SEGÚN LAS CLASES CON PENAS DIVERSAS SEGÚN LA CONDICIÓN SOCIAL DE LOS INFRACTORES." (7)

(6) Opus. Cit. pág. 15 y 16.

(7) Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México 1974. pág. 71 y sigs.

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

Carrancá y Trujillo también hacen referencia al Código Penal de Netzahualcoyotl vigente para Texcoco, es uno de los vestigios más importantes del derecho precortesiano y a pesar de no ser azteca sí tiene relevancia en esta época, se dice que " EL JUEZ TENÍA AMPLIA LIBERTAD PARA FIJAR LAS PENAS ENTRE LAS QUE SE CONTABAN PRINCIPALMENTE LAS DE MUERTE Y ESCLAVITUD, CON LA CONFISCACIÓN, DESTIERRO, SUSPENSIÓN O DESTITUCIÓN DE EMPLEO Y HASTA PRISIÓN EN CÁRCEL, O EN EL PROPIO DOMICILIO." (8)

Los adúlteros sorprendidos infraganti delicto eran lapidados o estrangulados, Orozco y Berra anota haber contemplado todavía a mediados del siglo XIX, en la Biblioteca del Código Máximo de los Jesuitas en México, una pintura indígena colonial que representaba la lapidación de unos adúlteros (¿ NO SERÍA ACASO, LA PENA EXISTENTE EN EL DERECHO HEBRAICO ?) (9)

(8).- Opus cit. p.p. 72 y 73.

(9).- Cuadernos Criminalia 1946, Botas, México.

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

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

En el Código Penal de Netzahualcoyotl no se encuentra algo parecido a lo que hoy conocemos como peculado o malversación de fondos, existía la traición al Rey y el robo pero a pesar de la denominación la pena era casi igual a la que dictaba el Derecho Azteca. Carrancá y Trujillo recopila de otras fuentes lo siguiente : SEGÚN LO MENCIONA CARRANCÁ Y RIVAS " EL LADRÓN DEBÍA SER ARRASTRADO POR LAS CALLES Y DESPUES AHORCADO; AL HOMICIDA, DECAPITADO Y SI ERA PLEBEYO, PERDÍA SU LIBERTAD A LA PRIMERA INFRACCIÓN Y A LA SEGUNDA ERA MUERTO; A LOS HISTORIADORES QUE CONSIGNABAN HECHOS FALSOS Y A LOS LADRONES DEL CAMPO QUE ROBABAN SIETE O MÁS MAZORCAS. (10)

(10).- Opus Cit. p.p. 18.

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

" LA RECOPIACIÓN DE LEYES DE LOS ÍNDIOS DE LA NUEVA ESPAÑA, ANAHUAC O MÉXICO." En dichas leyes para el efecto, de nuestro estudio debemos considerarlos como antecedentes pero aún sin la clasificación o denominación del peculado, la pena para el traidor al rey y para el ladrón, la pena era la horca, respecto a la autenticidad de estas leyes responde De Alcóbiz así : " TODO ESTO SOBRE DICHO ES VERDAD PORQUE YO LAS SAQUÉ DE UN LIBRO DE SUS PINTURAS, A DONDE POR PINTURAS ESTAN ESCRITAS ESTAS LEYES; EN UN LIBRO MUY AUTÉNTICO Y PORQUE ES VERDAD LO FIRMÉ DE MI NOMBRE. (11)

Con respecto a las leyes tlaxcaltecas de las cuales se pueden decir lo mismo que las leyes texcocanas, con menos fundamentos y vestigios que estos últimos, el maestro Carranca y Rivas cita que Carrancá y Trujillo dice : " PENA DE MUERTE PARA EL QUE FALTARA AL RESPETO A SUS PADRES, PARA EL CAUSANTE DE GRAVE DAÑO AL PUEBLO, PARA EL TRAIADOR AL REY AL ESTADO, PARA EL QUE EN LA GUERRA USARA LAS INSIGNIAS REALES, PARA EL QUE MALTRATARA A UN EMBAJADOR, GUERRERO Ó MINISTRO DEL REY, PARA LOS QUE DESTRUYERAN LOS LÍMITES PUESTOS EN EL CAMPO, PARA LOS JUECES QUE SENTENCIARAN INJUSTAMENTE O CONTRA LA LEY

(11).- Carrancá y Trujillo Raúl.- Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa México 1980. pág. 115.

A QUE DIERAN AL REY RELACIÓN FALSA DE ALGÚN NEGOCIO, PARA EL QUE EN LA GUERRA ROMPIERA HOSTILIDADES SIN ORDEN PARA ELLO O ABANDONARA O DESOBEDECIERA, PARA EL QUE MATARA A LA MUJER PROPIA AUNQUE LA SORPRENDIERA EN ADULTERIO, PARA LOS ADÚLTEROS, PARA EL INCESTUOSO EN PRIMER GRADO, PARA EL HOMBRE O LA MUJER QUE USARA VESTIDOS IMPROPIOS DE SU SEXO, PARA EL LADRÓN DE JOYAS DE ORO, PARA LOS DELAPILADORES DE LA HERENCIA DE SUS PADRES. (12)

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

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

Regresando al Derecho Azteca, el emperador en forma conjunta con el consejo supremo de Gobierno, el cual era formado por cuatro miembros que debían ser hermanos, primos o sobrinos, y de los cuales se elegía el sucesor del emperador, eran los que

(12).- Opus Cit. p. p. 18.

juzgaban y ejecutaban las sentencias, el juicio se hacía en audiencia pública en una sola instancia y sin apelación de ninguna índole.

Existía una ley del Tali6n, los ejecutores que se negaran a efectuar la pena dictada en sentencia judicial, sufrirían la misma pena.

Nos sigue diciendo el maestro Carrancá y Rivas que - Carlos H. Alba en su estudio de Derecho comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Vigente no dá un catálogo de delitos y penas en el Derecho Penal Azteca señalando las siguientes : DESTIERRO, PENAS INFAMANTES, PÉRDIDA DE LA NOBLEZA, SUSPENSIÓN DE EMPLEO, DESTITUCIÓN DE EMPLEO, ESCLAVITUD, ARRESTO, PRISIÓN, DEMOLISIÓN DE CASA, PENAS CORPORALES, PENAS PECUNIARIAS, CONFISCACIÓN DE BIENES, MUERTE. Es importante hacer notar que la suspensión y la destitución del empleo, así como las penas pecuniarias, las conocieron los aztecas siglos antes que nosotros. La pena de muerte se aplicaba en diferentes formas : INCINERACIÓN EN VIDA, DECAPITACIÓN, ESTRANGULACIÓN, DESCUARTIZAMIENTO, EMPALAMIENTO, LAPIDACIÓN, GARROTE, MACHACAMIENTO DE LA CABEZA. (13)

No cabe duda que los aztecas son nuestro primer antecedente del delito del peculado, sobremanera llama la atención la -

suspensión y destitución del empleo que la causa principal para que se aplicara esta pena debe haber sido por malversación de peculio y más aún cuando hablando de confiscación y de acuerdo con lo que dice - - Sahagún : " NO ERA RARO QUE LA PENA DE MUERTE FUESE ACOMPAÑADO DE LA CONFISCACIÓN, PECULADO (NOTA SAHAGÚN VIII, 14), Y EN OTRA CITA DE ESTE AUTOR ENCONTRAMOS QUE DICE : " Y PARA EL PECULADO LA PENA DE MUERTE, - ESPECIALMENTE EL QUE SE COMETÍA POR ADMINISTRADOR REAL (621 SAHAGÚN - VIII 19)." (14)

Atento a lo anterior es indudable que el primer antecedente del delito de peculado en México, lo encontramos en el Código Penal Azteca el cual transcribe dicho derecho, ofrecía las siguientes características : PENAS AL MARGEN DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN SU GRAN MAYORÍA Y PENAS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN FORMA MINORITARIA. LA CIVILIZACIÓN AZTECA NO LE DABA IMPORTANCIA A LA REHABILITACIÓN O LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, PARA ELLOS LA PENA DEBÍA AFLIGIR, TORTURAR, SATISFACER UN INSTINTO PRIMITIVO DE JUSTICIA EN LAS EXISTENTES CLASES SOCIALES.

El maestro Carrancá y Rivas hace la mención al profesor Lucio Mendieta y Nuñez en la Enciclopedia Ilustrada Mexicana, señala que LA RIÑA ERA CASTIGADA CON ARRESTO EN LA CÁRCEL más para los delitos de aborto, abuso de confianza, adulterio, alcahuetería, asalto, calumnia, calumnia judicial, daño en propiedad ajena, embriaguez -

(14).- Cuadernos Criminología. Botas México.

estupro, encubrimiento, falso testimonio, falsificación de medidas, hechicería, homicidio, incesto, malversación de fondos, peculado, pederastía, riña, robo, sedición, traición, etc., las penas recorrían una amplísima gama, exceptuando la de prisión. (15)

Al referirse el maestro Carrancá y Riva a Francisco Javier Clavijero quien en su obra "HISTORIA ANTIGUA DE MÉXICO", al referirse a las leyes penales menciona que estas leyes no estaban escritas pero se perpetuaban en la memoria de los hombres, así por la tradición general como por las pinturas. (16)

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

Por otra parte el propio autor señala que no sabemos que los mexicanos prescribiesen alguna pena contra los que murmuraban del gobierno; parece que no hacían gran caudal de aquel desahogo del amor propio de los súbditos que tanto se teme en otros países. (17)

(15).- Opus cit. p.p. 21

(16).- Opus cit. p.p. 25

(17).- Opus cit. p.p. 26

Sin embargo en las listas de Clavijero no encontramos que se mencione el peculado y alguna forma parecida a este delito, que por lo expuesto por Sahagún y otros autores este delito existía entre los aztecas como ya hemos expuesto en algunas notas, y un estudio realizado por Carlos H. Alba cuya obra no se encuentra en el mercado y que tiende a desaparecer, elaboró un catálogo de delitos y penas del Derecho Penal Azteca que Raúl Carrancá y Rivas reproduce en su obra Derecho Penitenciario, y que por ser muestra antecedente primario debemos reproducirlo.

" PRINCIPALES DELITOS Y PENAS CORRESPONDIENTES.

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

DELITOS

Traición al Rey o al Estado
Encubrimiento de tal traición, por parte de los parientes.

Encubrimiento General

PENAS

Descuartizamiento.

Pérdida de la libertad
(no se especifica si -
en la cárcel o en esclavitud).

La misma pena con que -
se castiga el hecho ---

DELITOS

Espionaje.

Rebelión del señor o príncipe vasallo del imperio azteca, que trate de liberarse de él,

Encubrimiento de los parientes, hasta el 4º grado, que habiendo tenido conocimiento de traición al soberano no lo han comunicado.

Uso en la guerra o en alguna fiesta, de las insignias o armas reales de México, de Texcoco o de Tacuba.

Deserción en la guerra.

Indisciplina en la guerra.

Insubordinación en la guerra.

Cobardía en la guerra

Robo en la guerra.

Traición en la guerra.

Robo de armas e insignias militares

Dejar escapar un soldado, ó guardián a un prisionero de guerra.

Hacer en guerra, alguna hostilidad a los enemigos sin orden de los jefes.

Acometimiento en la guerra, antes de tiempo.

PENAS

delictuoso cometido o que iba a cometerse.

Desollamiento en vida.

Muerte por golpes de porra en la cabeza y confiscación de bienes.

Esclavitud.

Muerte y confiscación de bienes.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Muerte

Muerte.

Deguello

Deguello

Deguello

DELITOS	PENAS
Abandono en la guerra de la bandera.	Deguello.
Quebrantamiento de algún bando publicado en el ejército.	Deguello.
Maltrato de algún embajador, ministro ó correo del Rey, dentro del camino real.	Muerte.
Retorno de un embajador sin respuesta alguna.	Deguello.
Incumplimiento del cometido por parte de los embajadores.	Deguello.
Amotinamiento en el pueblo	Muerte.
Desprendimiento o cambio de los mojones puestos con autoridad pública en las tierras.	Muerte.
Dictar un juez sentencia injusta o nó conforme a las leyes.	Muerte.
Relación infiel, por parte de un juez, de alguna causa al Rey o al superior.	Muerte.
Dejarse un Juez corromper con dones (cohecho).	Muerte.
Peculado.	Muerte.
Peculado cometido por un administrador real.	Muerte y confiscación de bienes.

DELITOS

PENAS

Malversación

Esclavitud.

Ejercicio de funciones en jueces y magistrados, fuera de palacio.

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

Negativa para cumplir la sentencia, por parte de los ejecutores.

La misma pena que se nieguen a ejecutar.

Alteración en el mercado de las medidas establecidas por los jueces.

Muerte, sin dilación en el lugar de los hechos.

Incumplimiento de sus tareas en los funcionarios del mercado.

Pérdida de empleo y destierro.

Hurto en el mercado.

Lapidación en el sitio de los hechos.

Homicidio, aunque se ejecute en un esclavo.

Muerte.

Privación de la vida de otro por medio de bebedizos.

Ahorcadura.

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

Muerte.

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

Muerte.

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

Lapidación o quebrantamiento de la cabeza entre

DELITOS

Incesto en primer grado de consanguinidad o de afinidad.

Pecado nefando (sodomía)

Pecado nefando (sodomía) cuando el delincuente es sacerdote.

Alcahuetería.

Prostitución en las mujeres nobles.

Vestirse de mujer el hombre o de hombre la mujer.

PENAS

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

Ahorcadura.

Ahorcadura.

Muerte en hohuera.

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

Ahorcadura.

Ahorcadura.

DELITOS

Lesbianismo

Homosexualidad en el hombre.

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

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

Relaciones sexuales entre sacerdotes y sacerdotizas.

Encubrimiento del delito anterior.

Introducción subrepticia en los lugares donde se educan las doncellas.

Conversación clandestina entre una sacerdotiza, una mujer consagrada al templo o una joven educada, con alguna persona del sexo masculino.

Robo de cosas leves.

PENAS

Muerte por garrote.

Empalamiento para el sujeto activo; extracción de las entrañas por el orificio anal para el pasivo.

Privación del sacerdocio, y destierro. En algunos casos la muerte.

Castigo riguroso, e incluso la muerte.

La muerte con garrote (secretamente), incineración del cadáver, demolición de casa y confiscación de bienes.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Satisfacción del agravado;

DELITOS

Hurto de oro o de plata.

Hurto de cierto número de mazorcas de maíz de alguna sementera, o arrancadura de cierto número de plantas útiles.

Venta de algún niño perdido, simulando que es esclavo.

Venta de tierras ajenas que se tienen en administración.

PENAS

lapidación si la cosa hurtada ya no existe, o si el ladrón no tiene con que pagar su equivalente.

Pase denigratorio del ladrón por las calles de la ciudad, y posterior sacrificio del mismo en honra de Dios de los plateros.

Pérdida de la libertad en favor del dueño de la sementera (una excluyente por estado de necesidad: robar de la sementera o de los árboles frutales que hay sobre el camino, cuando baste para remediar la necesidad presente).

Pérdida de la libertad y de los bienes, de cuyo producto se aplica la mitad al niño para sus alimentos, y del resto se paga el precio al comprador para restituir al dicho niño su libertad.

Esclavitud y pérdida de los bienes

DELITOS

PENAS

Irresponsabilidad de los tutores al no dar buena cuenta de los bienes de sus pupilos, Ahorcadura.

Disipación en vicios, de parte de los hijos que han heredado la hacienda de sus padres. Ahorcadura.

Arrogancia frente a los padres, en los nobles o en los hijos de los príncipes. Destierro temporal.

Despilfarro, en los plebeyos del matrimonio de los padres. Esclavitud.

Vicio y desobediencia en los hijos jóvenes de ambos sexos. Corte del cabello y pintura de las orejas, brazos y muñecas; aplicándose esta pena por los padres.

Injurias, amenazas ó golpes, en la persona del padre o de la madre. Muerte al activo, y sus descendientes no podrán su ceder a sus abuelos en los bienes de éstos.

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

Hacer algunos maleficios. Sacrificado en honra de los dioses.

Exceso de los funcionarios en el cobro de los tributos. Trasquilamiento en público y destitución de empleo, en casos leves; en casos graves muerte.

DELITOS

Embriaguez en los jóvenes.

Embriaguez en los hombres prevectos,

Mentira grave y perjudicial.

Calumnia pública, grave.

Acusación calumniosa.

PENAS

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

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

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

Muerte.

La misma pena que corresponde al hecho falso denunciado.

DELITOS

PENAS

Falso testimonio.

La misma pena que corresponde al hecho falso atestiguado.

Hechicería que atraiga sobre la ciudad, pueblo o imperio, calamidades públicas.

Muerte abriendo el pecho.

Riña.

CARCEL. Si uno de los rijos resulta herido, el herido pagará gastos de curación y daños causados.

Lesiones a terceros fuera de riña.

CARCEL. Se pagarán además los gastos de curación y los perjuicios causados a la víctima.

Como podemos observar el Derecho Azteca establecía el delito de peculado, el cual era sancionado, si no era administrador real con la pena de muerte y si este revestía ese carácter recibía la pena de muerte y confiscación de bienes, pero al mismo tiempo se habla de malversación, la cual se castigaba con la esclavitud, en nuestro derecho actual puede decirse que la malversación de peculio de un particular es abuso de confianza; pero si lo realiza un funcionario o empleado en bienes del Estado o bienes de particulares bajo la responsabilidad del Estado es peculado, a pesar de no encontrar más datos que el peculado entre los aztecas se refería a los bienes del Estado y malversación como lo de nomina Carlos H. Alba, eran con bienes de particulares que estaban bajo la responsabilidad del Estado.

Otra gran cultura es la Maya, por lo que debemos ver que esencia y perfiles tenía su derecho, el cual era diferente a la azteca, con perfiles de más sensitiva, un sentido de la vida más refinado, una concepción del mundo en una forma metafórica más profunda, existe una delicadeza en contra de la rudeza de los aztecas-quizás por su esencia misma ya que eran guerreros y conquistadores, mientras que los mayas por lo avanzado de su cultura se dedicaban más a la ciencia, y en consecuencia su derecho penal reflejaba esas características; a gisa de ejemplo, Thompson dice : " *con relación al pueblo maya, que el abandono de hacer no estaba castigado y escribe Carrancá y Trujillo: el adúltero era entregado al ofendido, - - quien podía perdonarlo o bien matarlo y en cuánto a la mujer su vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes; el robo de cosa que no podía ser devuelto se castigaba con la esclavitud. Suma benignidad sería ésta, si se tiene en cuenta lo que nos revela la Crónica de Chac-Xulub-Chen (1542) a los traidores, a los súbditos (de Ah Chac Cocom) primeramente los arrojaron en las cuevas y destruyeron los ojos en la gran cueva de la comadreja. No hubo a -- quien los ojos no hubiesen destruido en la cueva, " el propio autor indica que Fray Diego de Landa : " Que a esta gente les quedó de - Mayapán la costumbre de castigar a los adúlteros de esta manera : hecha la pesquisa y convencido alguno del adulterio, se juntaban - los principales en casa del señor y traldo el adúltero atábanle a un palo y le entregaban al marido de la mujer delincuente; si él le perdonaba, era libre; si no, le mataba con una piedra grande -*

(que) dejábanle caer en la cabeza desde una parte alta; a la mujer por satisfacción bastaba la infamia que era grande, y comunmente - por ésto las dejaban.

" La pena del homicidio aunque fuera causal era morir por insidias de los parientes o si no, pagar el muerto. El hurto - pagaban y castigaban aunque fuese pequeño, con hacer esclavos y por eso hacían tantos esclavos principalmente en tiempo de hambre, y - por eso fué que nosotros los frailes tanto trabajamos en el bautismo; para que les diecen libertad, " y " si eran señores o gente - principal, juntábase el pueblo y prendido (el delincuente) le labraban el rostro desde la barba y hasta la frente, por los dos lados, - en castigo que tenían por grande infamia. " (18)

Como decíamos la sanción en los Mayas difiere de los aztecas por el delito de adulterio, homicidio y robo, no era necesariamente la muerte a diferencia de los aztecas la represión era menos brutal, quizás por ser como ya hemos dicho una de las culturas - más evolucionadas.

Carrancá y Rivas menciona, en su obra, que Carrancá y Trujillo observa : " Es de notar que los pueblos primitivos aprovecharon siempre los medios que la naturaleza ponía a su alcance, para con ellos, dar muerte a sus enemigos o a los culpables de delitos." (19)

(18).- Opus cit. p. 33 y 34.

(19).- Opus cit. p. 35 y 36.

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

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

La sociedad primitiva tiene la característica que el -

individuo está principalmente al servicio de la comunidad, por lo tanto al existir una afectación de esos intereses se hace acreedor a los castigos más severos por ser esos intereses factor importante para la vida del ser y del Estado siendo importante para el Derecho Penal pues al sentir íntegramente sin distracción posible a los intereses de una comunidad, y el catálogo de delitos y penas van más allá de los límites lógicos y permisibles, porque el hombre sacrifica algunas libertades en aras de esos intereses.

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

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

" D) Principales delitos y penas correspondientes.
 Los principales delitos y las penas correspondientes entre los mayas eran los siguientes :

DELITOS

Adulterio.

PENAS

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

DELITOS

Sospecha de adulterio.

Violación.

Estupro

Corrupción de Virgen.

Relaciones amorosas con un esclavo o esclava de otro dueño.

Sodomía.

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

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

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

Traición a la patria.

PENAS

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

Lapidación, con la participación del pueblo entero.

Lapidación, con la participación del pueblo entero.

Muerte.

Esclavitud a favor del dueño ofendido.

Muerte en un horno caliente.

Esclavitud.

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

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

Muerte.

DELITOS

PENAS

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

En la gran cueva de la co madreja, destrucción de los ojos.

Homicidio (aún si se trataba de un ac to casual.

Muerte por incidias de los parientes, tal vez por es tamiento, o pago del muerto (curiosa compensa ción pecuniaria, después de la prioridad que tenía el talión). O esclavitud con los parientes del muer to. O entrega de esclavo.

Homicidio no intencional (mejor dicho - culposo)

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

Muerte no procurada del cónyuge

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

Homicidio, siendo sujeto activo un menor.

Esclavitud perpetua con la familia del occiso.

Homicidio de un esclavo.

Resarcimiento del perjuicio

DELITOS

PENAS

Daño a la propiedad de tercero.

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

Deudas.

Muerte y substitución en la misma obligación por parte de los familiares del deudor siempre y cuando el delito se hubiese cometido sin malicia. El señor paga la deuda por su vasallo.

Deudas en el juego de pelota.

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

Incendio por negligencia o imprudencia.

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

Incendio doloso.

Muerte. En algunos casos, satisfacción del daño.

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

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

En dicho catálogo no encontramos algo parecido al peculado, por lo cual podemos deducir que si existía o bien se consideraba como traición a la patria y el cual era castigado con la muerte, o bien se consideraba como hurto y cuando se hace referencia a que -- los funcionarios se les gravaba la cara su delito, lo único cierto es que no existen fuentes para asegurar ni una ni otra cosa, y aún más -- el propio delito de peculado ningún comentarista hace mención al mismo.

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

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

ANTECEDENTES COLONIALES.

En este período encontramos un trasplante de las leyes españolas a territorio mexicano, siendo estas leyes un filtro por el cual pasó la cultura europea y española, el maestro Carrancá y Rivas dice al respecto : LA LEY 2, TIT, I, LIB, II DE LAS LEYES DE INDIAS DESPUÉS QUE " EN TODO LO QUE NO ESTUVIESE DECIDIDO NI DECLARADO, . . . POR LAS LEYES DE ESTA RECOPIACIÓN O POR CÉDULAS PROVISIONES U ORDENANZAS DADAS Y NO REVOCADAS PARA LAS INDIAS, SE GUARDAN LAS LEYES DE NUESTRO REYNO DE CASTILLA CONFORME A LAS DEL TRONO, ASÍ EN CUANTO A LA SUSTANCIA, RESOLUCIÓN Y DECISIÓN DE LAS CASAS, NEGOCIOS Y PLEITOS, COMO A LA FORMA Y ORDEN DE INSTANCIAR " (1530),⁽²⁰⁾ EL DERECHO INDIANO FUÉ EL PRINCIPAL, EL VIGENTE MIENTRAS QUE EL DERECHO DE CASTILLA FUÉ EL SUPLETORIO ; LA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS FUE EL CUERPO PRINCIPAL DE LAS LEYES QUE COMPLEMENTABA CON LOS AUTOS ACORDADOS HASTA CARLOS III, PORQUE DESPUES SE INICIÓ UNA LEGISLACIÓN ESPECIAL MÁS SISTEMATIZADA, COMO LAS ORDENANZAS DE INTENDENCIAS Y A LOS DE MINERÍA, ESTAS LEYES FUERON LA RECOPIACIÓN DE LEYES CONCERNIENTES A LA ADMINISTRACIÓN Y GOBIERNO DE LOS TERRITORIOS DE NUEVO MUNDO, Y SE DEBE A QUE FELIPE II EN EL AÑO 1570, ORDENÓ UN ESTUDIO DE LA DOCUMENTACIÓN REAL Y DE LOS AUTOS DE GOBIERNO EXPEDIDOS PARA EL DE LAS INDIAS, Y QUE SE HICIERA UN SOLO CUERPO, ACLARANDO LAS DISPOSICIONES DUDOSAS Y CONCILIÁNDOLAS CONTRADICTORIAS, Y FUE HASTA 1630 EN MADRID CUANDO SE PUBLICÓ, LA RECO-

(20).- Opus cit. p. 61 y 62.

PILACIÓN DE LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS MANDADAS A IMPRIMIR
Y PUBLICAR POR LA MAJESTAD CATÓLICA DEL REY DON CARLOS II.

Es conveniente recordar que la Penalogía Eclesiás
tica marchaba paralela a la Penalogía Virreynal, y eran objeto de per-
secución los sospechosos de tener pacto con el demonio, los judaizan--
tes, a los herejes y a los delincuentes comunes, y este período se dis-
tingue por las penas que regularmente consistían en ahorcar, quemar, -
descuartizar, cortar miembros y exhibirlos por ser instrumento del de-
lito, azotes, etc.

Por otro lado no debe olvidarse la existencia de
la Santa Inquisición, el día 27 de junio de 1535 recibió Don Fray --
Juan de Zumárraga, Obispo de México, el título de Inquisidor Apostóli-
co de manos de Don Alonso de Manrique, Inquisidor General de España y
Arzobispo de Sevilla; y con ello se le entregó a Zumarraga la facul-
tad de proceder " CONTRA TODOS Y CUALQUIER PERSONA, ASÍ HOMBRES COMO-
MUJERES VIVOS O DIFUNTOS, AUSENTES O PRESENTES, DE CUALQUIER ESTADO Y
CONDICIÓN, PRERROGATIVA Y PREEMINENCIA, DIGNIDAD QUE FUESEN, EXENTOS-
O NO EXENTOS, VECINOS O MORADORES QUE FUEREN O HUBIEREN SIDO EN TODA-
LA DIÓCESIS DE MÉXICO, Y QUE HALLASEN OCUPADOS SOSPECHOSOS O INFAMA--
DOS DE HEREJÍA Y APOSTETESÍA, Y CONTRA TODOS LOS FACTORES DEFENSORES-
Y RECEPTORES DE ELLOS." (21)

(21).- Opus cit. p. 69.

La recopilación se compone de IX Libros divididos en títulos integrados por buen número de leyes, cada uno, en cuánto a las leyes penales estas se encuentran difusas en toda la recopilación pero importante para nosotros en el Libro VII que trata en forma sistemática de policía, prisiones y derecho penal, y el cual haremos una enunciación para determinar si el delito de peculado existía en tal catálogo, y al efecto señala Carranca y Rivas.

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

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

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

LEY II. QUE SE GUARDEN LAS LEYES CONTRA LOS BLAS-
FEMOS.

POR LA 1. 25. TÍT. I LIB. I DE ESTA RECOMPILACIÓN -

ESTÁ ORDENADO LO CONVENIENTE, SOBRE PROHIBIR LOS JURAMENTOS, Y LA PENA, QUE INCURREN LOS QUE JURAN EL NOMBRE DE DIOS EN VANO. Y - PORQUE CONVIENE, QUE LOS BLASFEMOS SEAN CASTIGADOS CONFORME A LA - GRAVEDAD DE SU DELITO, MANDAMOS, QUE LAS LEYES, Y PRAGMÁTICAS DE ESTOS REYNOS DE CASTILLA, QUE LO PROHIBEN, Y SUS PENAS, SEAN GUARDADAS, EJECUTADAS EN LAS INDIAS CON TODO RIGOR, COMO ALLÍ SE CONTIENE.

LEY III QUE SEAN CASTIGADOS LOS TESTIGOS FALSOS.

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

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

EN EL DELITO DE ADULTERIO PROCEDAN NUESTRAS JUSTI-
CIAS, CONTRA LAS MESTIZAS, CONFORME A LAS LEYES DE ESTOS REINOS DE --
CASTILLA, Y LAS GUARDEN COMO DISPONEN, RESPECTO DE LAS MUJERES ESPA-
ÑOLAS.

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

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

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

EN ALGUNAS PARTES DE LAS ÍNDIAS SE LLEVA LA PENA
DEL MARCO A LOS ÍNDIOS AMANCEBADOS, COMO EN ESTOS REINOS DE CASTI-
LLA Y NO CONVIENE CASTIGARLOS CON TANTO RIGOR, NI PENAS PECUNIA---
RIAS, ORDENAMOS A NUESTRAS JUSTICIAS, Y ENCARGAMOS A LOS PRELADOS
ECLESIAÍSTICOS, QUE NO LES IMPUGNAN, NI EJECUTEN TALES PENAS, Y LAS

HAGAN VOLVER, Y RESTITUÍR.

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

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

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

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

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

MANDAMOS, QUE NINGUNA PERSONA, DE CUALQUIER CALIDAD Y CONDICIÓN QUE SEA, PUEDA TRAER, NI TRAIGA ESTOQUE, VERDUGO, Ó ESPADA DE MÁS DE CINCO CUARTAS DE VARA, DE CUCHILLA, Y EL QUE LO TRAJERE INCURRA POR LA PRIMERA VEZ EN PENA DE DIEZ DUCADOS, Y DIEZDÍAS DE CÁRCEL, Y PERDIDO EL ESTOQUE, VERDUGO Ó ESPADA; Y POR LA

SEGUNDA SEA LA PENA DOBLADA, Y UN AÑO DE DESTIERRO DE LA CIUDAD, VILLA, O LUGAR DONDE SE LE TOMARE, Y FUERE VECINO, Y LA PENA PECUNIARIA, Y ARMAS SUSODICHAS APLICAMOS AL JUEZ, O ALGUACIL, QUE LAS APREHENDIERE,

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

ESTANDO PROHIBIDO POR LA 1.5 TIT. 12 LIB. 6 QUE LOS INDIOS SEAN CONDENADOS POR SUS DELITOS EN SERVICIO PERSONAL DE PERSONAS PARTICULARES, SE HA RECONOCIDO, QUE ES BENEFICIO, Y CONVENIENCIA DE LOS INDIOS, POR ESCUSARLES OTRAS PENAS MÁS GRAVOSAS, Y DE MAYOR DIFICULTAD EN SU EJECUCIÓN; Y QUE CONVIENE PERMITIRLO, - CON ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS, Y CALIDADES Y HABIENDO ADVERTIDO, QUE COMO PARA ELLOS NO HAY GALERAS, NI FRONTERAS, NI DESTIERRO A ESTOS REYNOS DE CASTILLA, NI SUELE SER PENA LA DE AZOTES Y QUE LAS PENAS PECUNIARIAS LE SON SUMAMENTE GRAVOSAS, HA PARECIDO QUE EN ALGUNOS CASOS, DONDE NO HAY IMPUESTO LEGAL, CONVENDRÁ CONDENARLOS A SERVICIO PERSONAL. ORDENAMOS Y MANDAMOS, QUE LOS VIRREYES, PRESIDENTES AUDIENCIAS Y GOBERNADORES (y nuestros jueces inferiores) LOS PUEDEN CONDENAR EN ALGÚN SERVICIO TEMPORAL, Y NO PERPETUO PROPORCIONADO AL DELITO, EN QUE SEAN BIEN TRATADOS, GANEN DINERO Ó APRENDAN - OFICIOS, CON CALIDAD DE QUE SIRVAN EN LOS CONVENTOS, U OTRAS OCUPACIONES, O MINISTERIOS DE LA REPÚBLICA Y NO A PERSONAS PARTICULARES,

COMO ESTÁ RESUELTO. OTRO SI ORDENAMOS QUE HABIÉNDOSE DE IMPONER A LOS INDIOS PENA DE DESTIERRO, NO PASE DEL DISTRITO DE LA CIUDAD CA BEZA DE PROVINCIA, A QUE SU PUEBLO FUERE JUNTO, SI NO INTERVINIEREN MUCHAS CAUSAS, SEGÚN EL ARBITRIO DEL JUEZ, Y CALIDAD DEL DELITO.

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

TODOS LOS DELINCUENTES, QUE POR SUS DELITOS CONDENAREN A GALERAS, LAS AUDIENCIAS, CORREGIDORES Y JUSTICIA DE LAS INDIAS, ESPECIALMENTE EN EL PERÚ, Y NUEVO REINO, SEAN ENVIADOS A LAS PROVINCIAS DE CARTAGENA, O TIERRA FIRME, CUANDO ALLÍ LAS HUBIERE, - PARA QUE SIRVAN COMO LOS DEMÁS FORZADOS.

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

LOS PRESOS, QUE FUEREN ENVIADOS DEL PERÚ A TIERRA FIRME CONDENADOS A GALERAS, DESTIERRO PERPETUO DE LAS INDIAS, Y -- OTRAS PENAS, DIRIGIDOS A ESTOS REINOS DE CASTILLA, EN NUESTRA VOLUNTAD, QUE SEAN ENVIADOS Y MANTENIDOS EN TIERRA FIRME DE PENAS DE CÁMARA EL TIEMPO, QUE ALLÍ ESTUVIEREN, Y EL PRESIDENTE Y GOBERNADOR ORDENE, QUE LOS MAESTROS DE LOS NAVÍOS LOS TRAIGAN A BUEN RECAUDO - Y DEN PARA SU MATALOTAJE LO QUE PARECIERE NECESARIO, Y ACÁ SE LES -

LES PAGUE DE BIENES DE LOS PRESOS, Y SI NO LOS TUVIEREN, DE DONDE CONVENGA,

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

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

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

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

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

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

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

HABIENDO TENIDO POR BIEN DE RESOLVER, QUE LOS VIRREYES, PRESIDENTES, CORREGIDORES, GOBERNADORES, ALCALDES MAYORES Y ORDINARIOS, Y OTROS JUECES Y JUSTICIAS DE LAS INDIAS NO PUDIESEN EJECUTAR SENTENCIAS DE MUERTE EN ESPAÑOLES O INDIOS, SIN COMUNICARLO PRIMERO CON LAS AUDIENCIAS DE SUS DISTRITOS, Y CON ACUERDO DE ELLAS, PENA DE MUERTE, DE QUE NUESTRA VOLUNTAD EXCEPTUAR A LOS VIRREYES Y PRESIDENTES, CUYO CELO, OBLIGACIONES Y DIGNIDAD NOS DIERON MOTIVO PARA EXCEPTUARLOS DE ESTA REGLA. AHORA POR JUSTAS CAUSAS, Y CONSIDERACIONES SOBRE LOS INCONVENIENTES, QUE RESULTARÍAN DE ESTA RESOLUCIÓN, EN PERJUICIO DE LA VINDICTA PÚBLICA, ES NUESTRA VOLUNTAD Y MANDAMOS A LOS VIRREYES, PRESIDENTES, JUECES Y JUSTICIAS DE NUESTRAS INDIAS OCCIDENTALES, ISLAS Y TIERRAFIRME, QUE EN TODAS LAS CAUSAS DE CUALQUIER CALIDAD QUE SEAN CONTRA CUALQUIER ESPAÑOL, INDIOS, MULATO Y MESTIZOS -

OBSERVEN Y GUARDEN LO DISPUESTO POR ORDENANZAS DE LAS INDIAS, Y LEYES DE ESTOS REINOS DE CASTILLA, QUE TRATAN DE LAS PENAS Y COMINACIONES QUE SE DEBEN IMPONER A LOS DELINCUENTES, Y QUE EJECUTEN SUS SENTENCIAS, AUNQUE SEAN DE MUERTE, EN LA FORMA QUE EN ELLAS, Y CONFORME A DERECHO SE CONTIENE, ADMINISTRANDO JUSTICIA CON LA LIBERTAD QUE CONVIENE.

LEY XVII. QUE LOS JUECES NO COMPONGAN DELITOS,

MANDAMOS A LOS PRESIDENTES, OÍDORES, JUECES Y JUSTICIAS, QUE NO HAGAN COMPOSICIONES EN LAS CAUSAS DE QUERELLAS O PLEITOS CRIMINALES, SI NO FUERE EN ALGÚN CASO MUY PARTICULAR A PEDIMENTO Y VOLUNTAD CONFORME DE LAS PARTES, Y SIENDO EL CASO DE TAL CALIDAD, QUE NO SEA NECESARIO DAR SATISFACCIÓN A LA CAUSA PÚBLICA, POR LA GRAVEDAD DEL DELITO, Ó POR OTROS FINES, ESTANDO ADVERTIDOS, QUEDA NO EJECUTARSE ASÍ SE HACEN LOS REOS LICENSIOSOS Y OSADOS PARA ATREVERSE EN ESTA CONFIANZA A LO QUE NO HARÍAN SI SE ADMINISTRASE JUSTICIA CON RECTITUD, SEVERIDAD Y PRUDENCIA.

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

SI HUBIERE ALGÚN CABALLERO Ó PERSONA TAL, QUE VENGA EXTRAÑAR DE LAS INDIAS, Y PRESENTARLE ANTE NOSOTROS, PUÉDALO

EJECUTAR EL GOBERNADOR, Y DELE LOS AUTOS CERRADOS Y SELLADOS, POR -
OTRA VÍA NOS ENVÍE COPIA, PARA QUE SEAMOS INFORMADOS Y ESTA RESOLU-
CIÓN NO SEA SIN MUY GRAN CAUSA.

LEY XIX. QUE LOS TENIENTES DE GOBERNADORES NO PUE-
DEN EXTRAÑAR DE LA TIERRA.

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

LEY XX. QUE SE GUARDE LA 1,61 TÍT. 2 LIB. 3 SOBRE -
EXTRAÑAR DE LAS INDIAS A LOS QUE CONVINIERE.

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

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

A LOS QUE VAN CONDENADOS POR DELITOS A LAS FILIPINAS, DAN LICENCIA LOS GOBERNADORES DE AQUELLAS ISLAS, PARA QUE SE VUELVAN. Y PORQUE CON ESTA CUASA ANDAN MUCHOS FORAGIDOS OCULTOS DE LOS JUECES QUE LOS DESTERRARON, MANDAMOS A LOS GOBERNADORES, QUE POR NINGÚN CASO LES DEN LICENCIA PARA QUE VUELVAN A NUEVA ESPAÑA, NI VAYAN AL PERÚ, DURANTE EL TIEMPO DE SU DESTIERRO, Y SI FUERE LA CONDENACIÓN DE GALERAS, U OTROS SERVICIOS, LA HAGAN CUMPLIR.

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

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

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

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

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

EN ALGUNAS AUDIENCIAS SE HACEN CONDENACIONES PARA ESTRADOS, A FIN DE PAGAR LOS ARRENDAMIENTOS DE LAS CASAS DONDE VIVEN LOS OÍDORES, Y OTRAS COSAS A SU ARBITRIO, Y NO LAS APLICAN A NUESTRA CÁMARA. Y PORQUE NUESTRA VOLUNTAD ES, QUE LOS MINISTROS PAGUEN SUS POSADAS DE SUS PROPIOS BIENES, Y SALARIOS, Y NO DE LAS PENAS DE CÁMARA, Y DE NUESTRA HACIENDA COMO SE PRACTICA EN LAS AUDIENCIAS DE ESTOS REINOS DE CASTILLA. ORDENAMOS, QUE ÉSTO SE GUARDE CON LOS MINISTROS DE LAS INDIAS.

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

DECLARAMOS QUE LAS SETENAS EN QUE CONDENAREN LOS -

JUECES PERTENECEN A NUESTRA CÁMARA, Y QUE NO PUEDEN LLEVAR NI SUS OFICIALES, ALGUACILES, NI MERINOS NINGUNA PARTE DE ELLAS, PENA DE VOLVERLES, CON EL CUATRO TANTO.

LEY XXVI. QUE SI NO HUBIERE GASTOS DE JUSTICIAS - PARA SEGUIR DELINCUENTES, SE SUPLAN DE PENAS DE CÁMARA.

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

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

DECLARAMOS, QUE LAS CONDENACIONES CONTRA LOS QUE - INTRODUIEREN LIBROS DE EL REZO SIN LICENCIA, POR LO QUE TOCARE A - NUESTRA CÁMARA, SE PONGAN EN ARCA Y CUENTA APARTE Y LOS OFICIALES REALES NOS AVISEN DE LA CANTIDAD QUE MONTAREN, DE QUE TENGA PARTICULAR CUIDADO EL OIDOR COMISARIO DE ESTAS CAUSAS, EL CUAL PUEDA - LLEVAR LO QUE LE TOCARE, AUNQUE LO SEA EN CUALQUIERA DE NUESTRAS - AUDIENCIAS, GUARDANDO LA 1.13 TIT, 24 LIB, 1.

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

POR ORDENANZA DE LA CIUDAD DE VERACRUZ, SE DISPONE -
QUE PARA SACAR CARGOS LOS ARRIEROS, SEAN OBLIGADOS A INTRODUCIR LA -
TERCIA PARTE DE SU RECUA, CARGADA DE BASTIMENTOS, CUYA MAYOR PARTE -
SEA DE HARINA, Y SI ALGUNAS BESTIAS ENTRAREN SIN ESTA CALIDAD, PA--
GUEN POR CADA UNA HASTA EL NÚMERO DE LA TERCIA PARTE, UN PESO, Y EN
ELLAS NO PUEDAN SACAR NINGUNA CARGA CON CIERTA APLICACIÓN DE LA PE--
NA, LO CUAL MANDAMOS QUE SIN EMBARGO DE ESTAR CONFIRMADA POR NOSO--
TROS SE DISTRIBUYA, Y APLIQUE MITAD A LOS PROPIOS DE LA CIUDAD Y LA
OTRA MITAD AL JUEZ Y DENUNCIADOR, POR IGUALES PARTES.

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

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

QUE EL PRESO EN QUIEN SE EJECUTARE PENA CORPORAL -
NO SEA VUELTO A LA CÁRCEL POR COSTAS NI CARCELAJE, 1.20. TIT. 6 -
DE ESTE LIBRO. (22)

(22).- Opus cit., p. 133 y sigs.

Otro cuerpo importante de leyes lo constituyen las ordenanzas, cédulas, instrucciones, leyes de cortes y provisiones reales que fueran dictados de 1628 a 1677, y algunas de las cuales por referirme al aspecto nos interesan, y para iniciar es bueno a referirse a las "ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de minería de la Nueva España y de su Tribunal," [1873], estas ordenanzas se le atribuyeron a Don Joaquín Velázquez de León y promulgadas en el Virreynato, el contenido son disposiciones penales especiales, se sancionaba el hurto de metales equiparándosele el hecho de que el barretero "entreviéndose la labor dejando respaldado el metal o lo oculta re de otra manera maliciosamente," la competencia se determina si era leve o grave la falta, si era leve se les concedía jurisdicción al Tribunal y a las diputaciones, si era grave la situación cambiaba "la imposición de pena ordinaria, mutilación de miembro u otra que sea corporis afflictiva", y las autoridades anteriores hacían una sumaria y la remitían a la Sala del Crimen de la Audiencia.

Existían otras ordenanzas que estuvieron en vigencia que no contenían materia penal como las "ordenanzas para el establecimiento e instrucción de intendentes del ejército y provincia en el reino de la Nueva España" (1786) y las "Ordenanzas de tierras y aguas" (1536-1761), existieron otras "Ordenanzas de Gremios de la Nueva España [1524-1762] ", imponían sanciones a los infractores de las mismas consistiendo principalmente en multas, azotes, impedimento para ---

trabajar en el oficio de que se tratara y otras. (23)

En cuánto al Derecho Supletorio debemos examinar el Fuero Real (1255) Las Partidas, (1265) el ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas Reales de Castilla (1484), las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805), las que más uso tuvieron fueron esta última y las Partidas por lo cual debemos hacer su análisis respectivo.

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

Título I. de las Acusaciones que se fassen contra los malos fechas, y de los denunciamentos, del oficio del jugador que ha pesquerir los malos fechos. Y constaba de 29 Leyes.

(23).- Opus cit., p. 141.

Título II.	De las Traiciones (6 Leyes)
Título III.	De los Rieptos (9 Leyes)
Título IV.	De las Lides (6 Leyes)
Título V.	De las cosas que fazen las omes, por que valen menos (3 Leyes)
Título VI.	De los enfamados (8 Leyes)
Título VII.	De las falsedades (10 Leyes)
Título VIII.	De los omezillos. (16 Leyes)
Título IX.	De las deshonoras, quier sean fechas, o dichas, a los - - vicios o contra los muertos e de los famosos libellos (23 Leyes)
Título X	De las fuerças, (18 Leyes)
Título XI.	De los desafiamientos e de tomar amistad (3 Leyes)
Título XII	De las treguas, e de las - seguranças, e de las paces (4 Leyes)
Título XIII	De los robos (4 Leyes)

Título XIV, De los hurtos, e de los siervos que hurtan a sí mismos, e de los guardadores que fazes (4 leyes).

Para los motivos del delito de peculado este título es importante antecedente del mismo, en rasgos breves este título contiene: bajo el nombre de Hurto se comprende el hecho de tomar "cosa, mueble ajena, encubrimiento sin placer de su señor, con intención de ganar el señorío o la posesión o el uso de la (ley 1), en este título también encontramos lo que las legislaciones contemporáneas como el delito de abuso de confianza, comprendido en las leyes (3, 5 y 10)

El delito de peculado reglamentado por la Ley 14 que establecía que los oficiales del Rey que sustrajeran o encubriesen la distracción de los caudales públicos la pena de muerte.

El robo de infante o de esclavo (Ley 22), y el cambio furtivo de Mojoneras o linderos (ley 30), la fuga del siervo era considerada como hurto de sí mismo (ley 23) y también se equiparaba al hurto la corrupción de los siervos, faciéndolos de buenos malos, e los malos peores, mal aconsejándolos y ayudándolos a obrar mal (Ley 29), etc. y en relación a la pena la Ley 18 decía : los jueces debían " *escarmentar los hurtadores publicamente con heridas de acotes, o de otra guisa, de manera que sufran pena e verguenza,*" pudiendo cortar el miembro ejecutar del delito e

imponer la pena de muerte solo a los asaltadores, piratas, ladrones, sacrilegos y funcionarios culpables de Petulado.

Título XY, De los daños, que los omes, o las bestias, fassen en las cosas de otro, de qual natura - quier que sea (28 leyes).

Título XVI. De los engaños, malos, e buenos; e de los baratadores (12 Leyes).

Título XVII. De los adulterios,

Título XVIII. De los que yasen con sus parientes, o con sus cuñadas - (3 leyes)

Título XIX, De los que yasen con mujeres de orden, o con viuda que viva honestamente en su casa, ó con vírgenes, por falaga, o - por engaño, non les faziendo - fuerza (2 leyes).

Título XX. De los que fuerzan, o llevan robadas las vírgenes o las - mujeres de orden 1 o las viudas que viven honestamente -

- (3 leyes).
- Título XXI. De los que forzan pecado de lujuria contra natura (2 leyes).
- Título XXII De los alcahuetes (2 leyes)
- Título XXIII. De los agoreras, e de los - sorteros' e de los adevinos, e de los fechiceros e de los - truhanes (3 leyes).
- Título XXIV. De los judíos (11 leyes)
- Título XXV. De los moros (10 leyes)
- Título XXVI. De los herejes. (6 leyes)
- Título XXVII De los desesperados que matan a sí mismos, o a otros por al go que les dan; e de los bienes de ellos.
- Título XXVIII. De los que demuestran a Dios, en Santa María, e a los otros santos (6 leyes).
- Título XXIX De cómo deben ser recabados - los presos (15 leyes.)

Título XXX.	De los tormentos (9 leyes)
Título XXXI.	De las penas (11 leyes). (24)

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

Libro I.	Dividido en treinta títulos - relativos a la religión y a la Iglesia Católica bajo la rúbrica de la Santa Iglesia;- sus derechos, bienes y rentas Prelados y Súbditos y Patrona to Real.
----------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

(24).- Opus cit. p. 105 y sigs.

- Libro II, De la jurisdicción eclesiástica, ordinaria y mixta; y de los tribunales y juzgados en que se ejerce,
- Libro III, Del Rey, y de su real casa y corte,
- Libro IV De la real jurisdicción ordinaria; y de su ejercicio en el Supremo Consejo de Castilla.
- Libro V, De las Cancillerías y Audiencias del Reino; sus ministros y oficiales.
- Libro VI, De los vasallos ; su distinción de estados y fueros; obligaciones, cargos y contribuciones.
- Libro VII, De los pueblos y de su gobierno civil, económico y político.
- Libro VIII De las Ciencias, artes y oficios.

Libro IX	Del comercio, monedas y minas.
Libro X.	Derecho Civil : Contratos y Obligaciones; testamentos y herencias.
Libro XI.	De los juicios civiles, ordinarios y ejecutivos.
Libro XII,	De los delitos y sus penas; - de los juicios criminales, <u>es</u> <u>tá</u> <u>divi</u> <u>di</u> <u>do</u> en cuarenta y dos títulos, e inclusive derecho-penal y procedimiento penal no es algo sistemático o metodol <u>ó</u> <u>g</u> <u>i</u> <u>c</u> <u>o</u> sino social que los anteriores se basa en disposicio <u>o</u> <u>n</u> <u>e</u> <u>s</u> sueltas relativas a los de <u>l</u> <u>i</u> <u>t</u> <u>o</u> s, y se forma de la siguien <u>t</u> <u>e</u> <u>m</u> <u>a</u> <u>n</u> <u>e</u> <u>r</u> <u>a</u> :

Título I, de los judíos; su expulsión de estos reinos y prohibición de entrar o residir en ellos (6 leyes)

Título II, De los moros y moriscos
(5 leyes).

Título III. de los herejes y desco-
mulgados (5 Leyes).

Título IV. De los adivinos, hechi-
ceros y agoreros (3 leyes)

Título V, De los blasfemos, y de
los juramentos (10 leyes)

Título VI, De los perjuros (6 leyes)

Título VII, De los traidores (4 le-
yes).

Título VIII, De los falsarios (7
leyes)

Título IX. De los desertores del real
servicio; su persecución y castigo
(6 leyes)

Título X, De los que resisten a las
justicias y sus ministros (10 leyes)

Título XI. De los tumultos, asonadas
y conmociones populares (5 leyes)

Título XII, De los ayuntamientos

1 bandas y ligas; cofradías y otras parcialidades (13 leyes)

Título XIII, De las máscaras y otros disfraces (3 leyes)

Título XIV, De los hurtos y ladrones (18 leyes)

Título XV, De los robos y fuerzas - (12 leyes)

Título XVI, De los gitanos su vagancia y otros excesos (11 leyes)

Título XVII, De los bandidos salteadores de camino y facinerosos (8 leyes)

Título XVIII, De los receptadores de malhechores (8 leyes).

Título XIX, Del uso de armas prohibidas (21 leyes).

Título XX, De los duelos y desafíos.

Título XXI, De los homicidios y heridas. (16 leyes)

Título XXII. De las usuras y lo
gros (5 leyes)

Título XXIII. De los juegos prohibi
dos (18 leyes).

Título XXIV. De las rifas (3 leyes)

Título XXV. De las injurias, denues
tos y palabras obscenas (10 leyes).

Título XXVI. De los amancebados y
mujeres públicas (8 leyes)

Título XXVII. De los rufianes ;
alcahuetes (5 leyes)

Título XXVIII. De los adúlteros ; y
bigamos (10 leyes)

Título XXIX. De los incestos y estu
pros (4 leyes)

Título XXX. De la sodomía, ; bestia-
lidad (3 leyes)

Título XXXI. De los vagos, ; modo de
proceder en ellos, y en el examen de
testigos (20 leyes).

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

Título XXXIII. De las delaciones y acusaciones (8 leyes)

Título XXXIV. De las pesquisas y sumarias; y jueces pesquisidores (16 leyes)

Título XXXV. De los alcaldes y oficiales de la hermandad; y de los casos y delitos sujetos a su jurisdicción.
(27 leyes)

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

Título XXXVII. Del procedimiento contra reos ausentes y rebeldes (5 leyes)

Título XXXVIII. De los Alcaldes y presos de las cárceles (29 leyes).

Título XXXIX. De las visitas de cárceles y presos (13 leyes)

Título XL. De las penas corporales, su conmutación y destino de los reos (23 leyes).

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

Título XLII. De los indultos y perdones reales (11 leyes) (25)

La enciclopedia jurídica española señala que el delito de -
peculado, se encontraba en la Ley Séptima Título XV libro VII de la Novísima
Recopilación, y se impuso a los oficiales del Rey que sustrajeran o encubrie-
ren la distracción de los caudales públicos, la pena de muerte, y en ambos -
ordenamientos se sigue la filosofía de las leyes romanas, (26)

Ahora pasando a la época independiente a la cual se le puede -
aplicar lo mismo que la época precortesiana en cuanto a continuación de cos -
tumbres, porque una cosa fue la Independencia política (1810) y otra cosa fue
la independencia jurídica pues esta tuvo que ser lenta y con prioridades fi-
jadas, lo primero que le interesa al Estado, independiente fue reglamentar -
sobre su ser y las funciones inherentes, es decir al Derecho Constitucional -
y al Derecho Administrativo, y en el campo penal se impuso una reglamenta -
ción, como la aportación de armas sobre bebidas alcoholicas, la vagancia y -
(25).- Opus cit. p. 151 y sigs.

(26).- Enciclopedia Jurídica Española.

mendicidad y organización policial (Bandos de 1824, 1825, 1828 y - 1834), de esta manera también se legisló sobre la policía preventiva y de seguridad, etc.

Los problemas penales por lo tanto tenían que solucionarse a través de los textos coloniales, como herencia dependiente jurídica; la Constitución de 1824 estableció que la Nación adopta el sistema federal; " *La Nación Mexicana adopta para su Gobierno la forma de República Representativa Popular Federal*" en su artículo 4º al establecerse estos conceptos traía el problema de nacimiento de legislaciones locales o estatales y federales, digno es de mencionar que el Estado de Veracruz basándose en el Código Español de 1822 haciéndole modificaciones promulgó su Código Penal en abril de 1835, siendo el primer Código Penal Mexicano lo cual indica que a pesar del federalismo las bases no eran otras que las coloniales que conjuntamente con la incipiente Legislación Mexicana la vigencia de los textos coloniales hasta 1857 complementada en los Estados por las leyes dictadas por sus Congresos y en el Distrito y Territorios Federales las leyes generales.

Los constituyentes de 1857 junto con los legisladores 1860 y los de 1864, fueron los que sentaron las bases para un Derecho Penal Propio, al reestablecerse el Gobierno Republicano por Juárez el Estado de Veracruz puso en vigor los Códigos Civiles

Penales y de Procedimientos en mayo de 1869, obra jurídica de suma importancia con defectos técnicos, y se debe principalmente a Fernando J. Corona y de esta manera se rompe la Unidad Legislativa del México Independiente.

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

Presidente el Ministro Martínez de Castro.
Vocales Licenciados José Ma. Lafragua,
Manuel Ortiz de Montellano y
Manuel M. de Zamacona.

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

Como el delito de Peculado tiene sus antecedentes en el Código Penal Español de 1870 debemos ver algo acerca de esta fuente y encontramos lo siguiente en la Enciclopedia Jurídica Española.

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

El Código Vigente distingue varios casos de malversación: 1° la sustracción de caudales ó efectos públicos que tenga a su cargo el funcionario público por razón de sus funciones y el consentimiento para que otros lo substraigan (artículo 405); 2° El abandono ó negligencia inexcusables del funcionario público que diesen ocasión a que se efectuase por otra persona la sustracción de caudales ó efectos públicos en cantidad superior a 50 pesetas (artículo 406); 3° la aplicación a usos propios ó ajenos de los caudales ó efectos puestos a cargo del funcionario público (artículo 407), 4° la aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, dada por el funcionario público a los caudales o efectos que administre (artículo 408); 5° no hacer el funcionario público, debiéndolo verificar, como tenedor de fondos del Estado, un pago (artículo 409, par. 1.º); 6° rehusar hacer entrega de una cosa, puesta bajo la custodia ó administración del funcionario público, después de requerido con orden de autoridad competente (artículo 409, párraf. 2º).

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

El artículo 410 del Código Penal Vigente, ampliando los conceptos de funcionarios y de caudales públicos, declara extensivas todas las disposiciones referidas a los que se hallaron encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos, provinciales ó municipales, ó pertenecientes a un establecimiento de instrucción ó beneficencia, y a los administradores ó depositarios de caudales embargados, secuestrados ó depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

Aparte las disposiciones de aspecto penal con que se castiga el delito de malversación de caudales públicos, nuestro Derecho Vigente contiene otras de carácter administrativo encaminadas a que el Tesoro se reintegre de las cantidades que le han sido defraudadas; siendo de notar que ambos procedimientos son compatibles, y que no cabe establecer prelación en favor de la administración, ni detener la causa criminal interin la misma resuelva lo procedente. (27)

(27).- Enciclopedia Jurídica Española.

El Código Penal Mexicano de 1871 fue aprobado y promulgado el 1° de diciembre de 1871 para empezar a regir, el 1° de abril de 1872 en el Distrito Penal y Territorio de la Baja California.

Antes de entrar al análisis del Peculado debemos decir en honor a los autores de este Código que introdujeron dos novedades con respecto al Código Español, una en la figura del delito intentado que en el artículo 25° estableció; es el que llega hasta el último acto en que debería realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible o porque evidentemente son inadecuados los medios que se emplean."

La otra novedad es la establecida en la libertad preparatoria y el artículo 98 consignó :

" Lo que en calidad de revocable y con las restricciones que expresan los artículos siguientes se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia que en los casos de los artículos 74 y 75 para otorgarles después de una libertad definitiva." Ahora bien en cuánto al delito de Peculado El Código Penal de 1871 estableció:

TÍTULO UNDÉCIMO.- DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS
PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.

ARTÍCULO 1026.- Comete el delito de peculado: toda persona encargada de 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 objetivo dolosamente el dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente a la Nación, a un Municipio o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito, o por cualquier causa.

ARTÍCULO 1027.- No servirá de excusa al que cometa el delito de peculado el haber hecho la distracción con ánimo de devolver, con sus rendimientos y frutos, aquello de que dispuso.

ARTÍCULO 1029.- Se exceptúa de lo prevenido en la fracción segunda del artículo que precede, el caso en que el reo de peculado se fugue para sustraerse al castigo, pues entonces en vez del tiempo de prisión de que habla la fracción susodicha, se le impondrán cuatro años.

ARTÍCULO 1030.-

Las penas de que hablan los dos artículos anteriores se reducirán a arresto menor, si dentro de los tres días siguientes a aquel en que se descubrió el delito, devolviere el reo lo sustraído. Pero cuando haya la devolución despues de ese término y antes de que recaiga una sentencia definitiva, la pena se reducirá a la tercera parte de la que corresponda con arreglo a dichos artículos.

Como podemos notar el Código Español de 1870 con palabras menos o palabras más, es la base en el delito de peculado en especial en el Código Penal Mexicano de 1871, en dicho Código se conjuga la justicia y la utilidad social, y se establece como base a la responsabilidad penal, la moral fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad, se catalogan en forma rigurosa los atenuantes y agravantes que decretado por el Congreso y promulgado por el Presidente Juárez.

Lo importante de notar es que si el funcionario devolviera en el plazo de tres días, reparaba el daño y aún más si lo hacía antes que se dictara sentencia definitiva también era objeto de una atenuación de la pena y establece que no se considerará como excluyente del delito de peculado, si el actor hubiere hecho la distracción

con ánimo de devolver el bien y los frutos de lo que se había ilegalmente dispuesto en perjuicio de la Sociedad y del Gobierno.

En cuánto a la penalidad se estableció lo siguiente :

ARTÍCULO 1023.- El peculado se castigará con las penas siguientes :

- I.- Arresto mayor y multa de 50 a 200 pesos, si el valor de lo sustraído no pasare de 100 pesos.
- II.- Con uno o dos años de prisión y multa de 200 a 1,000 pesos, cuando el valor de lo sustraído pase de 100, pero no de 500 pesos.
- III.- Cuando pase de 500, se aumentarán a las penas de la fracción anterior, dos meses más de prisión y 100 pesos de multa, por cada 100 pesos de exceso, sin que la prisión pueda exceder de doce años, ni de 2,000 pesos de multa.

IV. Además de las penas que hablan las fracciones anteriores, se impondrán en todo caso las de destitución de empleo o cargo e - - inhábilización perpetua para obtener otro en el mismo ramo, y por diez años para los de ramo diverso.

ARTÍCULO 1031.-

El conato de peculado se castigará con la pena de destitución de empleo.

Debemos precisar que en el artículo 1031 se está aceptando la existencia de lo que hoy conocemos como tentativa, y el cual estamos de -- acuerdo y así lo expresamos en el inciso co-- rrespondiente.

El código penal de 1871 tenía la característi-- ca de haberse considerado provisional por sus propios autores, pero en su vigencia se prolongó hasta 1929.

El maestro Carrancá y Trujillo señala que Miguel S. Macedo al frente de una comisión presentaron un proyecto, de reformas al Código Penal de 1871, en el año 1912, la comisión " tomó como base de su labor respetar los principios generales del Código -

de 1871, conservar el núcleo de su sistema y sus disposiciones y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones cuya bondad se puede estimar ya aquilatada y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente tales son por ejemplo la condena condicional, la protección a la propiedad de energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso y a enmendar las obscuridades, las incoherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes y los vicios que han podido notarse en el texto del Código por más que no afecten a su sistema." (28)

Debido a su inactividad y por los problemas sociales políticos en que se encontraba el país, razón por la cual se dió más relevancia a la Corte Magna de 1917, y fue hasta 1925 año en que se nombraron nuevas comisiones revisoras de este trabajo y que concluya dicha labor hasta 1929, el Presidente Portes Gil, por Decreto de febrero 9 de 1929 expidió el Código Penal de 30 de septiembre de 1929 para entrar en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

Este Código al contrario del Código Penal de 1871, tiene graves deficiencias de redacción y estructura de constantes reenvíos de duplicidad de conceptos y hasta de contradicciones -- fragantes, por lo cual su aplicación fué impráctica, por ejemplo la reparación del daño y la individualización de la pena pecuniaria, -

(28).- Opus cit. p. 127.

hicieron sentir la necesidad de una nueva reforma y quizás el mérito principal de los autores de este Código es el proyectar la integral-reforma penal mexicana derogando el texto de Martínez de Castro y en consecuencia la base colonial del derecho penal.

En cuánto al delito de Peculado se estableció lo siguiente :

TÍTULO VIGÉSIMO PRIMERO.- CAPÍTULO I
DEL PECULADO Y DE LA CONCLUSIÓN.

ARTÍCULO 1219. 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 CUALQUIER OTRA COSA PERTENECIENTE A LA
NACIÓN, A UN ESTADO, A UN MUNICIPIO O A UN PARTICULAR SI POR RAZÓN -
DE SU CARGO LAS HUBIERE RECIBIDO EN ADMINISTRACIÓN, EN DEPÓSITO O -
POR CUALQUIER OTRA CAUSA.

LA DIFERENCIA CON EL TEXTO DEL CÓDIGO DE 1871
EN EL CUAL SE ESTABLECÍA QUE LA ACCIÓN FUERE DOLOSA EN CAMBIO EN EL-
CÓDIGO DE 1929 NO SE ESTIPULA, SE PRESUPONE,

ARTÍCULO 1220.- NO SERVIRÁ DE EXCUSA AL QUE COMETA EL DELITO DE PECULADO EL HABER HECHO LA DISTRACCIÓN CON ANIMO DE DEVOLVER, CON SUS REDITOS O FRUTOS, AQUELLO QUE DISPUSO,

EN REFERENCIA A ESTE ARTÍCULO Y EL 1027 DEL CÓDIGO PENAL 1871, NO EXISTE VARIACIÓN ALGUNA.

ARTÍCULO 1221.- EL PECULADO SE SANCIONARÁ DEL MODO SIGUIENTE :

1. *Con arresto por más de seis meses y multa de diez a veinte días de utilidad si el valor de lo sustraído no pasare de cien pesos.*

A diferencia del Código Penal de 1871 se estipula claramente la penalidad y la sanción pecuniaria es de acuerdo a la economía del delincuente.

- II. *Con uno o dos años de segregación y multa de veinte a treinta días de utilidad, cuando el valor sustraído pase de cien, pero no de quinientos pesos, al igual que el anterior se modifica la sanción pecuniaria,*

- III. *Cuando pase de quinientos, se aumentarán a las --*

sanciones de la fracción anterior, dos meses más de segregación y multa de diez días de utilidad por ca da cien pesos de exceso, sin que la segregación pue da exceder de doce años ni la multa de cien días de utilidad, Al igual que el anterior.

- IV. Además de las sanciones de que hablan las fraccio nes anteriores se impondrá en todo caso las de des titución de empleo o cargo e inhabilitación por - veinte años para obtener otros en el mismo ramo, y por diez años para los de ramo diverso.

En éste el cambio consiste en cambiar la inhabili tación perpetua en el mismo ramo por la inhabilita ción de 20 años,

ARTÍCULO 1222,- Se exceptúa de lo prevenido en la fracción segunda del artículo que precede, el caso en que el reo de peculado se fugue para sustraerse a la sanción, - pues entonces en vez del tiempo de segregación de que habla la fracción susodicha, se le impondrán - cuatro años,

Entre uno y otro Código no existe modificación más que en palabras, cambia la de castigo por sanción- y la prisión por segregación.

ARTÍCULO 1223.- *Las penas de que hablan los dos artículos anteriores se reducirán al arresto hasta por seis meses, si dentro de los 10 días siguientes a aquel en que se descubrió el delito devolviere el reo lo sustraído,*

Pero cuando haga la devolución despues de ese término y antes de que recaiga una sentencia definitiva, la pena se reducirá a la tercia parte de la que corresponda con arreglo a dicho artículo.

A diferencia con el artículo 1030 del Código Penal de 1871, se especifica el arresto y el plazo se amplía para la devolución de lo sustraído.

ARTÍCULO 1224.- *El conato de peculado se sancionará con destitución del empleo.*

Sin modificación respecto al artículo 1031 del Código Penal de 1871, únicamente se cambia la palabra - castigará con la de sancionará. Y el cambio fundamental lo encontramos en el artículo 1225 que establece :

ARTÍCULO 1225.- *Al funcionario que por grave negligencia o por grave falta de cuidado diere ocasión a que un subalterno suyo cometa el delito de peculado, se le aplicará una multa igual al importe de lo sustraído, pero*

sín que pueda exceder de cinco mil pesos, y destitución de empleo o cargo.

Este artículo se crea con la finalidad de crear en el superior la supervisión de sus subalternos para que no cometan el delito, pero algo contradictorio al establecer una sanción igual a lo sustraído y después rectifica y pone un nivel máximo de cinco mil pesos y destitución del empleo pero sin inhabilitación.

Debemos recordar que dijimos que este Código era impráctico y por las razones expuestas anteriormente. El Licenciado Portes Gil designó de nuevo una comisión revisora y la cual elaboró el vigente Código Penal de 1931 del Distrito Federal en materia de fuero común y de toda la República en materia federal, este Código fué promulgado el 13 de agosto de 1931 por el Presidente Ortíz Rubio con el Decreto de enero 2 de 1931, y con vigencia del 17 de septiembre del mismo año.

" Carrancá y Trujillo nos dice : Pragmática por excelencia el Código Penal de 1931 desarrolla modestamente, pero con firme dirección sus desideratas de acuerdo con la nuda realidad mexicana. No crea de la nada, recoge, organiza y equilibra la realidad misma. En ese sentido es un Código que ha permitido cómodamente ir-acoplando experiencias y datos, para la elaboración final del Código

que se impone para el porvenir: EL CÓDIGO PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, instrumento jurídico adecuado de una moderna política criminal aplicada a todo el país." Y agrega que él hizo el primer comentario de dicho Código en el Periódico " El Nacional ", México, Agosto 19 de 1931 y fue el siguiente : Para hacer el examen del nuevo Código y reconocer sus aciertos, no se hace necesario acumular defectos sobre el que va a quedar derogado. El Código de 1929 ha hecho posible al de 1931. Cada cual ocupan su lugar, sencillez, precisión, claridad, la expresión breve y justa, horra de adherencias complicadas que son, en la práctica el vericuetto desde el que asecha, con su trabuco la chicana. Un Código de 400 artículos que, sobre su buena prosa castellana, dice sólo lo que necesitan el jurista y el hombre de la calle." (29);

En cuánto al delito de Peculado este Código inició como sigue :

TÍTULO DÉCIMO, CAPÍTULO V. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS. PECULADO Y CONCUSIÓN.

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

ARTÍCULO 220.- *Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario, que para usos propios o ajenos, distraiga de su objeto el dinero, valores, fincas o cualquier 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 cualquier otra causa.*

ARTÍCULO 221.- *La sanción será de uno a seis meses de prisión si dentro de los diez días siguientes a aquel en que se descubrió el delito, devolviere el reo lo sustraído. Este artículo se entiende un perjuicio de la destitución de la inhabilitación y de la multa correspondiente.*

En cuánto a la definición del tipo se aplica y no varió la definición que se había hecho en 1871 y después en 1929, a excepción de lo ya comentado al dolo, que incluía uno y otro, lo presupone así también debe observarse que desaparece el artículo 1225 lo cual nos parece acertado, ya que el objetivo de dicho artículo era crear una pirámide supervisora, que en cuánto al trabajo a desarrollar se justifica pero no puede tenerse dos responsabilidades, la de la conducta propia y la de la conducta de los subalternos, porque en

forma práctica y lógica no es posible y en cuestión jurídica nadie es responsable de la conducta de un sujeto que quiere y puede delinquir.

Así como también desaparece el artículo 1224 del Código Penal de 1929 y su antecesor, el artículo 1031 del Código Penal de 1871, no sabemos si porque no acertó la tentativa o bien por no castigar la tentativa como lo hacían los Códigos anteriores, es una nota que en el desarrollo de esta tesis discutiremos porque pensamos que la tentativa existe y debe ser mencionada.

En cuánto a la penalidad acaba con toda la gama de sanciones corporales y pecuniarias y establece el rango de la sanción que se aplicará en la prisión y la pena pecuniaria regresa a establecer un tope máximo y sin importar la cuantía del peculado ni la condición económica del delincuente.

En cuánto a la atenuación establece que sea de un mes a seis meses es decir es más preciso, pero no acepta la devolución después de este término. Y por lo tanto no se atenúa la sanción y dice o establece que la destitución o inhabilitación y la multa son independientes de la sanción corporal.

El artículo 219 fue reformado en el Decreto Oficial del 27 de diciembre de 1979 modificando la sanción corporal y la multa quedando en esta forma:

ARTÍCULO 219,- Al que cometa el delito de peculado se le aplicarán de uno a doce años de prisión, multa de mil a cienmil pesos destitución de empleo o cargo e inhabilitación de dos a seis años para obtener otro.

Y establece una atenuante :

Cuando el peculado no exceda en su monto al equivalente a seis meses del salario mínimo general vigente en la región y en la fecha en que se consuma el delito, se impondrán al responsable de tres a seis años de prisión, multa de quinientos a cinco mil pesos, destitución del empleo o cargo e inhabilitación de uno a tres años para obtener otro.

En cuanto al artículo 220 referente a la definición se han hecho varias reformas que agrupamos con fines prácticos. (Decreto 31 de diciembre de 1943, Decreto 31 de diciembre de 1945 y Reforma en Decreto Oficial diciembre 27 de 1979).

Modifica la frase "toda persona encargada de un servicio público" por todo funcionario, empleado o encargado de un servicio público, con esto se amplía el concepto y disipa las dudas de quien es el encargado, y agrega que este servicio público puede ser del Estado o de un Organismo descentralizado, esto debido a la descentralización de la administración pública, pero consideramos que al decir Nación se incluye tanto la administración centralizada como la descentra

lizada. Y el artículo 220 actual dice: *Cometer el delito de peculado todo funcionario, empleado o encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y 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.*

En cuanto al artículo 221 fue derogado en diciembre 27 de 1979, Decreto Oficial y el cual consideramos que está suplido en forma más lógica y equitativa en el artículo 219 en su párrafo segundo y hasta aquí los antecedentes legislativos de nuestro delito de peculado.

1. , DEFINICION ELEMENTOS Y TIPTICIDAD

ETIMOLOGIA, Sus raíces son latinas y provienen de "PECULATUS" y de "PECULIUM" en cuanto a su significado debe entenderse de la siguiente forma " HURTO DE FONDOS PÚBLICOS HECHO POR QUIEN LOS MANEJA. (30)

Otra definición sería "HURTO DE CAUDALES DEL ERARIO, COMETIDO POR EL QUE LO ADMINISTRA (SINÓN CONCUSIÓN). (31)

(30).- Diccionario Ilustrado Larousse.

(31).- Diccionario Enciclopédico Rider Digest.

Mientras que una definición únicamente hace referencia a dinero, valores, la otra es más general al hablar de caudal, abarcando dinero, valores, bienes, etc. estas definiciones establecen que debe ser quien los maneja o quien los administra, siendo este funcionario o empleado al servicio del Estado.

DEFINICION.- Iniciaremos este tema señalando las definiciones hechas en los Códigos Penales de 1871, 1929 y el actual de 1931, así como una comparación de estas definiciones para encontrar las diferencias en las distintas épocas en las cuales se han emitido.

En el Código Penal de 1871 el delito de peculado se definió en los siguientes términos : *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 sus usos privados, propios o ajenos distraiga de su objetivamente el dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente a la Nación, a un Municipio o a un particular si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito, ó por cualquier causa.*

Lo primero que se observa en esta definición es el término "ENCARGADO" en esta época en la Constitución de 1857 ya se-

usaban otros términos como el de Funcionario y por lo tanto empleado, y éstos ya tenía señalados en la propia Constitución la responsabilidad de los delitos oficiales y comunes, pensamos que quizás este término se usó para generalizar ya que implica una delegación, y en la administración pública o privada existe una pirámide delegacional, pero por otro lado se puede pensar que únicamente implicaba a los empleados según los diccionarios de la lengua española.

La otra palabra a analizar es la de "dolosamente" usada en la definición, consideramos que este tipo de delito es intencional y no culposo, pues el agente conoce plenamente la significación de su conducta, el resultado esperado y aún así procede a realizarla, por lo tanto estimamos que este término no tenía razón de ser.

En la parte final de la definición se mencionaba "a la Nación, a un Municipio," pensamos que no había razón en decir este término, a pesar de que el Municipio tenga autonomía para adquirir bienes para su funcionamiento no precisa indicarlo como algo independiente, pues el todo incluye a sus partes, el Patrimonio Nacional lo constituyen los patrimonios de la Federación, Entidades Federativas, Municipios y aún el de particulares con la extensión y modalidades fijadas en la Ley.

Ahora veremos la definición que hacía el Código Penal de 1929, en su artículo 1219.- *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 sus usos privados o ajenos, distraiga de su objeto el dinero, valores, fincas o cualquier 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 cualquier otra causa.

Esta definición tiene el acierto de eliminar el término " dolosamente" pero a nuestro juicio comete un desacierto al agregar el término ya no solo de Municipio sino de " a un Estado", si en el Municipio no se acepta aún menos tratándose de una Entidad Federativa.

Ahora pasaremos a ver la definición que hace el actual Código Penal de 1931, artículo 220.- Cometén el delito Peculado todo Funcionario, empleado o encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y 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.

En la definición actual notamos un adelanto en cuanto a especifica que puede ser un Funcionario o empleado, a la vez equipara el término diferente porque entonces se hubiera puesto " todo - -

funcionario, empleado y encargado de servicio público, " a su vez especifica que el servicio público debe ser del Estado o Descentralizado, elimina también el término " a un Municipio " y el de " a un Estado", enmarcando o reduciendo a la teoría del Patrimonio Nacional antes mencionado, tampoco cabe hacer la mención " *Del Estado y Organismo Descentralizado*" basados en el artículo 3 Fracción IV de la Ley General de Bienes Nacionales, los bienes de los órganos descentralizados adonde desaparecen vuelven al patrimonio del Estado, el señalamiento es válido cuando se refiere al servicio público, debe notarse y anotarse del Estado u Organismo Descentralizado, en vista de que los directores, administradores o empleados en su gran mayoría son funcionarios o empleados públicos, la personalidad jurídica del Organismo Descentralizado es diferente a la del Estado, y son regidos por el apartado A del artículo 123 Constitucional.

ELEMENTOS,- Se puede mencionar como elemento del delito de peculado los siguientes :

- 1.- CONDUCTAS
- 2.- DISPOSICIÓN DE BIENES.
- 3.- QUE PERTENEZCAN AL ESTADO A LOS PARTICULARES Y QUE ESTEN BAJO UNA RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN.
- 4.- QUE HAYA UN PERJUICIO PATRIMONIAL VS EL ESTADO Ó LOS PARTICULARES.

1°.- En cuánto a las conductas.- *El sujeto debe reunir dos cualidades a) ser Funcionario o Empleado de un Servicio Público, b) que este servicio esté a cargo del Estado o de un Organismo descentralizado.*

La calidad de Funcionario o Empleado Público será - tratado ampliamente en el Capítulo III de esta Tesis, por lo cual no haremos más que la siguiente observación : " (637) *texto vigente conforme al Decreto de Diciembre 31 de 1954 (Decreto Oficial Núm. 3 de enero 5, 1955).*"

" SI SE TRATA DE UN SERVICIO PUBLICO CENTRALIZADO - O DESCENTRALIZADO NO ES NECESARIO QUE EL AGENTE DESEMPEÑE UNA FUNCION DE AUTORIDAD BASTA CON QUE TENGA A SU CARGO CUALQUIER ACTIVIDAD A VIRTUD DE UN EMPLEO CARGO O COMISION NO ASI TRATANDOSE DE UNA EMPRESA DE PARTICIPACION ESTATAL CASO EN QUE SE REQUIERE QUE EL AGENTE SEA FUNCIONARIO SUJETO ACTIVO CALIFICADO." (32)

En cuánto al concepto de servicio público, se dan - diferentes definiciones, sin que alguna no adolezca de algún elemento; por cuestiones prácticas en algunas leyes establecen el concepto de servicio público; ahora bien, el Estado tiene una función pública, pero no toda función pública es un servicio público, por lo cual es necesario que analicemos estos conceptos, sin el ánimo de querer dar

(32).- Carrancá y Trujillo Raúl. Código Penal Anotado, Ed. Porrúa. México 1974. pág. 541 y 542. .

una definición de servicio público, es necesario este análisis para fundamentar nuestras conclusiones, por lo tanto, debemos ver los siguientes aspectos del servicio público :

- A).- LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL SERVICIO PÚBLICO
 - B).- CONCEPTO DEL SERVICIO PÚBLICO.
 - C).- ELEMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO`
 - D).- DOCTRINAS SUBJETIVAS Y OBJETIVAS DEL SERVICIO PÚBLICO.
 - E).- SERVICIO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.
 - F).- EJECUTORIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CON RELACIÓN AL SERVICIO PÚBLICO.
- A).- LA FUNCION PUBLICA Y EL SERVICIO PUBLICO.

La función pública es característica general de cualquier Estado independiente de la forma de Gobierno que adopte, el Estado encuentra su fin y el fin de los individuos por medio de su función pública; todo esto necesita realizar esas actividades en caso de que desaparezca o falte significa la destrucción de la vida del propio estado, la función pública es la actividad del Estado y la realización material del mismo es el Servicio Público, y por ende del individuo, el Estado realiza tres funciones públicas.

" Esas funciones son las siguientes : a) La función

Legislativa, que es la función creadora del orden jurídico federal, se manifiesta en el acto regla, b).- La función administrativa que es la función por la cual el Estado realiza actos jurídicos, concretos o particulares, se manifiesta en el acto administrativo; c) La función jurisdiccional por lo cual el Estado declara el Derecho, se manifiesta en la sentencia. (33)

Los conceptos de función pública y servicio público no debe confundirse aunque exista una relación estrecha entre ambas, - la función pública es la actividad abstracta y el servicio público es la actividad concreta, y es donde se encuentra el servicio público, - como veremos en el siguiente párrafo y con el cual estamos de acuerdo.

" Las funciones del Estado no son servicios públicos, sino estructuras del poder público. Díez afirma " que la función es un concepto institucional mientras que el servicio público actualiza la función". El propio autor agrega :

" Podemos decir en resumen, que en la actividad de la administración es posible distinguir la función pública del servicio público. Mientras en la actividad del Estado, la Legislación y la justicia se caracteriza siempre por ser el ejercicio de una -- función pública, la actividad administrativa comprende, además el ejercicio de la función pública, el de los servicios públicos. Es

(33).- Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Tomo I. Ed. Porrúa México 1976, pág. 100.

necesario limitar el concepto de servicio público solamente a aspectos de la actividad administrativa y contraponerle el concepto de servicio público solamente a aspectos de la actividad administrativa y contraponerle el concepto de función pública como forma superior de manifestación de la misma actividad." (34)

Decíamos que estamos de acuerdo con esta teoría, -- partiendo del punto de vista que no todo lo que realiza el Estado es servicio público, pero si todo servicio público tiene como origen una función pública, podemos agregar que la función pública es la cúspide, mientras el servicio público es la actividad concreta que le dan forma a la pirámide funcional del Estado.

B).- CONCEPTO DEL SERVICIO PUBLICO.

" El servicio público es una actividad técnica, directa o indirecta, de la administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar de una manera permanente, regular continua y sin propósito de lucro la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público. (35)

A pesar de que existen muchas definiciones de servicio público, ningún autor ha emitido una definición que sea unánimemente admitida, y de los problemas existentes, que a veces se -- (34).- IBIDEM.

(35).- Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo . Tomo I. Ed. Porrúa. México 1976. pág. 100.

tienen que hacer definiciones específicas en algunas leyes, es decir, se da una definición exclusiva para una materia como lo declaramos en el inciso (e).

El mismo Maestro Serra Rojas alude a los diferentes criterios que se adopten en las diferentes definiciones :

" Para caracterizar al servicio público se hace referencia a los criterios siguientes :

- A).- A UN CRITERIO ORGÁNICO QUE DESIGNA A LA ORGANIZACIÓN PÚBLICA, ES DECIR, AL CONJUNTO DE ÓRGANOS Y MEDIOS DE QUE PROVEÉ A LA MISMA, PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS COMETIDOS;
- B).- A UN CRITERIO MATERIAL, QUE HACE REFERENCIA A LA ACTIVIDAD DE INTERÉS GENERAL QUE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TIENE A SU CARGO,
- C).- A UN CRITERIO JURÍDICO QUE AFIRMA QUE HAY SERVICIO PÚBLICO CUANDO ESA ACTIVIDAD ESTÁ SOMETIDA A UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL, QUE EN PRINCIPIO ES DEROGATORIO DEL DERECHO PRIVADO. EL MISMO RÉGIMEN SEÑALA LAS EXCEPCIONES A ESTE PRINCIPIO.

D).- A UN CRITERIO TÉCNICO QUE SE REFIERE AL SERVICIO PÚBLICO COMO MEDIO PARA SATISFACER LAS NECESIDADES SOCIALES.³⁶⁾

Consideramos que los cuatro criterios deben prevalecer en toda definición que se dé, de servicio público, por ser una expresión material de la función pública estará a cargo de un Organismo público, o bien ese organismo reglamentará y concesionará a un particular la prestación de ese servicio, se materializa por una actividad de interés general, por ser una actividad a cargo del Estado debe estar bajo un régimen de Derecho Público, como todo servicio debe ser técnico para satisfacer necesidades colectivas, agregamos algunos conceptos expresados por Maurice Hauriou :

El servicio público es un servicio técnico ofrecido al público de una manera regular y continua, para la satisfacción de una necesidad colectiva y por una organización pública. Hauriou expresa que el servicio público es un servicio técnico hecho al público de una manera regular y continua por una organización pública.

" En el lenguaje corriente se emplea la expresión de servicio público para designar al organismo que atiende esta actividad, así se dice que la asistencia, la salubridad o la enseñanza pública son servicios públicos como un Hospital o una Universidad." (37)

(36).- Opus Cit. pág. 101.

(37).- Opus cit. pág. 102.

c).- ELEMENTOS DEL SERVICIO PUBLICO.

De las definiciones anteriores se desprenden los elementos primarios que la integran, una actividad técnica, con el objetivo de satisfacer una necesidad colectiva, actividad realizada por el Estado o concesionada a particulares y el cuarto elemento bajo un régimen jurídico que garantice, organice y controle su existencia.

Existen otros elementos secundarios o los que llamaremos características del servicio público, como son la generalidad, la igualdad, la continuidad, la temporalidad y el lucro razonable.

La generalidad, estará basada en el derecho que tiene todo ciudadano de gozar del uso del servicio público de acuerdo con los lineamientos creados para su prestación.

La igualdad, las diferentes leyes deben establecer la igualdad de sujetos y condiciones, para obtener la prestación del servicio.

La continuidad, estará basada en su origen, es decir si es una necesidad colectiva, que su interrupción afecta el funcionamiento de la sociedad en forma mayoritaria, debe establecer mecanismos por medio de los cuales se asegure la prestación del mismo.

La temporalidad de un servicio público estará reflejado por la subsistencia de la necesidad colectiva para cuya satisfacción se creó.

Lucro razonable, en el pasado se tenía la idea de -- que debía ser sin lucro es decir, sin utilidades, el costo afortunadamente se está dejando ese criterio para pasar a ser un lucro razonable es decir tener una utilidad justa con el propósito de mejorar la prestación del propio servicio y prestar otros que se desatienden por trabajar con subsidios.

Para concluir diremos que la prestación del servicio público se clasifica en tres órdenes :

- a).- *Prestaciones de orden material, como distribución de agua, de gas, de electricidad, de mercancías, de transportes de personas o conducción de mercaderías, etc.*
- b).- *Prestaciones de orden financiero, como el suministro de crédito, el régimen de seguros, el régimen de fianzas, la asistencia pecunaria, - etc.*
- c).- *Prestaciones de orden intelectual o cultural, - como la enseñanza en todos sus grados y formas; la formación estética, la educación física, -- etc. (38)*

(38).- Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo Tomo I. Ed. Porrúa. México 1976. pág. 104.

Diremos que la prestación es el medio por el cual se alcanza la finalidad del servicio público.

D).- DOCTRINAS SUBJETIVAS Y OBJETIVAS DEL SERVICIO PÚBLICO.

Si atendemos únicamente a la teoría objetiva o material todas las necesidades colectivas legítimas, revisten las características de un servicio público y así se tenían que declarar, desde una panadería, tortillería, música, etc. por eso debemos analizar las teorías objetivas entre las principales exponentes encontramos a León Duigit y Roger Bonnard que hacen la siguiente definición del servicio público, según cita Serra Rojas.

" Toda actividad cuyo cumplimiento debe estar asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la independencia social la cual es de tal naturaleza que ella no puede ser realizada completamente sino por intervención de la potestad gobernante."

Otro exponente de las teorías objetivas es Roger Bonnard el cual hace la siguiente definición : " los servicios públicos son los órganos que forman la estructura misma del Estado. Los servicios públicos tienen por objeto esencial el asegurar la realización de las intervenciones del Estado, el ejercicio de las - . -

atribuciones del Estado." (39)

Como se puede notar estas definiciones primero consideran como ya dijimos toda actividad como servicio público y como consecuencia no distingue entre las 3 funciones públicas que tiene el Estado, su función Legislativa su función jurisdiccional y su función administrativa en donde se materializan los servicios públicos.

En cuánto a los sustentadores de la teoría subjetiva subrayan las modalidades de la organización y el funcionamiento del servicio, el autor cita un ejemplo, Gastón Jeze dice... " *Son únicamente, exclusivamente servicios públicos las necesidades de interés general que los gobernantes, en un país dado, en una época dada, han decidido, satisfacer por el procedimiento de servicio público.*" Y agrega " *Decir que en determinada hipótesis existe el servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de Derecho Público, es decir un régimen jurídico especial y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo o insuperable de orden jurídico.*" Y concluye " *El derecho administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos para el regular funcionamiento de estos servicios existen necesariamente reglas jurídicas especiales.*" (40)

(39).- Opus cit. pág. 108.

(40).- Opus Cit. pág. 108.

Como vemos esta corriente le da un aspecto formal u orgánica consistente en hacerse cargo del servicio público no es jurídica como veremos más adelante, lo que hace la Legislación es dar la noción o definición de servicio público en las diferentes leyes que regulan y controlan dicha actividad.

Así de esta manera cualquiera de las definiciones ya sea objetiva o subjetiva carecen de elementos para llegar a una definición unánimemente aceptable, la material debe tomar en cuenta que no toda necesidad colectiva es servicio público y la formal debe tomar en cuenta que no solo las actividades públicas pueden otorgar el servicio público y que en el medio material deberá atenderse también al derecho positivo de los servicios públicos porque toda sociedad tiende a desarrollarse y crear nuevas necesidades colectivas y buscar nuevas formas de regulación y prestación.

E).- SERVICIO PUBLICO EN LA LEGISLACION MEXICANA.

Debido a la diversificación de definiciones de servicio público, y al no aceptarse alguna unánimemente, el Estado se ve en la necesidad de declarar cuales actividades revisten la calidad de Servicio Público, luego entonces debe acudir al derecho positivo para determinar la naturaleza jurídica de los servicios públicos.

Así en la Constitución en su artículo 27 Fracción VI faculta a los Estados al Distrito Federal y a los Municipios en los siguientes términos." Los Estados, y el Distrito Federal lo mismo que los Municipios de toda la República, tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos."

En otro esquema el artículo 73 Fracción XXV dice... así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público..., en este párrafo se reconoce la calidad de servicio público a la Educación.

En su artículo 73 fracción XXIX dice con respecto al servicio público :

" 4º Sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación, " y en el encabezamiento dicha fracción estatuye " para establecer contribuciones", en otras palabras el Congreso está facultado para promulgar leyes que establezcan contribuciones sobre los servicios públicos sean estos concesionados o prestados por el Estado.

En su artículo 123 apartado A, fracción XVIII encontramos lo siguiente :

... En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje de la fecha señalada para la suspensión del trabajo, ... esto establece que si por cualquier razón no se avisa de la Huelga, esta se considerará ilícita si se trata de servicios públicos, así también se considera ilícita una huelga en caso de guerra y los servicios públicos dependen del Estado.

La Constitución en su artículo 132 la jurisdicción de los inmuebles de los servicios públicos.

Artículo 132.- Los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinadas por el Gobierno de la Unión al servicio público o al uso común, estarán sujetos a la jurisdicción de los Poderes Federales en los términos que establezca la Ley que expedirá el Congreso de la Unión mas para que lo esten igualmente los que en lo sucesivo adquiriera dentro del territorio de algún Estado, será necesario el consentimiento de la Legislatura respectiva.

Ahora pasaremos a ver una definición de servicio público que hace la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal,

Artículo 23.- Para los efectos de esta Ley, se en tiende por servicio público la actividad organizada que se realice o conforme a las leyes o reglamentos vigentes en el Distrito Federal, o con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente, necesidades de carácter colectivo, La prestación de estos servicios es de interés público."

La segunda parte del artículo hace la siguiente observación :

" La declaración oficial de que determinada actividad constituye un servicio público, implica que la prestación de dicho servicio es de utilidad pública.

El ejecutivo Federal podrá decretar la expropiación limitada de dominio, servidumbre u ocupación temporal de los bienes que se requieran para la prestación del servicio."

En el Reglamento: anterior del Departamento del Distrito Federal establece:

Artículo 5º.- El Jefe del Departamento tendrá las siguientes atribuciones no delegables :

XVIII. Determinar la actividad que debe considerarse de servicio público, con base en las disposiciones de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, otras leyes y este Reglamento.

Como podemos ver en nuestra Legislación Mexicana no se define al servicio público, sino que éste es declarado por cuestiones naturales y prácticas del acontecer diario, es decir debemos acudir al derecho positivo para saber si por medio de una declaración oficial una actividad del Estado es o no servicio público, y si esas mismas leyes resuelven si el personal de los servicios es o no Funcionario ó Empleado público, si sus actos se someten a los Tribunales Federales o estan bajo la jerarquía administrativa.

Otros servicios públicos estan bajo el régimen de derecho privado y derecho público o sea un régimen mixto de derecho, en estos casos también estamos ante la presencia de Funcionarios y Empleados pero no públicos, los usuarios son clientes y no beneficiarios, y sus actos estan regulados por los Tribunales del orden común salvo disposición en contrario.

Así también vimos como la Constitución Mexicana menciona varios preceptos reguladores del Servicio Público, pero no los define dejando a otros ordenamientos la declaración de tal concepto.

Buscando otros ejemplos en la Legislación Mexicana encontramos en la Ley Federal del Trabajo en su artículo 455 :

" Para los efectos de este título, se entiende por servicios públicos:

Los de Comunicaciones y Transportes, los de Gas, los de Luz y Energía Eléctrica, de Limpia y los de Aprovechamiento y Distribución de Aguas destinadas al servicio de las poblaciones, los sanitarios, los de hospitales, los de cementerios y los de alimentación, cuando se refieran a artículos de primera necesidad, siempre que en este último caso se afecte alguna rama completa de servicio.

Este artículo no define al servicio público sino que hace de ellos una enumeración y hacer resulta peligroso porque no existe coordinación con el derecho vigente como ya vimos en el caso del Departamento del Distrito Federal, este artículo no deja una apertura a las consideraciones de los servicios públicos que puedan ser declarados como tales como ejemplo en el Distrito Federal no se puede hacer una enumeración que siempre es limitada cuando el concepto de servicio público adolece de una definición unánimemente aceptada.

Como quedo demostrado en nuestra Legislación no se define el servicio público, en algunos textos legales dicen que facultades tienen los organismos centralizados o descentralizados para crear, modificar o supervisar los servicios públicos, en ocasiones se confunde el cargo público con el de servicio público, cosa por demás lamentable ya que uno se refiere al cargo público de la persona que puede tener la responsabilidad del servicio público,

la única definición la da el artículo 23 mencionado de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, señalando características y no elementos que deben contemplarse en cualquier definición que se quiera hacer de servicio público.

F).- EJECUTORIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION CON RELACION AL SERVICIO PÚBLICO.

La Suprema Corte en sus ejecutorias ha seguido o ha tomado la concepción realista de servicio público, pero sin la extensión de sus autores, éstas son ejecutorias aisladas y no precisas en la determinación del concepto de servicio público, presentamos algunas ejecutorias para ilustrar el tema.

" En Derecho Administrativo se entiende por servicio público un servicio técnico prestado al público, de una manera regular y continua para la satisfacción del orden público y por una organización pública. Es indispensable para que un servicio se considere público, que la administración pública lo haya centralizado y que lo atienda directamente y de por sí con el carácter de dueño, para satisfacer intereses generales y que, consiguientemente, los funciona-rios y empleados respectivos sean nombrados por el Poder Público y formen parte de la administración..." (Sem. Jud. Fed. B. Ép. T. XV - Pag. 1252).

"la condición de que la administración deba centralizar el servicio para que éste se considere público, ha sido objeto de rectificación enérgica al estimarse que los servicios públicos pueden también suministrarse por empresas privadas" (Tomo 20, pág. 663 y tomo 29, pág. 1510, tomo 32 pág. 823, Sem. Jud. Fed. V, Ép.

"Peculado.- 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 si para usos propios o ajenos distrae de su objeto, el dinero, valores, fincas ó cualquier 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 cualquier otra causa.

Servicio Público.- Por servicio público se entiende de toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad colectiva, económica o cultural para cuya satisfacción es indispensable desarrollar un esfuerzo regular continuo y uniforme. Aunque por regla general esos servicios están encomendados al Poder Público, hay veces que por razones económicas son encomendadas a Organismos descentralizados, que no por ello cambian la naturaleza del servicio público de las funciones que desempeñan. (Sem. Jud. Fed. VI. Ép. T. 21 pág. 1442).

Como indicamos anteriormente el concepto de servicio público aún está pendiente de manera plena de definirse, lo que

podemos afirmar es que en la legislación Mexicana, debemos acudir al Derecho Vigente para determinar si tal o cual actividad es o no servicio público, y si el recurso humano tiene la calidad o no de Funcionario o Empleado Público, no sin antes recordar que no toda función pública del Estado es servicio público, que todo puesto público es sinónimo o debe confundirse con servicio público. En México los servicios públicos no establecen por la existencia material de una necesidad colectiva, independientemente si existen otros servicios que por naturaleza lo sean pero no han sido declarados como tales y para terminar este tema diremos que las Entidades Federativas corresponde a las Legislaturas Locales la facultad de declarar los servicios públicos en base a sus ordenamientos jurídicos.

Que el servicio esté a cargo del Estado o de un Organismo descentralizado haciendo un análisis de características de ambos tendremos las diferencias y las igualdades de ambos Organismos.

- A).- EL CENTRALIZADO REALIZA FINES GENERALES DEL ESTADO EN MATERIA FEDERATIVA.
- B).- EL DESCENTRALIZADO REALIZA FINES ESPECIALES DEL ESTADO EN MATERIA FEDERAL.
- C).- LOS ORGANOS CENTRALIZADOS TIENEN LA PERSONALIDAD GENERAL DEL ESTADO.
- D).- LOS ORGANOS DESCENTRALIZADOS TIENEN SU PROPIA PERSONALIDAD OTORGADA POR UNA LEY O UN DECRETO.

- E).- EL PATRIMONIO DE LOS ORGANISMOS CENTRALIZADOS ES EL GENERAL DEL ESTADO,
- F).- EL PATRIMONIO DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS TIENEN UN PATRIMONIO ESPECIAL, POR LO TANTO ESTAN BAJO UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL, SU ESTRUCTURA OBEDECE A REGLAS Y PROCEDIMIENTOS TÉCNICOS, SON BIENES DEL ESTADO,
- G).- LOS BIENES DE AMBOS ORGANISMOS SE RIGEN POR LA LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES,
- H).- LOS ÓRGANOS CENTRALIZADOS ESTAN SOMETIDOS A LA DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DEL ESTADO,
- I).- LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS TIENEN AUTONOMÍA TÉCNICA MANTENIENDO LA UNIDAD FINANCIERA,
- J).- LA UNIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS ORGANISMOS CENTRALIZADOS ESTÁ REPRESENTADO POR LA JERARQUIZACIÓN,
- K).- LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS TIENEN AUTONOMÍA ORGÁNICA REPRESENTADO POR UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL,
- L).- LOS PODERES DE NOMBRAMIENTO, MANDO, DECISIÓN, COMPETENCIA, VIGILANCIA, SON NECESARIOS PARA MANTENER LA UNIDAD DE LOS ÓRGANOS DEL PODER CENTRAL,
- LL).- ESOS PODERES EN LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS SE TRANSFORMAN O DESAPARECEN,
- M).- LOS ORGANOS CENTRALIZADOS SON RESPONSABLES DE SU ACCIÓN ADMINISTRATIVA,
- N).- LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS POR SU ACCIÓN ADMINISTRATIVA LES ES APLICABLE LA LEY DE RESPONSABILIDADES,
- Ñ).- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EJERCE EL CONTROL DE LOS ORGANISMOS CENTRALIZADOS,
- O).- LAS SECRETARÍAS DEL PATRIMONIO NACIONAL, DE HACIENDA Y DE LA PRESIDENCIA EJERCEN EL CONTROL DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS,

Podemos concluir que el Organismo Descentralizado es creado para un fin especial del Estado, dotándolo de personalidad jurídica propia, bajo régimen jurídico especial, se le otorgan bienes del Estado que regresan a éste cuando cumpla o se extinga su cometido, para el libre ejercicio tienen autonomía técnica y orgánica, la Autoridad Jerárquica de la Administración Pública se transforma ó desaparece, le es aplicable la Ley de Responsabilidades y el control lo ejercen las Secretarías de Patrimonio Nacional, Hacienda y de la Presidencia.

Los Organismos Centralizados o Descentralizados - no solamente persiguen servicios públicos, tanto unos como otros pueden tener diferentes fines y actividades, pero sobre todo los Organismos Descentralizados pueden tener una variedad de fines que el Estado crea oportuno otorgarles, descentralizar no es independizar, si no existe una atenuación de la jerarquía administrativa conservando el poder central sus poderes de vigilancia y control aunque en forma limitada se relaja el vínculo de relación con el poder central se sitúa fuera de su acción pero mantienen estrictas y estrechas relaciones de control la diferencia mayor se encuentra en el régimen jurídico de uno y otro.

Criterio personal de Servicio Público, para efectos del delito de peculado, debe considerarse el siguiente concepto de servicio público : *" Es toda actividad que realiza el Estado en forma general para satisfacer las necesidades colectivas sea de índole económica o cultural que se traduce en la obtención del bien común.*

Aunque en nuestra conclusión pedimos que se elimine el concepto de servicio público por ser limitativo, y nuestra tesis se fundamenta en una ampliación del concepto para beneficio del País y de la sociedad.

La distracción para sí o para otro.— La distracción del bien se entiende el hecho del que el sujeto activo, violando la finalidad jurídica de la tenencia, actúa sobre la cosa como propietario, existe una disposición del bien en forma ilícita --disponer para sí para sus satisfacciones personales o para beneficio de otro-- disposición para otro-- estos actos consisten siempre en la distracción de - la cosa del fin por el cual le fué entregada, empleando un injusto - cambio de destino del objeto, una jurisprudencia ha sido la siguiente: " Por *distracción de una cosa se entiende la aplicación de ella a un destino diferente del que ha querido darle su propietario, por con-- ducto de quien la recibe* (T. S., 6a. SALA Abr. 24, 1941)".

Cuando la distracción se nos presenta en forma positiva de enajenación o gravamen de la cosa, existe un acto material por lo cual no es difícil de comprobar la distracción, pero si la cosa no sale de su posesión material con el ánimo de dominio entonces- resultara difícil la prueba del delito, no debemos olvidar que hablamos de bienes muebles y de bienes inmuebles, la Ley no señala tiempo en la distracción por lo cual puede darse momentaneamente o en forma

definitiva, en esta última también será fácil comprobar el delito, no ocurrirá así en las distracciones momentáneas, como puede ocurrir al utilizar una unidad automotriz para satisfacción personal y de la cual no hay autorización para dicho uso, la disposición de dinero en forma temporal para cubrir necesidades personales, otros ejemplos serían los materiales, la papelería, en estos casos es difícil comprobar el delito, a menos que sea voluminoso o cuantioso y aludo a estos ejemplos por que la Ley tampoco establece cuantía y recurriendo a la jurisprudencia encontramos lo siguiente:

*" Cuando se atribuye la comisión del delito de -
 peculado, para que compruebe es necesario que se practique un arqueo
 o liquidación del cual se desprenda que existe un faltante en los --
 bienes o fondos a cargo del imputado (S. C., 1a. SALA, Amparo 2575--
 41--1a.)",* Esto nos indica que debe haber un arqueo o un inventa--
 rio que compruebe que existe faltantes para poder comprobar la dis--
 tracción a la que alude la Ley, esta jurisprudencia es totalmente -
 aceptable ya que no existe otro medio que demuestre la distracción,
 pero como ya dijimos esto más serviría para el caso de que la cosa
 material se haya enajenado o gravado, pero aquellas cosas que si -
 guen siendo propiedad de los Organismos pero que se pueden distraer
 para fines personales o de un tercero, porque en cualquier momento-
 se pueden regresar al peculio del Estado, es decir la disposición -
 temporal del bien, y por otro la distracción no implica que se ena-
 jene o grave, sino que la distracción es con referencia al objeto -

de estos bienes, y el objeto jurídico del delito es el interés de la colectividad y por ello del Estado, interés en un funcionamiento de los servicios públicos en beneficios de la colectividad y la distracción la puede causar como hemos dicho la posesión temporal del bien, y en este caso un arqueo si es factible tratándose de dinero ó valores, pero un inventario no demuestra que falte ya que señalamos que en cualquier momento que se requiera el bien puede ser presentado por el Funcionario ó Empleado Público, y será difícil comprobar el delito, ahora bien también existen bienes de consumo inmediato y que un inventario no puede detectar ni demostrar que existe un faltante, de los bienes por su cuantía individual y consumo inmediato no son objeto de inventario, por razones prácticas, consideramos que aunque bien es difícil eso no implica que se configure el elemento de la distracción y que se configure el Delito de Peculado, por que los procedimientos y auditorías que haga la Secretaría de Programación y Presupuesto y los Organismos encargados de las auditorías han o deben establecer procedimientos administrativos capaces de detectar la distracción de este tipo de bienes, esto es posible ya que en la iniciativa privada estan establecidos y funcionando. Por otro lado la jurisprudencia debe modificarse para contemplar estos hechos difíciles de comprobar, pero que existen en la actividad administrativa y que configuran el delito tratado. La distracción del bien para sí o para otro es el elemento consumativo del delito de peculado siempre y cuando lógicamente se den las otras condiciones jurídicas de la infracción.

No debemos perder de vista que la definición del delito establece que para usos propios o ajenos, esto debe interpretarse, la palabra "uso" que implica varias acciones al respecto, puede ser enajenar, gravar, o únicamente como se conoce la palabra comúnmente el hecho de usar algún bien del Estado para beneficiarse objetivamente o subjetivamente, implica la distracción del bien de su objeto, por lo tanto la jurisprudencia es enunciativa no limitativa del delito de peculado, el objeto de los bienes lo determinan las leyes reguladoras de los Organismos y puede ser escrita o verbal, ser general o especial, permanente o accidental, no solamente la distracción con el ánimo de lucrar sino también la distracción para un uso sin un beneficio material u objetivo es consumativo del delito.

El perjuicio.- Por sus efectos en la persona que resiente la acción delictiva, existe un perjuicio patrimonial, una injusta disminución de los bienes que configuran el patrimonio del sujeto pasivo, el Estado o en su defecto un particular para la integración del delito no se exige que la disminución sea total o parcial reparable o irreparable, momentánea o definitiva, esto también significa una disminución de utilidades por disminución de los elementos activos del patrimonio, el perjuicio es el efecto de la distracción de su objeto de los bienes del sujeto pasivo, es un delito de daño porque su consecuencia necesaria es la lesión, el perjuicio en el bien patrimonial afectado, los resentidores del perjuicio pueden ser los propietarios, o poseedores legítimos o cualesquiera --

persona que tengan derecho sobre la cosa distraída, el daño se mide en el momento mismo de la distracción pues impide el funcionamiento y objeto de dichos bienes, la restitución del bien o la reparación del daño no destruye la previa existencia del perjuicio como elemento constitutivo del delito de peculado, este delito no se limita al perjuicio resentido en los bienes patrimoniales del sujeto pasivo, sino que se traduce de hecho en un enriquecimiento ilícito del sujeto activo obtenido por la distracción del bien, por lo general el móvil de su comisión se basa en obtener un beneficio para sí o para otro.

(que la distracción recaiga sobre bienes muebles ó inmuebles del Estado o de particulares bajo la responsabilidad del Estado.- La acción del delito de Peculado recae sobre dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o bienes de particulares que el Estado hubiere recibido en administración ó en depósito y de los cuales es responsable, y esta ha sido la enumeración que han hecho los Códigos Penales de 1871, 1929 y el actual de 1931, estos han generalizado la acción debe recaer en los dos grupos mencionados anteriormente, dichos bienes pueden ser de cualquier cuantía, especie o naturaleza, los bienes inmuebles son de dominio público mientras que los muebles son de dominio privado, a excepción de aquellos que no son sustituibles como una pintura porque en este caso son de dominio público de acuerdo con la Ley de Bienes Nacionales, el sujeto activo se le ha confiado una posesión precaria pero no el dominio de estos bienes, ó en otras palabras -

únicamente se le ha dado la responsabilidad de la conservación, vigilancia y control de estos bienes en razón al puesto que desempeña en la administración pública en razón de una obligación no de un derecho. Un ejemplo de bienes particulares puede constituirlo los embarcos por deudas fiscales quedando bajo la administración o en depósito del funcionario o empleado por razón de su cargo, en este caso el Estado responde subsidiariamente del daño causado por el servidor público. (Artículo 32, Frac. VI, C. P.)

Definición. " *La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley;* " (41)

" *La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo;* " (42)

" *la tipicidad (TYPISITAT) es la conformidad de una conducta con la hipótesis delictiva consignada en la Ley Penal.*" (43)

Lo primero que resulta de estas definiciones es la cuestión relativa a que el tipo es la creación legislativa, mientras que la tipicidad es la conducta del agente que encuadra o cumple con los requisitos del tipo, la tipicidad es el signo externo de la antijuricidad penal, cabe aclarar que no toda conducta tipificada

(41). - Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal Ed. Porrúa. México 1974, pág. 166.

(42). - IBIDEM. pág. 166.

(43). - Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa México 1980. pág. 171.

constituye un delito ilícito, puede existir tipicidad jurídica por medio de las causas de justificación, en nuestro derecho se acepta el siguiente dogma nullum crimen sine lege, por lo tanto en relación podemos decir lo siguiente : *No existirá delito sin que exista un tipo legal que corresponda a la acción, así de esa manera la tipicidad se convierte en elemento constitutivo del delito y sin ella la conducta del agente no es antijurídica.*

En cuánto al delito de peculado del cual nos es tamos ocupando en esta ocasión, determina objetivamente la conducta del agente para su tipificación, procediendo a analizar nos determina :

- A).- PARA SER SUJETO ACTIVO DEL DELITO, SE REQUIERE SER FUNCIONARIO O EMPLEO DE UN SERVICIO PÚBLICO, LA CALIDAD DEL FUNCIONARIO O EMPLEADO LO DETERMINAN LAS LEYES ES DECIR EL DERECHO POSITIVO, LA SEGUNDA CALIDAD HA DE SER DE UN SERVICIO PÚBLICO, TAMBIÉN ESTARÁ EMANADO DEL DERECHO POSITIVO EN CASO DE NO CUMPLIRSE LAS DOS CALIDADES DEL SUJETO ACTIVO SERÁ CAUSAL DE ATIPICIDAD POR AUSENCIA DE LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO EXIGIDO POR LA LEY.
- B).- EL SUJETO PASIVO LO SERÁN EL ESTADO, ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y PARTICULARES, EN CUÁNTO AL ESTADO Y SUS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS SON CON REFERENCIA AL SERVICIO PÚBLICO NO A

OTRAS ACTIVIDADES PROPIAS DEL ESTADO O DE ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS, EN CUÁNTO A LOS PARTICULARES, SI EL FUNCIONARIO O EMPLEADO RECIBIERON SUS BIENES EN ADMINISTRACIÓN, DEPÓSITO O POR OTRA CAUSA ESTABLECIDA EN LA LEY.

C).- OBJETO MATERIAL Y JURÍDICO.- EL MATERIAL SE BASARÁ O SE CUMPLIRÁ SI LA ACCIÓN ILÍCITA RECAÉ SOBRE BIENES DEL ESTADO U ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS DE UN SERVICIO PÚBLICO, EN EL CASO DE LOS PARTICULARES SI RECAÉ SOBRE BIENES QUE HAYA RECIBIDO EL FUNCIONARIO Ó EMPLEADO POR RAZÓN DE SU CARGO, EN AMBOS CASOS EL OBJETO JURÍDICO ESTARÁ DADO COMO LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS SUJETOS PASIVOS.

D).- USO PROPIO O AJENO.- COMO LA LEY NO ESPECIFICA CUALES CLASES DE USOS, AFIRMAREMOS QUE CUALQUIER USO DIFERENTE AL OBJETO DE LOS BIENES CREADOS POR LA LEY, SEA ESTE TEMPORAL O DEFINITIVO, SEA PARA INTERESES PERSONALES O AJENOS, CONSTITUIRÁN LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA, EL USO Y LA DISTRACCIÓN SON ACCIONES INSEPARABLES Y AMBAS ESTAN RELACIONADAS CON EL OBJETO DE LOS BIENES, EL UNO IMPLICA EL OTRO, ES DECIR SI SE DISTRAE EL BIEN COMO CONSECUENCIA AFIRMATIVA SE ESTÁ USANDO Y VICEVERSA SI SE USA SE ESTÁ DESTRUYENDO EL BIEN, EL USO ATIENDE A LOS DIFERENTES MODOS DE DISTRACER LA COSA POR LO TANTO A NO SAÑALAR LA LEY USOS ESPECÍFICOS SERÁ ELEMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO CUALQUIERA QUE DISTRALGA LA COSA PARA EL OBJETO POR EL CUAL FUE ESTIPULADO EN LA LEY,

En cuánto al tipo de este delito considero que se puede clasificar de la siguiente manera :

Por su composición, es normal porque hace una - descripción objetiva. Por su ordenación metodológica es fundamental o básica. En función de su autonomía o independencia es autónomo ó independiente. Por su formulación es amplio. Por el resultado es - de daño.

La única aclaración es con respecto a si es - fundamental o básico, este delito pertenece a la familia de delitos contra el patrimonio pero existen junto con el cohecho y la concu- sión como delitos cometidos por funcionarios públicos, en nuestro ac- tual Código Penal atendiendo a la persona que los comete y no al per- juicio o al resultado que producen.

1. CLASIFICACION.

Al seguir analizando el delito de Peculado, en este inciso haremos referencia a su clasificación en cuánto A), - SU GRAVEDAD; B), SEGÚN LA CONDUCTA DEL AGENTE ; C), POR SU RESULTADO; D), POR EL DAÑO CAUSADO; E), POR SU DURACIÓN, F), POR LA CULPABILI- DAD, G) POR LA ESTRUCTURA, H), EN CUÁNTO A LA CONDUCTA, I)- UNISUB- OBJETIVO O PLURISUBJETIVO, J), POR SU FORMA DE PERSECUSIÓN, SU CLA- SE Y CLASIFICACIÓN LEGAL.

A). POR SU GRAVEDAD. En el Derecho Mexicano, en particular el Código Penal Vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, es la base de cualquier dogmática que se quiera hacer, partiendo de esta base se ha tomado la teoría tripartita en cuanto a los delitos y faltas penales, en el Código Penal de 1871, se estableció la diferencia entre los dos conceptos en sus artículos 1º y 2º, más tarde los perdió en el Código de 1929, criterio acertado ya que los Códigos Penales se dedican única y exclusivamente a la materia penal, y deja a las faltas y contravenciones a la materia y competencia administrativa, por su naturaleza no es penal sino administrativa, por otro lado señalaremos la teoría tripartita, la cual distingue entre crímenes, delitos y faltas o contravenciones, considerando a los crímenes, como a los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre, los delitos son las conductas contrarias o violatorias de los derechos emanados del contrato social, y por faltas o contravenciones las infracciones a los reglamentos de policía y buen Gobierno, volviendo a nuestro punto de partida decíamos que nuestro Código Penal sanciona únicamente los delitos en su aspecto amplio, dejando a los tribunales administrativos la sanción y cumplimiento de las faltas y contravenciones administrativas, de acuerdo a lo antes expuesto el peculado es un delito, por ser una conducta violatoria del Derecho del Estado, a salvaguardar su patrimonio, traduciendo en una lesión jurídica, a la sociedad por esto mismo

se regula en el Código Penal y las controversias se ventilan en Tribunales Judiciales.

B), SEGÚN LA CONDUCTA DEL AGENTE, Nuestro Derecho Penal Mexicano es del tipo personal es decir se aplica y sanciona a las personas, por este motivo para que exista un delito es necesario que se produzca una conducta humana, la conducta humana es un elemento básico del delito, y a cuya existencia está condicionado el Derecho Penal, la conducta humana es un hecho material exterior positivo (acción) o negativo (omisión), en otros términos existe un hacer y un decir de hacer en toda conducta humana, depende el querer hacer del agente para que se nos presente como acto u omisión la conducta del ser humano, por lo tanto debemos saber que debemos entender por acto y por omisión y si Delito de Peculado cae dentro de los dos supuestos o únicamente al sentido positivo de la conducta,

El Código Penal Vigente establece en su artículo 7º : *Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales de esa forma también declara su dogmática del tema, en el Código no se utilizó el concepto de acción en un sentido, Lactu Senu, pero si lo utiliza en un sentido directo Senu es decir en un aspecto positivo "acto" o en su aspecto negativo "omisión" dejando al acto para el hacer y la omisión para el no hacer o dejar de hacer para saber que relación guardan estos dos aspectos con nuestro delito de Peculado, debemos buscar cuales son los elementos del acto y cuales son los de la omisión y si la conducta del agente tiene este -*

lado positivo y el lado negativo.

En el acto encontramos tres elementos : una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad de otra manera existe un querer hacer, un hecho consecuencia de ese-querer hacer, y una relación causa efecto entre el querer hacer y el hecho, el querer hacer a la manifestación de voluntad del agente debe revertir las características de un ser efectivo corporal y volu-tivo, el ser efectivo debe manifestarse como un hecho objetivo, o hecho consumado material, el aspecto corporal es tan dado por un movi-miento muscular, la característica de ser volutivo es un querer ha-cer libre del Agente sin ningún vicio en la voluntad, en otros tér-minos debe existir una modificación del mundo exterior o de poner - en peligro que se produzca en otros términos se viola una ley prohibitiva, en el delito de peculado encontramos el acto en un sentido-positivo al establecer el Código Penal Vigente en su artículo 220 en cuanto a la conducta del agente, " uso propio o ajeno" y "dis--tracción", hacemos esta observación todavía sin concluir en vista - que nos falta ver dos elementos del acto.

En cuanto al hecho del resultado segundo ele-mento se nos presenta como el perjuicio en los bienes del Estado o de un Organismo Descentralizado o de un particular con reglas del mismo artículo 220, como ya dijimos anteriormente existe una disminución total o parcial en el patrimonio de estos últimos.

El acto es la causa del resultado, es una modificación al mundo exterior es un cambio perceptible por los sentidos en los hombres o en las cosas el cambio puede ser tangible o material como los delitos de daño, puede ser un cambio psíquico como el delito de amenazas, la conducta del agente corporal causa un resultado externo, en el delito de peculado sería, un uso primero a una distracción primero es decir se puede dar una y otra primero porque se implica, el agente con un movimiento corporal usarla o distraerla un bien del Estado o de Organismos Descentralizados, o de un particular, distrayendo para usarlo el personalmente o para beneficio de otro causando una distracción del objeto por lo tanto perjudicando al sujeto pasivo consumación.

La relación Causal.- Entre la conducta y el resultado debe existir una relación de causas efecto, en el acto es fuerza directa causal del resultado, se han elaborado diversas teorías para determinar cuales actividades humanas, deben ser tomadas en cuenta para asegurar que son la del efecto, así en nuestro Derecho Penal Mexicano los distintos estudios aún no se ponen de acuerdo que teoría acoge nuestro Código Penal, por ser la más apegada a la dogmática que se asegura existe en nuestro Código, expresaremos la "teoría de la equivalencia de las condiciones" avalado por el maestro Carrancá y Trujillo y por el maestro Fernando Castellanos.

La teoría de la equivalencia de las condiciones Bon Buri, su expositor nos dice : " Todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todos son su causa. Antes de que una de las condiciones sea cualquiera, se asocie a las demás, todas son eficaces para las producciones del resultado; esto surge -- por la suma de ellos; luego cada una es por causa de toda la consecuencia y por ende con respecto a ésta tienen el mismo valor." según cita Castellanos Fernando. (44)

" Dicha teoría afirma que es causa la totalidad de las condiciones positivas y negativas que producen un fenómeno. Todos los antecedentes del fenómeno tienen el mismo valor, por lo -- tanto hay completa equivalencia entre causas con causas, condiciones y ocasiones. La denominación de " CONDITIO SINE QUA NON, " significa que la condición no puede jamás ser suprimida in mente, sin que -- al mismo tiempo desaparezca el resultado. Tal teoría extiende sobre manera el concepto causa." (45)

Exponemos estos textos para sustentar poque -- estamos de acuerdo con la teoría, primero, esta teoría está basada en una causa física y no ontológica tratando de precisar que debemos entender por causa de un resultado, por lo siguiente es por lo que estamos de acuerdo, lo que se trata de determinar son las causas que imperaron o actuaron sobre la conducta del agente para --

(44).- Opus Cit. pág. 156 y 157.

(45).- Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa 1980. pág. 281.

obtener tal o cual resultado, lo primero que debemos afirmar es que - jurídicamente no es aceptable la crítica que menciona el maestro Castellanos los objetos o cosas que intervienen en el delito no han sido creados con ese fin, el agente violando el objeto de las cosas, los - usa para cometer un delito, esto no significa de ninguna manera o desde un punto de vista jurídico que al carpintero por hacer la cama donde se comete adulterio se le considere causa del mismo ni es autor -- del delito o al que fabrica las pistolas, un armero no es actor del - homicidio que se comete con la pistola que fabricó, así pues consideramos que las cosas u objetos que utiliza el agente no son condiciones sino medios para cometer un delito, cuando hablamos de la relación causal entre el querer hacer y el resultado debemos entender desde, nuestro punto de vista las condiciones que intervinieron en la - conducta del agente, no los medios con los cuales cometió el delito, las condiciones objetivas y subjetivas que tienen relevancia para - fundar una responsabilidad penal, son los que nos interesan y esto - lo podemos llamar causa jurídica, trasladando los conceptos de la - causa jurídica es más completa ya que intervienen factores objetivos y subjetivos en tal concepto, la conducta humana del agente comprende una acción ejecutada, un evento sobrevenido o esperado, y solo -- es inculpa cuando existe un nexo causal entre la acción y el - resultado, aunque no queremos crear una hipótesis sobre este tema, - si hemos dejado algunos comentarios para decir que la relación causal entre la acción y el resultado para nuestro punto de vista reviste 2 relaciones causales, una relación física causa-efecto que servirá al

derecho penal para determinar los medios de la consumación del delito, por otro lado una relación causa-efecto jurídico en relación al agente del delito que servirá para constituir la responsabilidad penal del -- agente, y no como los autores lo han querido ver o en forma, únicamente física o en forma jurídica, también estamos de acuerdo en que las - condiciones son equivalentes es decir la unión de todas ellas configu- ran la relación causal, no podemos restarle importancia o aunque, lo- que sí podemos es decir que son concurrentes y progresivas, todas es- tan enmarcadas al querer hacer del agente y son progresivas por el or- den que se suceden una tras otra, nuestro Código Penal, primero debie- mos hacer referencia a las concausas concurrentes, independientes del sujeto activo el profesor Carrancá y Trujillo sostiene que en nuestro derecho la teoría de las equivalencias han sido admitidas, por su - parte el profesor Jiménez Huerta opina que la teoría de la causalidad aún está latente en el sistema de Derecho Positivo Mexicano, existen pues opiniones encontradas en relación a la teoría causal, en vista - de que algunas veces en el Código Penal se encuentra la teoría de la equivalencia, de condiciones y enseguida se encuentran razgos de - - otras teorías, aunque generalmente o en su mayoría se encuentra la -- teoría de las equivalencias, podemos encontrar algunos aspectos de - las otras teorías, y por ser un tema debatido concluiremos diciendo - que aceptamos dicha teoría.

Después de haber visto los tres elementos del acto, trataremos de aplicarlo al delito de Peculado, decíamos que la

manifestación de voluntad del agente debe reunir tres características: ser efectiva, corporal y volutiva, en el delito, objeto de nuestro estudio declaramos que, el ser efectivo implica un cambio en el mundo exterior objetivo y material el movimiento muscular estará dado por el uso que haga el agente del bien, o bien para transferirlo a un agente ajeno, en la distracción también encontramos este movimiento muscular, en cuanto a la relación causal, debemos atender a las condiciones que hacen la causa, en cuanto al resultado necesariamente es un perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo materializando en una disminución total o parcial el patrimonio en cuanto a la relación causal las condiciones deberán verse desde un juicio valorativo para determinar la responsabilidad penal, de esta manera clasificaremos al delito de Peculado como un delito de acción Stricta Sensu Acto.

La omisión estriba en un abstenerse de obrar, es un dejar de hacer lo que se debe ejecutar, la omisión es la forma negativa de la acción y el maestro Castellanos cita, Quello Calón dice: "La omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado", para Sebastian Soler, " el delincuente puede violar la Ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención". (47)

En la omisión se deja de hacer lo mandado expresamente por la norma, y en la omisión se infringe una Ley dispositiva en la acción es una Ley prohibitiva, dentro de la omisión, cabe hacer el distingo en la omisión material u omisión simple, y la omisión espiritual u omisión

(46).- Opus cit. pág. 152.

(47).- Opus cit. pág. 152.

por omisión, tomando como base que se deje de ejecutar el movimiento corporal esperado o se ejecute sin tomar las precauciones debidas jurídicamente exigibles, " *Porte Petit estima como elementos de la omisión pura* a).- *Voluntad, o no voluntad (delitos de olvido); b).- Inactividad, y* c).- *Deber Jurídico de Obrar como una consecuencia consistente en un no hacer voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo - un resultado típico.*" [48]

Por otro lado sostiene " *En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes: de obrar y abstenerse y por - ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva : "Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva.*" (49)

En los delitos de simple omisión el tipo se cumple por la falta de una actividad jurídicamente ordenada sin requerir un resultado material por su parte la comisión por omisión, es necesario un resultado material, una modificación del mundo exterior mediante no hacer lo que la norma ordena; en los delitos de omisión simple el tipo se llena con la inactividad, en el de comisión por omisión cuando surge el resultado material la omisión pura solo comparte un resultado -

(48) Opus Cit. pág. 153

(49). Opus cit. pág. 153

jurídico , la impropia uno jurídico y otro material los delitos por omisión impropia son más importantes que los de omisión simple, porque en estos el resultado se produce por virtud de la omisión del movimiento corporal y por designio del pensamiento criminal que la ordena, la omisión está relacionada con la voluntad, esta por ser desatenta o inerte produce un resultado antisocial al producir responsabilidad le interesa al Derecho Penal, la actividad es psíquica en el agente, los elementos de la omisión son :

- a).- Una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar.
- b).- Un resultado.
- c).- Una relación causal psíquica.

De otro modo existe un no querer hacer, un hecho consecuencia del no querer hacer y una relación causal entre el no querer hacer y el resultado las características de esa manifestación de la voluntad es una voluntad y una inactividad, se dice que existe una voluntad de una conducta diversa según el maestro Mariano Jiménez Huerta, en cuanto a la inactividad la voluntad del agente está encaminada a no efectuar la acción ordenada por el Derecho. La inactividad está íntimamente relacionada con el elemento psíquico del agente, en virtud de que el agente se abstiene de efectuar el movimiento corporal que la norma en forma expresa, dicta que deba efectuarse, estos dos elementos aparecen tanto en la omisión simple

como en la comisión por omisión, pero en esta última surgen otros dos factores un resultado material y una relación de causalidad entre el resultado y la abstención, siempre hay un resultado jurídico, en la comisión por omisión además hay un resultado material.

En cuanto al resultado en este tipo de conducta negativa solamente se da un resultado jurídico y no material, al apoyar la teoría de la equivalencia de las condiciones, decíamos que es todo delito; o existe un resultado material combinado con un resultado jurídico, o cualesquiera en forma individual, esto viene a apoyar nuestra teoría de que la susodicha teoría es la más adecuada, pues bien en la omisión sea esta simple o impropia solamente tenemos un resultado jurídico.

En cuanto a la relación causal se discute -- que si la omisión no produce un resultado material no es dable ocuparse de la relación causal, con lo cual no estamos de acuerdo, porque si no entendemos que existe relación causal, la omisión no sería a lo que debemos apoyar en recordar que nadie puede negar el resultado que produce la omisión, luego entonces si tenemos una voluntad y un resultado por medio de la inducción o deducción, podemos determinar la relación entre estos dos factores y estaríamos en -- contra del principio de que a toda causa tiene efecto y estan en relación, cabe hacer notar que algunos autores ya estan de acuerdo -- en afirmar en los delitos de comisión por omisión o en su mayoría --

si existe un resultado material y se produce un cambio en el mundo exterior, así también hay un movimiento corporal, mientras que en la omisión simple la inactividad para no realizar un movimiento corporal se causa un resultado de peligro; la inseguridad del orden jurídico.

No puede haber delito ni relación causal, todo efecto tiene un origen en una causa como ya habíamos apuntado anteriormente, por lo tanto todo efecto físico o moral tiene su causa equivalente, efecto sin causa es inconcebible.

Existen dos teorías al respecto de la relación causal en la omisión una es la teoría normativa y la más aceptable, la otra es la teoría de la causalidad artificial. La teoría de la causalidad artificial: *fundan el nexo causal en base a la teoría: " con la omisión concurre siempre una acción positiva porque el agente, al omitir alguna cosa, hace necesariamente algo; luego la causalidad del resultado, se añade, consistirá en la acción positiva paralela a la omisión."* (50)

La omisión representa para estos autores un hecho positivo paralelo a la misma persona que la omisión en sí incurre un hecho positivo, pues siempre el agente en forma material o psíquica realiza un algo, la causalidad del resultado está dado en relación a la acción positiva, lo que hacen ver estos autores seguidores de esta teoría, el hombre tiene la posibilidad de un querer y de un actuar

(50).- Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa México 1980. pág. 317.

sobre los acontecimientos, la omisión es causa de un efecto, pensamos que el agente debe tener la posibilidad y el deber jurídico de actuar en los acontecimientos que modifican el mundo exterior. En lo único que estamos de acuerdo con esta teoría es que sí existe la omisión y su efecto, al considerar un acto positivo paralelo a la omisión, lo que no debemos olvidar es que la omisión es un *stricto sensu* y nuestro Código Penal sanciona a la acción en forma indirecta, y sus especies acción y omisión en forma directa, la inactividad es una manera de contradecir la regla de la vida y se vuelve algo positivo, consideramos que las conclusiones de la relación causal son del orden psicológico de allí su problema de estudio.

Consideramos que la comisión por omisión se encuentra en el delito de peculado, recordando que en esta figura se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva, en el caso que estamos estudiando la norma preceptiva que se viola es la norma que reglamenta las atribuciones y deberes que tienen los empleados y funcionarios, es decir existe un deber de administrar los bienes de la Nación en forma adecuada y para el objeto para el que son destinados, cuando decimos administrar implica que hay que vigilar que los bienes sean conservados, o bien sean bien administrados para que cumplan con el fin del objeto de los mismos, el Funcionario o Empleado tienen una serie de deberes sobre los bienes que administran directa o indirectamente, y hay diferentes normas en cuanto a la responsabilidad de cada uno para que

su función administrativa sea eficaz, por ejemplo existen normas de como y quien debe depositar el dinero que recibe un Funcionario ó empleado por el servicio público que presta, sino se hace el depósito cuando la norma establece, existe una omisión del Funcionario ó Empleado, y si ésta constituye además un uso personal o ajeno, se configura el delito de Peculado, primero porque viola la norma perceptiva y en segundo lugar porque distrae del objeto el bien que administra y aún más para ser usado para fines personales o ajenos, ó bien si hablamos de los vehículos, el hecho que el Funcionario ó Empleado por su omisión viola la norma perceptiva que ordena que el vehículo está destinado para tal fin si algún Funcionario o Empleado lo utiliza para fines del mismo responsable o para fines ajenos, se estaría en presencia del Peculado por comisión ó por omisión, así pues será más difícil tipificar el delito por omisión y los casos serán más escasos, pero aseguramos que este delito tiene la acción y a la omisión.

C),- POR SU RESULTADO,- En cuánto al resultado que producen los delitos pueden clasificarse en formales y materiales, a los formales se les llama también de simple actividad y a los materiales se les llama de resultado externo, los delitos formales el tipo se agota con el movimiento corporal o con la omisión del agente, por ejemplo el delito de injurias, dicho lo anterior no es necesario que se produzca un resultado externo, representan un

peligro abstracto en este tipo de delito lo que se sanciona es la acción u omisión del agente, otro ejemplo puede constituirlo el falso testimonio, la portación de arma prohibida,

En cuánto a los materiales para llenar el tipo se necesita que exista un resultado material u objetivo, o sea una modificación del mundo exterior, por ejemplo el delito de lesiones, el robo y daños en propiedad ajena,

Pues bien nuestro delito de Peculado es del tipo material porque produce un resultado material y objetivo, como lo es la disminución del patrimonio, existe una modificación del mundo exterior representado por dicha disminución se necesita integrar el tipo por medio de ese resultado material,

D),... POR EL DAÑO CAUSADO,- Los delitos por el daño resentido por las víctimas y atendiendo al daño efectivo o directo o a la situación de peligro creada por la acción criminosa, se dividen en delitos de lesión y de peligro, los primeros una vez que se ha consumado causa un daño directo y efectivo sobre los intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma, en cuanto a los segundos no causan un daño directo a estos intereses o bienes pero los ponen en peligro, y dicho peligro constituye la posibilidad de causar daño, por ejemplo la vagancia y la mendicidad, el abandono de personas, etc,

Volviendo a nuestro delito de Peculado lo podemos clasificar como de lesión ya que el daño que causa es efectivo y directo en los bienes del Estado, de los Organismos Descentralizados o de los particulares, el daño se causa en el momento en que se consuma, violando de esa forma la norma prohibitiva.

E). POR SU DURACIÓN, Los delitos por su duración pueden clasificarse en delitos instantáneos, con efectos permanentes, y continuados.

LOS INSTANTANEOS.- Estos delitos en atención a la naturaleza de la acción no a los efectos, la acción que los consuma se perfecciona en un solo momento, la unidad de acción es la base para calificar si con ella se consuma el delito no importa que esa acción se descomponga en varias actividades, en la Ley da expresamente el momento consumativo y por lo tanto la característica de ser instantáneo, en estos delitos existe una acción y una lesión jurídica, el hecho típico se produce en un solo instante como el de homicidio y el robo, es decir hablamos de un término de tiempo que no se ve interrumpido por la multiplicidad de actividades.

INSTANTANEOS CON EFECTOS PERMANENTES.- La conducta de este tipo de delito destruye o disminuye el bien jurídicamente tutelado por la norma, al igual que el instantáneo se consuma en un solo momento, pero a diferencia de este deja consecuencias nocivas -

producidas por el mismo, por ejemplo en las lesiones el bien jurídico protegido en la integridad corporal o la salud, en el momento que se consuma instantáneamente resulta una disminución en la integridad corporal como consecuencia de la conducta, pero la salud se ve alterada y prolongada por un tiempo determinado, es decir la conducta produce dos resultados uno instantáneo y otro de la misma forma pero con efectos temporales,

En estos delitos con fines prácticos puede decirse que son instantáneos en la conciencia e instantáneos en la ejecución, asimismo si estos se desarrollan y perfeccionan en un solo momento es es taremos en presencia de esta clase de delito.

Continuando, en esta clase de delitos se dan varias acciones y una sola lesión jurídica, es continuado en la conciencia y descontínuo en la ejecución, asimismo se dice que si el delito consiste en una serie descontínua de acciones parciales que mutuamente se integran formando una sola agresión de unidad al Derecho, "el delito continuado consiste: 1º. Unidad de resolución; 2º. Pluralidad de acciones (descontinuidad en la ejecución); y 3º. Unidad de Lesión Jurídica," cuando hablamos de resolución estamos hablando del querer hacer del agente o sea la decisión del agente de realizar el ilícito, de otro modo existe una resolución delictiva con ejecución o realización de varias actividades pero cada una de estas por ser -

análogas constituyen solamente una lesión jurídica," (51)

En nuestro actual Código Penal Vigente en su artículo 19 párrafo segundo define al delito continuado " *Se considera, para los efectos legales delito continuo aquel que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen*", así vemos en elemento nuevo que es el tiempo, que nuestro Código establece que debe ser sin interrupción, y lógicamente si hay interrupción no existe continuidad.

PERMANENTE.- En esta clase de delitos lo permanente se refiere no al efecto sino a la consumación del mismo, en este caso la acción es la que permanece prolongada en el tiempo, aquí existe una continuidad en la conciencia y una continuidad en la ejecución, persiste un propósito en el Estado de la conciencia, al contrario de los instantáneos con efectos permanentes, Castellanos señala en su obra que: *para Sebastian Soler lo define en los términos siguientes : " Puede hallarse de delito permanente solo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prologar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos"*, Para Alimena existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. (52)

(51).- Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal Ed. Porrúa, México 1974, pág. 138.

(52).- Opus cit. pág. 139.

El primer autor establece que la característica de la consumación debe permitir su ejecución a voluntad del agente en el tiempo, y que en cada fase de tiempo sea indistintamente violatoria del Derecho, en cambio el segundo autor nos habla si todas las fases de tiempo que ocurren en la duración son congruentes a la consumación del delito, consideramos que la definición de Soler es acertada ya que incluye en otros términos la definición de Alimena, pero además es un acierto al decir que la acción delictiva debe permitirlo como en el plagio o el rapto y al contrario como el de homicidio.

" Parte Petit enumera como elementos del delito permanente: a).- Una conducta o un hecho; y b).- Una consumación más o menos duradera. A su vez en el segundo elemento comprende tres momentos a saber: a).- Un momento inicial identificado con la comprensión del fin jurídico protegido por la ley; b).- Un momento intermedio, que va desde la comprensión del bien jurídico antes de la cesación del Estado Antijurídico; y c).- Un momento final, consistente con la cesación del Estado Comprensivo del Bien Jurídico."(53)

En estos elementos encontramos que la consumación se puede dividir en tres fase, fase inicial, fase intermedia y fase final, pero consideramos que todos, aceptan la teoría que se requiere la facultad del agente de remover, modificar o cesar el Estado Antijurídico producto de su conducta y por otro lado lo que la acción por sus características lo permanente,

(53).- Opus cit. pág. 140.

F).- POR LA CULPABILIDAD.- Tomando como base la culpabilidad, los delitos se clasifican generalmente en dolosos y culposos, algunos autores aumentan una tercera clasificación como lo son los delitos preterintencionales.

Nuestro actual Código Penal acepta la división entre delitos dolosos y culposos al establecer en su artículo 8°; -
 " Los delitos pueden ser, 1o.- Intencionales y 2o. No intencionales o de imprudencia", del dolo, la culpa y la preterintencional hablaremos en el capítulo de culpabilidad o inculpabilidad, por el momento diremos que los delitos dolosos son en los cuales el agente dirige su voluntad conciente a la realización del hecho típico y antijurídico, en cambio en los delitos culposos el agente no quiere el resultado penalmente tipificado, más por el obrar con negligencia, irreflexión o impericia exigidos por la ley. Para asegurar la convivencia colectiva, se produce un resultado penalmente calificado, en cuanto a la preterintencionalidad, para sus autores resuelta cuando el resultado sobrepasa a la intención del agente, nuestro delito de Peculado entra en el mercado en los delitos dolosos porque el agente la voluntad del agente en forma, conciente la dirige a la distracción y al uso propio o ajeno del bien consumado un hecho típico y antijurídico, es decir existe un dolo específico al dirigir la voluntad conciente a la distracción legal de los bienes.

En cuanto a esta clasificación el delito de Peculado corresponde a los de tipo instantáneo, aunque el agente necesita dos actividades como es la de usar y distraer los bienes, la consumación es inmediata porque como ya dijimos el uso implica la distracción y viceversa, existe una sola lesión jurídica la disminución del bien, es decir el evento consumativo se produce en un solo instante.

6).- POR LA ESTRUCTURA DEL TIPO.- En cuanto a la función de su estructura o composición, los delitos se clasifican en simples y complejos, los delitos simples se integran cuando la lesión jurídica que se produce es una sola, en cambio los complejos son aquellos en que la figura jurídica necesita de dos o más infracciones, que en conjunto tipifican en delito más grave que el que representan en forma aislada, cabe la aclaración que no es lo mismo con curso de delito que delitos complejos, en estos últimos la Ley es la que crea un tipo que incluye ambas infracciones que por separado pueden configurar un delito, en cambio en el concurso son dos tipos diferentes establecidos por la Ley, es decir las infracciones no existen en forma separada sino independiente, por ejemplo el robo, existe en forma simple y en forma compleja como el robo cometido en casa habitación, el Código ha creado la figura compleja del robo simple y el allanamiento de morada, por lo tanto no podemos hablar en este caso de concurso de delitos sino de delito complejo creado por la Ley, en resumen en relación a estos aspectos, el delito de peculado es del tipo de delitos simples, la lesión jurídica es una sola,

el Código Penal no establece ninguna complejidad en este delito por lo tanto si ocurre otra infracción típica estaremos en presencia del concurso de delitos.

H2).- EN CUÁNTO A LA CONDUCTA LOS DELITOS SE CLASIFICAN TAMBIÉN EN UNISUBSISTENTES O PLURISUBSISTENTES .- Esta clasificación atiende a los números de actos que se realizan, es decir atiende a una razón cuantitativa y no cuantitativa de los actos que realiza el agente, dichos actos son integrantes de la acción ilícita así pues los delitos Unisubsistentes son aquellos que se integran por un solo acto, mientras los plurisubsistentes por varios actos, así mismo este es el resultado de la unificación de varios actos, separados pero bajo una sola figura, a diferencia del complejo como ya decíamos que se trataba de infracciones unificadas por si mismos delictuosos, el plurisubsistente es fusión de actos el complejo es fusión de infracciones, los actos no deben ser idénticos o pueden serlo, existen delitos que necesitan un solo acto y otros necesitan varios cuyo elemento objetivo puede manifestarse en un solo movimiento o en varios para producir el resultado antijurídico, el delito plurisubsistente en su elemento objetivo existe, una repetición de conductas similares o nó que aisladamente no son delictuosas hasta que su acumulación llega en el tiempo, la repetición debe estar dirigida en el mismo sentido si así lo establece la Ley, volviendo a nuestro delito de peculado estará clasificado bajo el rubro de Unisubsistente porque el tipo se cumple con un solo acto el uso y la distracción que ya dijimos que se implican.

I).- POR LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN LOS DELITOS PUEDEN SER ; Delitos Unisubjetivos y Plurisubjetivos. Esta clasificación atiende a la Unidad o Pluralidad de sujetos que intervienen en el hecho descrito en el tipo, también debe atenderse a las posibilidades de realización por uno o más agentes, en la Ley Vigente, existen delitos que requieren la existencia de varios agentes para poderse configurar el tipo, otros por el contrario pueden efectuarse por un solo agente o por varios, pero eso no implica dicha clasificación sino que la Ley lo establece de ese modo, de otra manera podemos decir que la Ley en el tipo exige el concurso de dos o más individuos, como por ejemplo en el adulterio que exige la concurrencia de dos conductas o en la asociación delictuosa que se requiere dos o más concurrencias de conductas, así de este modo nuestro delito de Peculado caé en la clasificación de Unisubjetivo porque para satisfacer el tipo se necesita un solo agente, que tenga el carácter de Funcionario, Empleado o Encargado de un servicio público, con su conducta típica conforma la descripción de la Ley.

II).- POR SU FORMA DE PERSECUSIÓN.- Los delitos pueden perseguirse de oficio y de querrela necesaria, estos últimos sólo son perseguibles si la parte ofendida presenta su querrela ante las autoridades, en estos delitos prevalece el criterio y razonamiento de la parte ofendida, criterio que a veces puede estar bien fundamentado o tener un razonamiento equivocado, debemos tomar en consideración que la persecución de oficio traería mayores daños a

la víctima que la misma impunidad del delincuente, la querrela puede presentarse directamente por la víctima o por su representante legítimo.

Los delitos perseguibles de oficio, son todos aquellos en los cuales la autoridad tiene la obligación de actuar por mandato expreso de la Ley, con independencia de la voluntad de los ofendidos y al contrario de los de querrela en esta suerte efectos el perdón de los ofendidos, en los delitos perseguibles de oficio no surte efectos dicho perdón, por lo tanto la autoridad persigue y sanciona al agente, nuestro delito de peculado es perseguible de oficio, y lo único que existe es denuncia popular ante la Cámara de Diputados, por lo tanto las autoridades deben perseguir a los funcionarios, empleados por lo tanto las autoridades deben perseguir a los funcionarios, empleados o encargados de un servicio público que cometan el delito de Peculado.

K).- POR SU CLASIFICACIÓN LEGAL.- Los delitos se clasifican en: *Delitos comunes, federales, oficiales, militares y políticos, los delitos comunes son aquellas leyes dictadas por las Legislaturas locales, los federales emanan de las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, los delitos oficiales son aquellos que cometen los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones y estos se encuentran regulados por la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, -- del Distrito Federal y de los altos Funcionarios de los Estados, en*

su artículo 3 y 18 respectivamente, los delitos militares afectan la disciplina y funcionamiento del ejército, los tribunales militares tienen la jurisdicción solamente sobre los miembros de las fuerzas armadas, los delitos políticos son aquellos que lesionan la organización del Estado o las de sus organismos representativos, pero esta clasificación es didáctica ya que son delitos de orden común y se hallan reglamentados por el actual Código Penal del Distrito Federal, bajo la clasificación de delitos contra la seguridad de la Nación, el delito de Peculado en cuanto sea cometido en el Distrito Federal será del orden común pero si el delito es cometido en una Entidad Federativa toma el carácter de Federal por lo expuesto al principio de este inciso, en cuanto a la clasificación legal el actual Código Penal la realiza atendiendo al bien jurídicamente tutelado con excepciones, como la clasificación que hace delitos cometidos por Funcionarios Públicos incluyendo a la concusión, el cohecho y al peculado atendiendo no al bien jurídicamente tutelado sino que atiende al sujeto activo de la infracción, así de esta manera la clasificación es doble.

CLASIFICACION DEL DELITO DE PECULADO

EN FUNCION DE SU GRAVEDAD.	DELITO
SEGUN LA CONDUCTA DEL AGENTE	ACCIÓN Y COMISIÓN.
POR EL RESULTADO	POR OMISIÓN.
	MATERIAL.
POR EL DAÑO QUE CAUSA	DE LESIÓN.
POR SU DURACION.	INSTANTÁNEO.
POR LA CULPABILIDAD	DOLOSO.
SEGUN SU ESTRUCTURA	SIMPLE.
POR EL NUMERO DE ACTOS.	UNISUBSISTENTE
POR LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN	UNISUBJETIVOS.
POR SU FORMA DE PERSECUCION	DE OFICIO.
EN FUNCION DE LA MATERIA.	COMÚN Y FEDERAL.
CLASIFICACION LEGAL.	DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

CAPITULO II

- 1).- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD
- 2).- GRADOS DEL DELITO,
- 3).- LA PARTICIPACIÓN

1).- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

Al hacer el exámen de la fuerza moral que concurre con la física a generar el delito, nos lleva a considerar la culpabilidad elemento subjetivo del delito, en otras palabras estamos en el aspecto subjetivo del delito, en otras palabras estamos en el aspecto subjetivo del delito, desde el punto de vista psicológico entre el autor y el resultado, existe una relación psíquica de causalidad, el fundamento radica en que el hombre es un ser con conciencia y voluntad, esto determina su capacidad de conocer la norma jurídica respetándola, o violándola, de aquí su culpabilidad que no es otra cosa que el reproche a su conducta en razón de la posibilidad de actuar conforme a derecho, desde un aspecto normativo además de que exista la relación psíquica mencionada, sino que además ésta debe dar lugar a una valoración normativa, un juicio de valor que se traduzca en reproche, la culpabilidad tiene dos grados o especies el dolo y la culpa, ahora bien para que la acción sea incriminable de ser antijurídica típica y culpable, ahora bien solo puede ser culpable quien tiene la característica de ser imputable, en este punto nos adherimos a los autores que consideran a la culpabilidad e imputabilidad-

antes de iniciar el estudio de la culpabilidad debemos realizar el de la imputabilidad.

A).- LA IMPUTABILIDAD.- IMPUTAR VIENE DE LATÍN IMPUTARE QUE QUIERE DECIR ATRIBUIR A OTRA COSA CENSURABLE, NO PUEDE EXISTIR SIN ESE OTRO O ESE ALGUIEN, EN DERECHO PENAL SOLO ES ALGUIEN QUIEN POR SUS CONDICIONES PSÍQUICAS ES SUJETO DE VOLUNTARIEDAD. DECÍAMOS QUE EN LA CULPABILIDAD INTERVIENE EL CONOCIMIENTO Y LA VOLUNTAD, PERO DEBE EXISTIR LA POSIBILIDAD DE EJERCER ESAS FACULTADES, DEBE TENER CAPACIDAD DE ENTENDER Y DE QUERER, LA APTITUD INTELECTUAL Y VOLITIVA CONSTITUYE EL PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD, LA IMPUTABILIDAD LA PODEMOS TRADUCIR EN CALIDAD DEL SUJETO, CAPACIDAD FRENTE AL DERECHO PENAL. DICE CASTELLANOS " en pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal." (54)

POR SU PARTE CARRANCÁ Y TRUJILLO DICE " será, -- pues, imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo o jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (55)

VISTO DE OTRA MANERA EL AGENTE AL MOMENTO DE COMETER EL DELITO DEBE REUNIR UN CONJUNTO DE CONDICIONES MÍNIMAS DE SALUD

(54).- Opus cit, pág. 218.

(55).- Opus cit. pág. 415.

Y DESARROLLO PSÍQUICO, QUE LO CAPACITEN ANTE EL DERECHO PENAL.

Para responder de su conducta, la imputabilidad y la culpabilidad integran la responsabilidad penal, la responsabilidad es el deber jurídico que tiene el individuo imputable de responder ante la sociedad por su conducta realizada, la responsabilidad es una relación entre el Estado y el sujeto, el Estado declara si el sujeto actuó culpablemente y que se hizo acreedor a las sanciones estipuladas por la Ley en relación a la conducta efectuada, en cuanto a los fundamentos de la responsabilidad existen dos escuelas clásicas toman el libre albedrío como eje central del Derecho Represivo, en la responsabilidad no solo interviene el elemento objetivo del delito, sino que se agrega la relación causal psíquica para declarar a la responsabilidad, así se fundó en el concurso de la inteligencia y la libre voluntad humana, el libre albedrío o libertad de acción condicionaban la pena, para otros como los "libero-arbitristas, para ser individuo responsable debe poseer, al tiempo de la acción, discernimiento y conciencia de sus actos y gozar de la facultad de elección entre los diversos motivos de conducta presentados ante su espíritu, y ha de poder elegir libremente, en forma voluntaria (libre albedrío). En tales condiciones, la responsabilidad penal es consecutiva de la responsabilidad moral". (56)

(56).- Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa México 1974, pág. 220.

En cambio para los deterministas la libertad de querer es negada porque la conducta está determinada por motivos naturales, sociales e individuales, por lo tanto la imputabilidad deriva de la existencia misma de la sociedad, el hombre será penalmente imputable porque lo es socialmente y vive en esa sociedad, para estos autores la imputabilidad es consecuencia de la personalidad del infractor frente a la cual reacciona la sociedad con medidas adecuadas, entonces la responsabilidad de moral se convierte en responsabilidad social, nosotros no estamos de acuerdo totalmente con una y otra escuela sino que nos acogemos a una teoría liberal-determinista, asentando y aceptando que existen factores que condicionan la conducta del ser, pero dicho hombre tiene la libertad de efectuar tal o cual conducta, no aceptamos un liberalismo total ni tampoco un determinismo fatalista, finalmente las acciones liberae in causa, son aquellas acciones que en su estado de imputabilidad y el resultado se produce en un estado de inimputabilidad.

B).- LA INIMPUTABILIDAD.- Como ya hemos dicho si no existe la imputabilidad presupuesto de la culpabilidad, al no existir la primera tampoco existe la culpabilidad y por consecuencia no puede configurarse el delito, debemos entender a la inimputabilidad es necesario que exista alguna causa que anule o neutralice la capacidad del agente, las causas pueden ser : a).- *Un estado de inconciencia permanente o temporal,* b).- *El miedo grave y;* c).- *La sordomudez.*

c).- CULPABILIDAD.- Una conducta es culpable cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ésta y su autor es jurídicamente reprochable o proveniente de un juicio de valor, la culpabilidad presenta tres formas el dolo, y la culpa, el Código Penal Vigente habla de delito intencional y delitos no intencionales o imprudenciales, dando el carácter general al dolo como intencional y a la culpa como no intencional o imprudenciales, el dolo y culpa se basa al hecho que el agente dirija su conducta en forma conciente a la ejecución de un hecho tipificado como delito, en un segundo caso la culpa es producir el mismo resultado que dolo pero es causado por negligencia ó imprudencia, cuando hay intención delictuosa existe el dolo, cuando hay olvido de las precauciones exigidas por la Ley existe la culpa, en el dolo el agente conociendo la significación de su conducta procede a realizarla, en la culpa el agente tiene dos supuestos, existe una culpa conciente o con previsión y ejecuta el acto con la esperanza que no ocurrirá el resultado, en el otro caso existe una conciencia o imprevisión por lo tanto el resultado es imprevisible y un descuido de los intereses ajenos, tanto en dolo como en la culpa existe un desprecio por el orden jurídico. " Se reprocha el acto culpable porque al ejecutarlo se da preponderancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de la solidaridad social en concurso, y porque teniendo obligación de guardar la disciplina y las limitaciones impuestas a la expansión individual, y todo el cuidado necesario para no causar daños, se desconoce ó se posterga ese deber queriendo solo disfrutar de los derechos y beneficios que brinda la organización, sin prescindir en nada de cuanto dicta-

el capricho o el deseo, aún con perjuicio de los demás hombres y como si el actuante fuera el único digno de merecer." (57)

Nuestro actual Código Penal solamente hace mención al dolo y a la culpa aunque algunos autores sostienen que existe una tercera forma de culpabilidad a la que llaman preter-intencional, existiendo ésta cuando el resultado sobrepasa la intención del agente, la dogmática establecida en el Código advierte que en todos los delitos o se quiere el resultado en este caso dolo, o no se desea y surge por descuido o imprudencia del agente en este caso la culpa, consideramos que no se puede hablar de una tercera forma por el dolo y la culpa -- son excluyentes, no son complementarias y dicha tercera forma supone un dolo complementado con una culpa, cosa que no es factible porque -- cuando se desea algo ya se está aceptando con todas las consecuencias que traen consigo dichos eventos. En los delitos dolosos puede haber un resultado más allá del presupuesto por el agente y en los delitos-culposos el resultado puede ser mayor de lo que razonablemente podía preverse y evitarse.

El dolo consiste en la voluntad conciente o intencional dirigida a ejecutar un hecho delictuoso, es un querer algo ilícito, voluntario e intencionalmente, esta es la base sobre la que se sustenta el concepto legal de dolo. El maestro Castellanos dice que : *Cuello Calón, lo define como la voluntad conciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, Jiménez de Azúa por su parte lo define como la conciencia y voluntad de cometer un hecho*

(57) Castellanos Fernando. Lineamentos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México 1974. pág. 236.

illicito, también lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica." En resumen el dolo lo podemos definir como la acción consciente y volutiva, con el ánimo de producir un resultado típico y antijurídico.(58)

Los elementos del dolo o por lo menos los más importantes son la voluntad y el conocimiento del hecho querido, algunos lo llaman elemento ético el cual estaría constituido por la conciencia de que se quebranta el deber y el volutivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto en la violación del hecho típico, pero en todo caso los elementos constitutivos del dolo serían la previsión del resultado y la decisión de producir ese resultado, pero todos son elementos intelectuales y emocionales, y no puede hablarse de una voluntad sin previsión ni la previsión sin voluntad.

En cuánto a las clases de dolo cada autor hace su propia clasificación, las más importantes resultan ser el directo, indirecto, indeterminado y eventual y solamente de estas se basará nuestro estudio.

En el dolo directo hay voluntad en la conducta y un

querer del resultado, en éste dolo el resultado corresponde a lo previsto y querido por el sujeto.

EL DOLO INDIRECTO, en éste el resultado corresponde a lo previsto pero no querido por el agente, aunque el sujeto no retrocede ante la posibilidad de que ocurra, en otras palabras el agente se propone un fin a sabiendas que se producirán otros hechos ilícitos los cuales no son objetivo de su voluntad pero seguro de su acontecer continúa con su conducta violatoria.

EL DOLO INDETERMINADO, es aquel en que el agente -- tiene la intención de delinquir sin el propósito de causar un delito -- en especial.

EL DOLO EVENTUAL, este tipo tiende a lesionar un derecho ajeno existe además la previsión de la posibilidad de lesionar -- otros más ocasionando un daño consecutivo, pero sin la voluntad positiva y de causar este último daño, existe voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado, aunque este no se quiere directamente pero tampoco se deja de querer, al quedar en una situación indefinida de querer equivaldría a aceptarlo, es característica -- por la incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos por el agente, en forma directa, el dolo eventual consiste en un resultado que no se le retrocede pero no se le quiere.

EL DOLO EN EL DERECHO MEXICANO. El Código Penal actual no distingue entre las diferentes clases de autores solamente hace mención a los delitos intencionales, en el artículo 9°. Se establece la presunción juris tantum del dolo, el artículo 9° dice " La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado - - pruebe alguna de las siguientes circunstancias :

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño;
- II. Que no se propuso causar el daño que resultó si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la Ley fuere cual fuere el resultado.
- III. Que creya que la Ley era injusta o moralmente ilícito violarla;
- IV. Que creya que era legítimo el fin que se propuso.
- V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito.
- VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, --- exceptuando el caso que habla el artículo 93 en la primera fracción existe el dolo indirecto por que existe una intención genérica de efectuar un acto delictuoso pero sin previsión del daño que se causa.

En la segunda fracción existe el dolo indeterminado ya que el agente tiene la intención genérica de delinquir sin proponerse algún delito en especial, en cuanto al otro párrafo de esta -- fracción existe la posibilidad de que sea dolo eventual porque habría un evento determinado -- propuesto por el agente, previendo daños mayores y a pesar de eso resuelve actuar en cuanto a las demás fracciones no se puede clasificar -- algún dolo.

En el otro grado o especie de la culpabilidad es la culpa en estricto sentido, ya hemos dicho, que para que una conducta -- sea delictuosa esta debe estar entre otros requisitos, determinada por una intencionalidad o por una falta de previsión y negligencia, y nos dice el maestro Castellanos que la culpa es definida por Cuello Calón -- como : " Existe culpa cuando se obra sin intención y sin inteligencia-debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la Ley." (59)

La culpa en otras palabras es la ausencia de previsión y de lo que es previsible y evitable que causa un daño penalmente-tipificado y sancionado, en relación a la naturaleza de la culpa existen las siguientes teorías:

- a).- De la previsibilidad;
- b).- De la previsibilidad y evitabilidad;
- c).- Del defecto de la atención;

(59).- Opus cit. pág. 245.

La previsibilidad sostiene que la culpa en cuanto a su ausencia consiste en la previsibilidad del resultado no querido, -- consiste por otro lado en la voluntaria omisión de previsión, en estimar las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho, se dice que existe un vicio de la voluntad.

La teoría de la previsibilidad y eventualidad, estos autores aceptan la previsibilidad del evento pero para integrar la culpa le agregan el elemento de lo evitable, pero cuando el resultado es previsible pero no evitable no se puede reprochar la conducta.

Los autores de la teoría del defecto en la atención, basan a la culpa en la violación de un deber de atención impuesto por la Ley. Realmente la naturaleza de la culpa está en un actuar negligente, impérito, irreflexivo o sin precaución.

En cuanto a los elementos de la culpa como sabemos se hace necesaria la existencia de una conducta humana, por lo tanto el primer elemento es un actuar voluntario positivo o negativo, el segundo elemento lo constituye la existencia de un estado subjetivo de culposidad consistente en imprevisión, negligencia, impericia, descuido manifestados en la conducta, el tercero sería un daño con tipicidad penal y el último y cuarto elemento lo constituye la relación causal directa o indirecta entre los actos u omisiones y el resultado no querido.

Existen dos clases de culpa, la primera es la consciente con representación y con previsión, la otra es la inconsciente - sin previsión y representación, la primera existirá lógicamente cuando el agente haya tenido la previsión del resultado típico como posible - pero solamente no se desea sino que además hay la esperanza de que no ocurrirá, existe subjetivamente la previsión o representación de un posible resultado típico pero basado en las probabilidades, se desarrolla la conducta. En el segundo caso existe también la voluntariedad - de la conducta causal pero en cuanto al resultado no existe previsión - y lo evitable, pero se produce un resultado penalmente tipificado, en estos casos existe plenamente la falta de diligencia, la negligencia, la reflexión y el descuido al actuar el agente con estos conceptos no previó ni evitó lo que debió haber previsto y evitado.

Por lo que hace a la diferencia entre dolo eventual y la culpa-consciente en ambos existe una voluntad de la conducta causal y representación puede decir que del resultado delictivo, los puntos diferenciales estan dados en razón de un punto de vista subjetivo pues mientras en el dolo el resultado típico se desea y en la culpa se prevé, que no son más que cuestiones subjetivas, y el otro concepto que los diferencia es en relación al resultado, en el dolo se dice que el agente lo menosprecia, es indiferente y en la culpa - se abriga la esperanza que no se producirá, que no dejan de estar en lo subjetivo al no quererlo.

Por lo que se refiere al fundamento de la pena en los delitos culposos como ya afirmamos, existe también un menosprecio del orden jurídico en vista de la omisión de los conceptos referidos anteriormente y que son necesarios para la convivencia de la vida colectiva. El Derecho tiene el deber de mantener la seguridad y el bienestar de la sociedad. El Derecho no solamente impone el deber de someterse a sus exigencias sino que impone al lado el deber de actuar con las precauciones y cuidados necesarios para la conservación del orden jurídico establecido por él mismo, impidiendo así su alteración. La culpa ataca ese orden jurídico aunque en un menor grado, lesionando o poniendo en peligro la existencia y conservación de la sociedad.

En nuestro Derecho Mexicano se acepta la culpa grave, leve y levísima, las dos primeras lo dejan al prudente arbitrio del Juez, como en el artículo 60 del actual Código Penal, y en el artículo 62 del mismo Código se acepta la culpa levísima, por otro lado en su artículo 8° dice: *los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o de imprudencia y en su párrafo final dice se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado si causan igual daño que un delito intencional, la crítica que se hace al respecto en la que el Código equipara la imprudencia a la culpa, viendo esta una especie de ésta, al hablar de daño acepta que no todos los producen, pero debemos recordar que hay delitos de peligro y de lesión y por último que por sistema debió definir también al dolo, o no definir a ninguno de los dos.*

El caso fortuito en nuestro Derecho se haya reglamentado en la fracción X del artículo 15° del Código Penal Vigente, es excluyente de responsabilidad: "causar un daño por mero accidente, - sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas", la diferencia entre el caso y la culpa se halla en la previsibilidad por parte del agente, en el caso existe un resultado humanamente no previsible mientras en la culpa no se prevé el resultado, pero este es humanamente previsible, el caso es un mero accidente, un hecho causal o contingente, el agente no puede imputarse ni intención ni imprudencia, por lo que el elemento psíquico del delito se encuentra ausente, tampoco habrá voluntad y si no existe voluntad no existe delito, podemos decir que el caso es el nivel más bajo de la culpa y que despues de esta no existe el delito, es una contingencia ajena a la previsión humana y se acepta un mínimo de imprevisión, en cuánto la Ley declara que es un hecho lícito no puede ser antijurídico, y si no lo es, no está en condiciones de ser culpable, el caso fortuito es el resultado de la concurrencia de dos fuerzas, la conducta del agente que es precavida y lícita y una fuerza extraña contingente fuera de lo humano, de ambos surge el evento, por lo tanto está fuera de la culpabilidad y no puede atribuírsele al sujeto el resultado porque no hubo intención o querer, no hubo imprevisión o falta de cuidado o diligencia y no puede exigírsele al agente la previsión de lo humanamente imprevisible.

Despues de haber visto el dolo y la culpa, - -

podemos afirmar que el delito de Peculado debe considerarse como doloso, y al tipo genérico del dolo debe agregársele el dolo específico de la distracción del objeto del bien, el dolo que se da en este delito - es el dolo directo porque la voluntad del agente coincide directamente con el resultado de la misma, y la voluntad tiene dos elementos éticos y volitivos, representados por la conciencia e intención de quebrantar el deber y el volitivo en la voluntad de realizar el acto típico, pero decíamos que se ve reforzado por el dolo específico que es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial, que en el peculado lo señala el Código Penal en la distracción del objeto de los bienes, - por lo tanto no se puede hablar de culpa en este tipo de delito, así - de esta manera dejamos al delito de peculado en el campo del dolo para ulteriores conclusiones.

En orden a la inculpabilidad sabemos que no es otra cosa que la ausencia de culpabilidad y si de ésta dijimos que sus elementos esenciales eran el conocimiento y la voluntad, entonces la inculpabilidad será la ausencia de estos elementos, para Jiménez de Azua la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche, por otro lado una conducta no es culpable si alguno de los elementos del delito estan ausentes, porque todos ellos integran un todo, así de esta manera la tipicidad se refiere a la conducta, la antijuricidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con el tipo penal, y la culpabilidad como hemos visto (aspecto subjetivo del hecho) presupone una valorización de antijuricidad de la conducta típica y si sabemos que la conducta debe ser típica, antijurídica y culpable.

Cuando hablamos de inculpabilidad estaremos hablando de las causas que excluyen la culpabilidad, dichos factores son concurrentes porque se fundan uno a otro. Las causas de inculpabilidad funcionan en la medida que en lo externo no medió previamente alguna causa de justificación, ni en lo interno alguna causa de inimputabilidad, para que la conducta sea culpable es necesario la interven

ción del conocimiento y la voluntad por lo tanto la inculpabilidad de be referirse a estos elementos intelectuales y votivos y cualquier -- causa que sea capaz de eliminar cualquiera de estos elementos deben - considerarse como causas de culpabilidad al respecto existen dos teorías los seguidores de la teoría normativa señalan como causas de inculpabilidad el error y la no exigibilidad de otra conducta, pero se presenta en esta última al no poderse determinar cual elemento el intelectual o el volitivo es que se anula, en nuestro Código Penal Vigente se acoge la teoría psicologista, y en un estricto sensu se acepta como causas de inculpabilidad el error esencial de hecho anulativo del elemento intelectual, y a la coacción sobre la voluntad que actúa frente al elemento volitivo, y de esta manera la culpabilidad no se integra o se anula al faltar algo o los dos elementos constitutivos.

Debemos establecer la referencia entre el error y la ignorancia, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento en ninguna de las formas ni acertadamente ni erróneamente, en el error se tiene conocimiento, pero en este conocimiento se representa en su forma equivocada, es decir una falsa apreciación de la realidad, el error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido en su magnitud real de existencia, el error es un conocimiento equivocado, incorrecto de la verdad, el error y la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, el error suele clasificarse en error de hecho y de derecho, el de hecho se subdivide en esencial y accidental.

En cuanto al error de Derecho no es causa de inculpabilidad porque un concepto equivocado sobre la significación de la Ley no justifica ni autoriza su violación, la ignorancia de las Leyes no exime a nadie.

El Maestro Castellanos nos dice que : " *Porte Petit* escribe en relación con el error esencial de hecho para consi-

derarse eximente debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa, en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente en una creencia de actuar jurídicamente existiendo un desconocimiento de la antijuricidad de su conducta eliminando el elemento intelectual del dolo." (60)

La doctrina alemana divide el error en dos clases - de tipo y de prohibición, si el error recae sobre un requisito del tipo penal es de tipo, en cambio el de prohibición se actúa sabiendo que es un actuar típico, pero se cree protegido por una justificante, el error de tipo está también relacionado con la antijuricidad porque por un error esencial o invencible cree atípica su actuación sin duda de considerarlo lícito siendo en realidad contraria al Derecho, por eso los elementos putativos suelen definirse como las situaciones en las cuales un agente en función de un error esencial de hecho insuperable cree estar amparado por causa de justificación.

El error accidental no recae sobre las circunstancias esenciales de hecho sino secundarias, error en el golpe, error en la persona, error en el delito, etc. La obediencia jerárquica es un tema expuesto a discusiones la naturaleza jurídica por la cual procede mos a resaltar las diversas situaciones de esta figura.

a).- El poder de inspección, si el subordinado tiene dicho poder sobre la orden superior y conoce la ilicitud de ésta, - su acatamiento de dicha orden hace que su actuar sea defectuoso, por encontrarse tanto el superior como el subordinado en un plazo de igual respecto al orden jurídico, conociendo la ilegitimidad debe abstenerse de cumplir la orden por ser la Ley una norma de mayor categoría que el acto de voluntad del superior.

b).- Desconocimiento de la ilicitud, si el subordinado desconoce la ilicitud del mandato y dicho desconocimiento es esencial e insuperable, invencible, se integra una inculpabilidad en base a la existencia de un error esencial de hecho.

c).- Amenaza de sufrir graves consecuencias existe una coacción en la voluntad, elemento volitivo o emocional se integra una inculpabilidad a pesar de conocer la ilicitud del mandato pero se ve imposibilitado rehusar obedecerlo por dichas consecuencias.

d).- Tener el deber de obedecer, en estas cosas el subordinado carece del poder de inspección y además tiene el deber legal de obediencia, constituyendo una causa de justificación, - el Derecho tiene más interés en el cumplimiento de ese deber que la excepcional posibilidad de que el superior ordene algo delictuoso, - el Estado impone al inferior como un deber, cumplir las ordenes superiores, sin ser relevante su criterio personal sobre la licitud o ilicitud de la conducta ordenada, y si existe una causa justificación por obediencia jerárquica se equipara a la de cumplimiento de un deber.

Por otra parte, la antijuricidad valora la conducta en su aspecto externo objetivo, por un acto no puede ser jurídico para el subordinado y antijurídico para el superior, y lo objetivo es apreciable en el hecho comprensivo de la conducta y el resultado.

El temor fundado, en el artículo 15 Fracción IV del Código Penal Vigente establece :

" El temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor... ", esta es una causa

de inculpabilidad por haber coacción en la voluntad del agente, siempre y cuando no la anule en el sujeto, sino le conserve las facultades de juicio y decisión, de tal manera que haya determinación frente a la amenaza.

Además de existir otras causas de inculpabilidad no las mencionamos debido a que no consideramos relacionadas con el delito de Peculado, según nuestro análisis, las únicas causas de inculpabilidad en nuestro susodicho delito estarían comprendidos la obediencia jerárquica y el temor o miedo grave, en el primero estarían en relación de un alto funcionario hacia un funcionario y de éste a un empleado o encargado, doble en cuanto a los incisos (c) y (d) deben tomarse como causas de inculpabilidad a reserva de estudiar la participación del delito, el otro es más objetivo, más en la vida actual llena de secuestros y robos, el temor y el miedo producido por estos delitos es doble en el delito de Peculado y que es objetivo el mencionar que existe esta causa, fuera de estas causas mencionadas el delito se integrará la culpabilidad.

2.- LOS GRADOS DEL DELITO.

En este inciso veremos el proceso del delito desde la concepción intelectual hasta su existencia externa ó física, para llegar a saber probar si en el delito de Peculado puede darse o nó la tentativa.

El iter criminis es el proceso necesario del delito y se inicia como idea o tentación hasta su agotamiento externo, algunos autores dicen que es el camino del delito o vida de éste, las fases del iter criminis son dos : *fase interna y fase externa, en la vida del delito existen una actividad mental y otra muscular, a la primera pertenece la idea criminosa en sus aspectos de motivo, deliberación*

y resolución a la segunda como manifestación de la idea con sus aspectos de proposición, conspiración e inducción, la preparación, los actos ejecutivos (tentativa) y los de consumación, en los delitos culposos no encontramos estas etapas, se caracterizan porque la voluntad del agente no se dirige a la producción del hecho típico penal, únicamente existe la realización de la conducta inicial, la vida del delito culposo nace o se inicia cuando el agente actúa sin las precauciones o cautelas requeridas y exigibles para no alterar o lesionar el orden jurídico, por lo tanto el delito culposo se inicia con la ejecución, pero no queda en grado de tentativa porque esta requiere actos voluntarios dirigidos al delito, en otras palabras a excepción de los delitos formales e instantáneos, en todos los demás las fases pueden distinguirse con nitidez, por último la fase interna comprende desde la iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse, la fase externa principia con la manifestación y termina con la consumación.

Fase Interna, el delito tiene su creación en la conciencia del agente, que se representa con objeto ilícito, analizando las posibilidades de éxito, motivado resuelve por fin realizarlo, el delito permanece en esta fase en la mente del agente, sin exteriorizarse en lo mínimo, en esta fase no hay incriminación posible pues no hay acción criminosa, además por simple lógica es imposible la prueba del pensamiento delictuoso, el cual no es tan peligroso; es solo, las inhibiciones del sujeto han bastado o frenado, porque si estas no bastaran engendrarían la volición y ésta la acción, convirtiéndose de esta manera incriminable.

La Fase interna consiste en tres etapas : idea - criminosa, deliberación y resolución.

La idea criminosa. En la mente humana aparece el rasgo inicial de la tentación de delinquir, este puede ser aceptada o rechazada por el agente, si este la acepta permanece como idea fija en su mente y de ahí existe la posibilidad de que surja la - -

deliberación.

Deliberación.- Consiste en la meditación analítica de la idea criminosa, analizando los pros y los contras, si existe un rechazo por parte del agente la idea es archivada en la mente, o por el contrario puede hacer una resolución, se dice que en la liberación hay un hecho interno (mental) entre la idea criminosa y las fuerzas morales religiosas y sociales inhibitorias,

Resolución.- En esta etapa, encontramos la intención y voluntad de delinquir, como ya hablamos dicho si de la deliberación la idea criminosa resulta triunfante el deseo de cometer el delito se lleva al campo de la práctica, pero la voluntad aún se encuentra residente en la mente del agente, es decir no ha salido al exterior.

El maestro Castellanos señala que la problemática de la incriminación de las ideas, Ulpiano decía : " El pensamiento es libre, escapa de la acción material del hombre; podrá ser criminal, pero no podrá ser encadenado por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer es que la manifestación del pensamiento fuera mucho más rara; se disminuiría el número de los imprudentes para acrecentar el de los malhechores; y esto sería como ocultar la chispa para saborear el placer de asistir al incendio." (61)

*Los actos internos o mentales del hombre no ofenden los derechos de los hombres, la autoridad no puede mandar sobre las opiniones o deseos y menos aún saber cuando ocurren sin meternos en más problemas, no existen los medios para saber que piensa si el agente lo exterioriza por algún medio, por lo tanto es imposible saber algo que está situado en la mente humana, los pensamientos sin cometer abuso no pueden ser delitos, la defensa, conservación y continuidad del orden externo le corresponde a la autoridad la tutela del orden interno a Dios,
(61).- Opus cit. pág. 276.*

La Ley Penal no debe castigar los pensamientos, se quiere decir realmente que está fuera de su ámbito la serie de momentos, del proceso que integran la fase interna, pensamiento, deseo, proyecto y determinación mientras estos no sean llevados a la situación de ejecución, la incriminación de las ideas nos llevaría al campo de la moral y no del Derecho, teniendo esta la misión especial y esencial consistentes: *en la armonización de las relaciones puramente externas de los hombres en vista a la convivencia y a la cooperación indispensables en la vida comunitaria.*

La fase externa, en dicha fase se inicia con la manifestación de la idea que tiende a realizar objetivamente en el mundo exterior, dicha fase abarca tres momentos : *la manifestación, preparación y la ejecución.*

La manifestación, es el momento del proceso del delito cuando pasa de lo subjetivo al mando objetivo, es decir la idea criminosa sale al mundo exterior como idea o pensamiento exteriorizado si el resultado no llega a efectuarse, la exteriorización no es incriminable sino por excepción, existen delitos que con la simple manifestación se agota el tipo pero no es la regla general, un ejemplo lo constituye en nuestro Código Penal Vigente el delito de amenazas, el artículo 282 en su fracción I establece : " Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, ó en la persona honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo y, en su fracción II complementa " Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer", así de esta manera la sola manifestación tipifica el delito pero normalmente sino por excepción, a esto debemos agregar lo establecido en nuestra Carta Magna en su artículo 6º. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, -

provoque algún delito, o perturbe el orden público, el derecho a la información será garantizado por el Estado."

La preparación.- La preparación consiste en producir una serie de actos materiales adecuados y en relación a la manifestación de la idea criminosa, estos actos materiales se encuentran ubicados entre la manifestación y la ejecución, dichos actos no constituyen la ejecución del delito sino que son preparatorios de la ejecución, Castellanos señala en su obra, que Sebastián Soler los define: como aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado." (62)

Los actos preparatorios tienen la característica de ser naturaleza inocente y que pueden realizarse en fines lícitos o ilícitos, no revelan en forma evidente el propósito, la decisión de delinquir, el mismo autor nos dice que : Cuello Calón dice en el acto preparatorio no hay todavía un principio de violación de la norma penal, la opinión es común al considerar que los actos preparatorios en general son equívocos, no dan una base firme para que con claridad y precisión asegurar que existe la voluntad de delinquir, dando como resultado un daño, en lugar de eficacia al sancionarlos, realmente aún no existe el inicio de la violación de la norma penal, es un delito en potencia que todavía no alcanza el status de real y efectivo. (63)

En nuestro Derecho Mexicano cuando los actos preparatorios concurren a integrar un tipo legal, dichos delitos son mencionados, como ejemplo al integrar un tipo legal, dichos delitos son sancionados, como ejemplo el delito de mendicidad, en dicho delito el agente al tener en su poder disfraz, ganchúa, armas o cualquier otro instrumento que dé lugar para sospechar su propósito de cometer un delito, debemos decir que cuando hablamos de propósito éste no es

(62).- Opus cit. pág. 278.

(63).- Opus cit. pág. 278.

objetivo, sino subjetivo bajo una presunción más no una prueba por lo tanto deja mucho que desear en el Derecho Penal.

Por último llegamos a la ejecución, momento pleno y concreto de realización del delito, la ejecución representa el momento real de la violación de la norma, la ejecución tiene dos momentos la consumación y la tentativa, la consumación es la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal, como una reafirmación la ejecución es el momento en plena realización de la acción violatoria de la norma penal, la consumación será entonces la realización material de la idea criminosa y abstención del resultado antijurídico deseado o no por el agente.

La tentativa requiere la ejecución de estos idóneos e inequívocos, existe por la ejecución incompleta del delito, - en otras palabras la tentativa es un estado previo a la consumación, la ejecución no se ha realizado por completo, la tentativa difiere de los actos preparatorios, en estos últimos todavía no existen hechos materiales que afecten el núcleo del tipo del delito, y en referencia a los actos materiales estos pueden ser lícitos, y en referencia a los actos materiales estos pueden ser lícitos o ilícitos, en la tentativa como ya dijimos existe el inicio de la ejecución derivándose en una afectación del núcleo del tipo, decíamos también que era una ejecución incompleta, y esto ocurre en vista que el agente - suspende los actos ejecutivos y consumativos del delito, el otro aspecto es que el agente, entendemos por tentativa a los actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del agente, Castellanos cita en su obra que : *Ramos Bejarano define a la tentativa de esta manera " la ejecución o inejecución de actos encaminados a la realización de un delito, si no se consume por causas independientes de querer del agente(64)*

En cuánto al fundamento de la punición en la tentativa es el principio de efectiva violación de la norma penal, al - (64).- Opus cit. pág. 279.

ponerse en peligro los intereses jurídicamente tutelados, la tentativa debe sancionarse en forma más benigna por equidad, o en relación al resultado diferente obtenido en la consumación y ésta, en la consumación se viola la norma penal y se lesionan bienes protegidos por el Derecho, en la tentativa también se viola la norma penal pero únicamente se ponen en peligro dichos bienes si el sujeto desiste voluntariamente de la acción delictiva entonces la tentativa no es punible.

La tentativa reviste dos modalidades : *tentativa-acabada o delito frustrado y delito intentado o tentativa inacabada en referencia a este último ya hablamos dicho que se verifican los actos-tendientes a la producción del resultado, pero por causas ajenas omite alguno o algunos y por eso el evento no se produce y es una ejecución-incompleta, el delito intentado no se consuma ni subjetiva ni objetivamente, para la tentativa inacabada hay imposibilidad de punición de acuerdo al artículo 12 del Código Penal Vigente.*

" La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e indirectamente a la realización de un delito si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; " por lo tanto si el delito no se consuma por causas dependientes de la voluntad no habrá punición, en la tentativa inacabada o delito intentado cabe el desistimiento, en forma contraria en la tentativa acabada o delito frustrado no es dable, puede haber un arrepentimiento activo pero no desiste de lo ya ejecutado.

En la tentativa acabada o delito frustrado además de usar todos los medios que la experiencia humana ha demostrado que son los adecuados para obtener el resultado dañono, sino que además tiene la certeza y previsiones físicas que el evento ha de realizarse existe una producción de actos que de acuerdo con las leyes constantes y conocidas de la naturaleza conducen a la consumación del delito por lo tanto aunque existieran impedimentos imprevistos o inevitables que afecten el resultado, sin embargo el agente realizó los actos de

el dependiente, de otra manera el agente realiza todos los actos, ejecuta todos los que dependían de él, abrigando la esperanza de alcanzar el resultado, por lo tanto le son imputables como autor verdadero de aquellos actos que fueron comenzados en la tentativa simple, así de esta manera podemos decir que el delito se ha verificado en su forma subjetiva, pero no objetivamente en relación al objeto contra el cual se había dirigido y a la persona a la cual hubiera sido dañada.

En cuanto a la temibilidad del agente en la actualidad es el punto base de la problemática de la tentativa, y de allí que se hable de la distinción que existe en la tentativa inacabada, por un lado se nos presenta por medio de un desistimiento voluntario del agente, por otro lado tenemos que se produce por causas independientes de la voluntad del sujeto, ciertamente existe entre una y otra un grado de temibilidad mayor o menor, y existe por significar un momento del iter criminis que acredita un cierto grado en uno u otro caso de temibilidad. En el Código Penal de 1871, se distinguió entre conato, delito intentado, delito frustrado y delito consumado, dicha distinción se encuentra en el artículo 18 del referido Código, en su artículo 19 equiparó el conato a la tentativa inacabada. "ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación; pero sin llegar al acto que la constituye." [65]

Así también llamó delito intentado al imposible o sea la tentativa en la que la frustración se debió a que el delito fue irrealizable porque fue imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon." [66]

Así de esta manera el Código llamó al delito frustrado a la figura clásica, el Código Penal de 1871 creó un tipo intermedio entre la tentativa inacabada y la acabada, siendo este el

(65).- Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa México 1980.

(66).- Opus cit. pág. 643.

delito intentado, y al delito imposible en base a la temibilidad del agente y que puede constituir una especie más de tentativa denominada imposible.

En el Código Penal de 1929 en cambio clasificó - en dos grados del delito, por un lado el delito consumado y por otro a la tentativa, en su artículo 20; estableció la presunción de la -- tentativa: " Cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente, por actos idóneos, y no practica todos los esenciales de ejecución que debieron producir el delito por causa o condición que no sea su propio y espontáneo desistimiento", (artículo 22). (67) Dejando paso al Legislador de 1931.

El Código Penal Vigente simplificó los grados -- del delito, dejando a los jueces la calificación con la honradez y la cultura que deben gozar, fijó los elementos de los diversos grados de la tentativa, el Legislador de 1931 se inspiró en el Código Penal Holandés de 1881, y cuyo artículo 45 dice : " Se hará punible la tentativa de infracción cuando se haya manifestado la intención -- del autor por un comienzo de ejecución y no se haya afectado la intención del autor por un comienzo de ejecución y no se haya efectuado ésta por circunstancias independientes de su voluntad." (68)

En cuánto a lo subjetivo de la acción y al valor e importancia de los motivos, hace ver en la tentativa posible los -- siguientes elementos : actos de ejecución en propósito evidente de delinquir y no consumación por causas independientes a la voluntad -- del sujeto, dichas causas tienen su naturaleza humana o física.

En nuestro actual Código integró en la tentativa el conato, el delito intentado y el delito frustrado a diferencia --

(67).- Opus Cit. pág. 644.

(68).- Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa México 1980. pág. 644.

del de 1871, dejando al Juez en una situación de graduar en cada caso particular del delito en sus diversas fases, en resumen nuestro actual Código, sólo consigna dos grados la tentativa y el delito consumado.

Sin hacer referencia al artículo 12 del Código Penal y ha consignado ahora en su aspecto analítico, vemos que los actos deben ser unívocos y no equívocos y por medio de ellos habrá un inicio de la ejecución, las tentativas posibles serán:

- a).- Tentativa inacabada por causas ajenas a la voluntad del agente en el inicio de una ejecución para la consumación de un delito, la tentativa inacabada por voluntad del sujeto no es punible;
- b).- El delito imposible, o tentativa imposible o delito intentado.
- c).- La tentativa acabada o delito frustrado, lo resultante de estos conceptos es la valoración del desistimiento del agente no se sancionan sino que se fomentan por cuestiones de política criminal, en el desistimiento no solo se ve al agente sino el beneficio de la sociedad fundamentada en, una disminución de los delitos, y de esa forma una forma de protección de sus derechos, cabe mencionar que los hechos que integran la tentativa por sí solos conforman la figura de un delito distinto al que se quiere consumar, se impondrá la pena mayor de los delitos sancionables.

La tentativa inacabada por desistimiento no es punible, la inacabada por causas ajenas a la voluntad del sujeto y a la acabada o el delito frustrado son punibles, lo mismo que la imposible.

El delito consumado, es la acción que reduce todos los elementos genéricos y específicos que conforman el tipo legal del delito consumado cuando todos sus elementos constitutivos según el tipo legal se encuentran reunidos en el hecho realizado, también se habla del delito perfecto siendo este el que ha alcanzado la objetividad jurídica, y del delito perfecto agotado, es aquel en el cual se ha alcanzado o producido los efectos dañosos como efecto de la violación el cual era el propósito del agente y que éste no pueda hacer ya nada para impedirlo, en el Código Penal no se define el delito consumado porque si la acción causa el resultado es delito consumado.

El delito imposible no produce el resultado no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino su imposibilidad, se basa en la naturaleza material, el delito imposible no puede punirse ni en el grado de tentativa no hay la ejecución de hechos encajinados directamente a la realización de un delito, pues le falta objeto jurídico y al faltar éste no existe delito, aunque se discute que puede existir en grado de tentativa por causas ajenas a la voluntad del agente.

El objetivo de este inciso era ver el proceso ó vida del delito, y analizar el final de esta vida representando por la ejecución en sus dos formas, la consumación o tentativa, haciendo una conusión con respecto a esta última y en relación al delito de peculado, con la intención de saber, si existe o nó la tentativa.

El maestro Carrancá sostiene en su Código Penal anotado que no es configurable la tentativa en este delito, razonamiento del cual diferimos y pensamos que tanto la tentativa inacaba

da como la tentativa acabada puede configurarse en el delito de peculado, en la tentativa como ya dijimos consiste en la ejecución de actos-encaminados a la realización de un delito, y este no se consuma por -- causas independientes del querer del agente, en otras palabras el agente realiza todos los actos preparatorios pero por una causa externa no se obtiene el resultado requerido por el agente, el delito de peculado tiene dos verbos principales que son " *usar y distraer*", luego entonces la tentativa estará relacionada con ellos, en la tentativa inacabada la causa externa impide la realización de todos los actos físicos ó el último acto físico pero necesario, para ejemplificar tenemos el siguiente caso, un funcionario o empleado público decide cometer el delito de peculado distraendo fondos públicos, emite un cheque a nombre de él o de un tercero o bien un vale para retirar dinero de la caja, - pero no obtiene las firmas autorizadas y requeridas para el cobro, representado este acto la calidad de necesario, consideramos que en este acto necesario en el delito está representado por el cobro del cheque o del vale de caja.

En cuánto a la tentativa acabada esta requiere - de la realización de todos los actos dependientes del agente y por -- consiguiente la esperanza del resultado, poniendo el mismo ejemplo el agente obtiene las firmas autorizadas, y se presenta a cobrar el vale de caja o cheque, y al momento que se lo están pagando no se termina- porque llega un Auditor, y suspende el pago del documento aquí el --- agente realizó todos los actos que de él dependían pero por causas externas no se obtiene el resultado, y no debemos confundirlo con el - fraude, en el peculado el agente no se mueve para obtener dinero, valores, fincas, etc., del caudal público supuesto que ya las tiene en su dominio por razón de su encargo, en tanto que en el fraude el agente es preciso que despliegue actitudes positivas o negativas para alcanzar del sujeto pasivo diversos bienes, en el peculado el delito se consuma nó en el momento de la recepción sino en el de la distracción

de los fines diversos presupuestados, en cambio en el fraude se consuma en el momento de la recepción.

Siempre en los textos y los autores representan la tentativa en relación al homicidio por ser este el tipo más adecuado - de configurar la tentativa, sin embargo en todo delito está palpitante la configuración de la tentativa, es cuestión de analizar los actos - del agente para determinar a qué clase de tentativa pertenecen con - excepción de los delitos formales, en todos los delitos materiales debe buscarse y analizarse si existe o no la tentativa, consideramos que en delito de peculado si se configura la tentativa a opinión contraria del maestro Carrancá.

3.- PARTICIPACIÓN.

En este inciso veremos su concepto, naturaleza, grados, responsables principales y accesorios, cómplices, encubridores, reglas especiales de participación, la asociación delictuosa y, la participación en la Legislación Punitiva Mexicana.

Concepto de la participación.- *La naturaleza de de terminados delitos por si misma requiere una pluralidad de sujetos, el tipo legal tiene una condición indispensable que hace necesaria la participación de dos o más sujetos, por regla general el delito requiere - la actividad unisubjetiva, pero cuando dos o más sujetos realizan las - actividades se habla de la participación y la podemos definir de la si- guiente manera : Existe participación cuando en forma voluntaria y cooperativa varios sujetos realizan un delito sin que el tipo legal requie- ra esa pluralidad. En el capítulo de la clasificación de delito decla- mos que de acuerdo con la unidad o pluralidad de sujetos que intervie- nen para la ejecución del hecho descrito por el tipo legal, los delitos*

se dividían en unisubjetivos y plurisubjetivos, así de esta manera si en la descripción típica no se establece como necesaria la concurrencia de dos o más sujetos, el delito sigue siendo monosubjetivo aún -- cuando en forma contingente intervengan otros sujetos, pero es dable hablar ya entonces de participación o concurso eventual de sujetos en la comisión del delito, si estos sujetos intervienen en forma diversa en la planeación y su ejecución y a cada sujeto realiza una distinta actividad con el mismo propósito concebido, en cuanto sus conductas son convergentes a la producción del resultado, configura el concurso-eventual o participación. En cuanto a los delitos plurisubjetivos no pueden integrarse con la actividad de un solo sujeto, necesariamente requiere de dos o más sujetos activos, de acuerdo a la estructura del tipo legal, y lo que se integra en ellos es el concurso necesario, de esta manera debe buscarse la diferenciación en el tipo legal.

Naturaleza de la Participación.- Existen tres teorías en relación a la esencia de la participación, la teoría de la causalidad, de la accesoriadad y de la autonomía.

a).- Teoría de la causalidad, en relación al estudio del elemento objetivo del delito, dejamos dicho que se integra por una conducta, un resultado y una relación de causalidad entre la conducta y el resultado ahora bien con base a esta relación causal se intenta resolver la problemática de la naturaleza de la participación, - en dicha teoría se consideran codeincentes a los sujetos que con su aporte contribuyen a formar la causa del evento delictivo, otros opinan que la verdadera unión entre los partícipes de un delito, que los hace responsables, se encuentra la concurrencia para la acusación del hecho plenamente tipificado.

b).- Teoría de la accesoriadad, basa sus fundamentos en considerar como autor del delito al sujeto que realiza los actos descritos en la Ley, y la responsabilidad de los partícipes --

estará en relación a los auxilios prestados al autor principal, o sea -- que estima al autor y subestima a los partícipes al considerarlos accesorios, siguiendo el principio que las conductas dependientes siguen la suerte de la principal, el delito producido por varios sujetos, único e indivisible, es el resultado de una conducta principal y de una o unas accesorias de los partícipes.

c).- Teoría de la autonomía, para estos autores el delito producido por varios sujetos pierde su unidad al considerar que -- los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y así surgen distintos delitos, con vida propia, por esta razón los que intervienen ya no son partícipes sino autores con base en la autonomía de su conducta, y por deducción las circunstancias no se comunican en la actuación de los demás, en cuanto a las excluyentes de -- responsabilidad estas actúan en forma particular y no general, dicha teoría a la inversa de las otras dos que consideran un solo delito, esta por el contrario habla de varios delitos y de allí que se llame pluralística y a las otras monística, en las cuales, autor y partícipes producen un so lo delito, y no como esta teoría que admite únicamente autores y no admite partícipes en razón de la autonomía de la conducta.

En el delito realizado por varios sujetos cuando el tipo legal no lo requiere solo pueden ser delincuentes quienes convergen con su conducta a la causación del delito estipulado en la Ley, sin perder de vista la teoría de la causalidad, debe tenerse en cuenta que es necesario analizar si la conducta de quien contribuyó a constituir la -- causa productora del resultado, puede considerarse delictuosa a las del Derecho, y en función de todos los elementos del hecho ilícito. La teoría de la causalidad en un sentido rigorista no establece diferencia entre delincuentes principales y accesorios y como consecuencia todos son responsables en igual grado, pero debemos apuntar que no todo contribuyente es delincuente ni todos los codelincuentes son responsables en -- igual grado, para estimar estos factores es necesario realizar un análisis de todos los elementos del delito, y de sobremanera al de los --

subjetivos, el examen de las conductas concurrentes establecerá en diferencia, y adecuará el tratamiento y las sanciones de manera personal sobre una base completa de tipo físico o material y psicológica de cada agente, si entendemos de esta manera la teoría de la causalidad se habrá resuelto la problemática de la participación y Castellanos cita: *Que Mezger opina ... " La equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad valorativa judicial"*, (69)

Por lo tanto la teoría de causalidad debe admitirse, un juicio valorativo que acepte que un mismo delito, tiene distintos grados de participación, y existiendo estos por equidad debe haber diferentes grados de responsabilidad y por último al haber esas responsabilidades diferentes no debe haber penalidades igualatorias.

Grados de participación, continuando si aceptamos los grados de participación y estará en relación con la actividad de cada uno, y se han dividido en responsables principales y accesorios, Carrancá dice: autor principal es sólo el que concibe, prepara o ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito; y cuantos más le dan vida en todos aquellos grados tanto más serán los autores principales todos los demás son delincuentes accesorios.

Esta distinción es generalmente aceptada, de esta manera los accesorios serían quienes indirectamente cooperan para la producción del delito llamado también cómplice y a la existencia de varios autores principales se les llama coautores.

El autor es " *la persona que sola o conjuntamente con otras lo ejecuta todo entero y de propia mano, o bien que determinen a otro, imputable y culpable o no, para que aquella lo ejecute.*" (70)

(69).- Opus cit. pág. 286.

(70).- Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México 1980.

También se le denomina al agente que realiza una causa eficiente para la producción del delito o sea el ejecutar de una conducta física y psíquicamente relevante, son también autores los que contribuyen con el elemento físico o anímico del hecho típico si son varios los sujetos los que han ejecutado un mismo hecho lesivo y todos tienen responsabilidad entonces se les denomina coautores, por este motivo el autor puede ser material o autor intelectual, si el agente ejecuta por sí sólo el delito se llama autor, si son varios se llaman coautores, los auxiliares indirectos se llaman cómplices, estos son plenamente responsables y no inductores y su cooperación ha de ser tal que sin ella el hecho no se habría cometido es decir su intervención es eficaz. Sebastián Soler habla de autores mediatos para señalar aquellos que siendo plenamente imputables se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad. De otra forma se asevera que es aquel autor que se vale de un medio penalmente inerte para ejecutar el delito, no delinque con otro sino por medio de otro siendo este en última instancia instrumento.

Las formas de participación se clasifican según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia. (Maggione), señala Castellanos.

a).- Según el grado, se subdivide en principal y accesora, la primera se refiere a la consumación del delito y la segunda a su preparación.

b).- Según la calidad, se subdivide en moral y física, en la primera se comprende a la instigación y a la indemnización o provocación, a su vez la instigación abarca el mandato, la orden, la coacción, el consejo y a la asociación.

c).- En razón del tiempo, se divide en anterior, concomitante y posterior, si el acuerdo es previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención que en él lleva cada partícipe, - concomitante si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución del delito posterior, cuando los actos se ejecuten después del -- evento pero con el acuerdo previo.

d).- Según su eficacia, se subdivide en necesaria e innecesaria, atendiendo a la naturaleza del delito, en cuanto a la exigibilidad para la comisión del concurso de personas." (71)

El autor nos sigue diciendo: En cuanto a la clasificación de la participación en moral y física será moral cuando atiende al carácter psíquico o moral del aporte del Agente, y es física cuando el aporte es de carácter material y se realiza en la fase ejecutiva del proceso del delito, Sebastian Soler dice respecto de la investigación; hay investigación cuando el sujeto " quiere el hecho, pero lo quiere producido por - - otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro; determinando en éste la resolución de ejecutarlo." (72)

La determinación o provocación, cuando el Agente aprovecha la idea existente en otro, realizando actos o dando consejos- con el fin de convencer y reformar la idea inicial y crear la alternativa de la ejecución del delito.

Cómplices, cuando al delincuente principal lo ayudan o socorren otros mediante previo convenio, estos revisten la categoría de cómplices, este ha de ser un sujeto plenamente responsable y su cooperación ha de ser tal que sin ella el hecho no se habría cometido o a de contribuir de cualquier modo a la consumación del delito.

Encubridores, el encubrimiento consiste en la realización de una acción posterior a la ejecución del delito, sin haber existido un acuerdo previo a dicha ejecución de la acción se favorece al delincuente, de acuerdo a las teorías clásicas el encubrimiento es considerado como un delito especial no como grado de participación, y ésto se formula en que la cusa siempre es precede ra al efecto, en algunas otras teorías consideran el encubrimiento como un grado de participación en general, en nuestro Derecho Mexicano encontramos las dos doctrinas como delito y como participación, como esta última basta ver el artículo 13 Fracción IV del Código Penal Vigente :

Lbs que

(71).- Opus cit. pág. 287

(72).- Opus cit. pág. 287

en casos previstos por la Ley, auxilien a los delincuentes una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa. Y como delito autónomo en el artículo 400 Fracción IV; preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito.

Nosotros estamos de acuerdo a la teoría clásica en considerar al encubrimiento como delito autónomo, si recordamos que la participación es la vinculación de los sujetos que intervienen en la ideación, preparación y ejecución del delito, el encubrimiento, para considerarse como participación debe revestir el carácter de acuerdo-
previo a la consumación del delito, nos vuelve a citar Castellanos que Fernández Doblado expresa " como consecuencia lógica de vincular el concurso de personas en el delito con la teoría de la causalidad, se excluyó de aquella toda forma de intervención que no tuviera influjo causal en el resultado, es decir, que no hubiera puesto una condición anterior a éste, si bien entre los modos de concurrencia criminal se admiten junto con las anteriores y concomitantes, a los posteriores; en este último caso estos deben estar ligados al delito en relación de causa efecto, como sucede con la promesa anterior, que ya hemos examinado al referirnos a la participación. Fuera de estos casos la figura de los cómplices posteriores resultaría tan contradictoria como la de la causa posterior al efecto. (73)

Por lo tanto podemos concluir que la participación es un contribuyente del resultado mientras que el encubrimiento es una acción posterior a la consumación del delito, con la salvedad que no se encuentre mediando un acuerdo previo.

Reglas especiales de participación.- Nuestro Código Penal Vigente establece reglas especiales para cuando se lleva a cabo un delito distinto al propuesto, en su artículo 14 dice ...

(73).- Opus cit. pág. 288.

" Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurren los requisitos siguientes : I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para someter el principal; II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados; III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo..."

Algunos tratadistas opinan que el artículo 14 es innecesario, y con respecto a la fracción I si el nuevo delito es el medio adecuado para consumir el principal, entonces se tiene un caso de imputabilidad dolosa, porque se quiso el resultado sea en forma directa indirecta o eventualmente, en la fracción II se contempla una hipótesis de dolo indirecto de consecuencia necesaria, en la fracción III, puede darse el dolo en sus diferentes especies, pues el agente al saber de la comisión del nuevo delito es convincente que tuvo la representación del mismo y lo quiso, en cuanto a la fracción IV, se aprecia un dolo eventual porque si estando presente el agente en la ejecución del nuevo delito, y no hizo todo lo que a su parte concierte para impedirlo en última instancia lo ratificó y lo aceptó.

Otro artículo que es digno de mencionarse es el artículo 309 del mismo Código Penal referente al homicidio dice : Cuando en la comisión del homicidio intervengan tres o más personas, se observarán las reglas siguientes: el problema que presenta este artículo es cuando menciona tres o más personas, y el caso de que sean dos plantea problemas y en algunos casos se incluye al sujeto pasivo entre los que intervienen en la comisión para dejar impune el delito así ya son tres o más personas de acuerdo a la lógica jurídica cuando intervienen varios sujetos activos en la comisión del delito de homicidio, estas son

que cada agente responda por sus propios golpes ante la incertidumbre de precisar cual fue el golpe que produjo la muerte, y la segunda opción es establecer que ninguno es responsable o bien se califica el hecho de la complicidad correspectiva como causa mediata del homicidio y por lo tanto todos los agentes tienen responsabilidad. La doctrina y la práctica por la segunda opción por estar más de acuerdo a Derecho sin perder su lógica jurídica distribuyendo equitativamente la responsabilidad y con una pena atenuada en atención a la situación imperante, en relación a la participación Jiménez Huerta sostiene según el maestro Carrancá y Trujillo : " tanto puede existir cuando varios sujetos movidos por súbito enojo se lanzan contra el ofendido como -- cuando el ataque ha sido comentado previamente." (74) Como se ve ni siquiera el concierto previo de la complicidad correspectiva, puede borrar la incertidumbre de autor.

El mandato existe cuando se encomienda a otro la ejecución del delito con un beneficio exclusivamente para el que lo ordena, la orden no es otra cosa que una forma de mandato que le impone el superior al inferior con abuso de autoridad; la coacción se forma cuando el mandato se acompaña de amenazas; el consejo es la investigación que se hace a alguien para inducirlo a cometer el delito con las características de exclusiva utilidad y beneficio del instigador, la asociación será tratada más ampliamente en el inciso de Asociación Delictuosa.

La Asociación Delictuosa, estas asociaciones son verdaderas organizaciones cuyo propósito es delinquir, dichas organizaciones conciben preparan y ejecutan delitos, en las asociaciones encontramos una temibilidad agravada por razón del concurso, la peligrosidad agravada reconocida a los sujetos y en general a la partici

(74).- Opus cit. pág. 63.

pación es aplicable a la asociación delictuosa, independiente de las infracciones que la *societas aceleris* cometa la simple reunión con tales fines, tipifica el delito de Asociación Delictuosa de acuerdo con el Código Penal Vigente en su artículo 164,., *al que tomare como participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido, en la asociación no se configura la participación sino el concurso necesario, la jurisprudencia ha establecido los elementos constitutivos del delito de asociación delictuosa son:*

a).- existencia de una asociación o banda es decir de un grupo de individuos que se asocian no transitoria, ni ocasionalmente, sino de modo más o menos permanente, con conciencia de grupo; b).- que esa asociación o banda esté integrada por tres o más individuos; c).- que esté organizada para delinquir es decir que adopte conscientemente una disposición o método para ejecutar hechos delictuosos; y d).- que los acusados pertenezcan a ese grupo (Jurisprudencia de la Suprema Corte, Apéndice al. T. L. pág. 319 y A. J. T. VI pág. 135)

En cuanto al inciso(a) y en relación al artículo 164 debemos entender que indica que entre los miembros de la Asociación haya estructura adecuada para los fines que persiguen, un conjunto de normas que regulen la disciplina y jerarquía, en cuanto al inciso (b) la Ley no se refiere a una Asociación temporal u organizada para cometer un delito determinado y en un tiempo determinado, sino permanente, en cuanto al inciso (c) que el propósito complementado al anterior es delinquir cuantas veces sea posible o que se les presente oportuno, cometiendo toda clase de delitos e infringir la Ley Penal como elemento distintivo y esencial, en cuanto a la penalidad se deja al Juez y a su prudencia.

La participación en el Derecho Mexicano,- El Código Penal de 1871 distinguió entre los responsables de los delitos, cómplices y encubridores, se consideró entre los primeros a los autores mediatos, intelectuales, inductores y a los ejecutores, entre los cómplices - a los provocadores, a los que intervienen en forma indirecta en la ejecución y a los auxiliares, además a los que ocultaban cosas robadas, a los que asilaban delincuentes, o favorecían la fuga, si ello es por acuerdo previo al delito, a los encubridores son aquellos sin previo acuerdo favorecieran por algún modo al delincuente.

En el Código Penal de 1929, lo que hizo fueron ligear variantes en cuanto al texto pero en cuestión de penalidad, hizo - atenuaciones a los cómplices y encubridores.

En cuánto al Código Penal Vigente resumió en una fórmula general todas las definiciones en su artículo 13 que dice : *artículo 13. Son responsables de los delitos : I. Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos; II. Los que inducen o competen a otro a cometerlos; III. Los que presten auxilio o cooperación de cualesquiera especie para su ejecución, y IV.- Los que en casos previstos por la ley auxilian a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictuosa.*

La innovación deducida es solo de forma, subsisten los grados de participación clásicos en su aspecto conceptual, y le corresponde al Juez prevenirlos y establecer la pena adecuada a la temibilidad del responsable, se distinguen los siguientes grados de participación de dicho artículo:

A).- PARTICIPE EN SU ASPECTO DE AUTOR MATERIAL POR SU INTERVENCIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO.

B).- PARTICIPE EN SU ASPECTO DE AUTOR INTELECTUAL POR SU INDUCCIÓN DIRECTAMENTE A ALGUIEN Ó POR

COMPELERLO A COMETERLO,

C).- PARTICIPE EN SU ASPECTO DE CÓMPlice, POR COOPERAR O PRESTAR AUXILIO DE CUALQUIER-ESPECIE, POR CONCIERTO PREVIO PARA SU - EJECUCIÓN,

D).- PARTICIPE EN SU ASPECTO DE ENCUBRIDOR, - POR PRESTAR AUXILIO POR CONCIERTO POSTERIOR.

En forma general a estos partícipes se les denomina responsables, y para caracterizar los grados anteriores no hace falta - participar en la sola concepción, en la sola preparación del delito según redacción del artículo 13, pues todos están incluidos de modo necesario la concepción y la preparación en las fórmulas relativas a los - cómplices y encubridores.

De esta manera podemos concluir que en el delito - de peculado tenemos, que se configura la de autor material, autor intelectual, recibe también la figura de coautor siempre que ese otro autor reúna las condiciones de ser funcionario o empleado público, sino reúne esas características será cómplice, acepta también la participación anterior, concomitante y la posterior, según su eficacia solamente acepta la necesaria ya que el tipo solo exige la conducta individual del sujeto, también se configura el encubrimiento en nuestro - delito de peculado en sus dos formas como participación con acuerdo - previo y como delito autónomo sin acuerdo previo, la Asociación Delictiosa no es configurable en el delito de peculado, porque no reúne - los requisitos ya sancionados.

CAPITULO III

- 1).- CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO.
- 2).- DERECHOS Y OBLIGACIONES.
- 3).- SITUACIÓN JURÍDICA AL TÉRMINO DE FUNCIONES.

I.- CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO

Empezaremos con la definición que establece el artículo tercero de la Ley Federal de los trabajadores al servicio del Estado que dice : *Trabajador es toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales.*

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

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

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

La Suprema Corte establece el siguiente concepto de función pública: *Si por función pública ha de entenderse el ejerci- cio de las atribuciones esenciales del Estado, realizados como acti- vidades de Gobierno de poder público que implica soberanía e impe- -- rio, y si tal ejercicio en definitiva lo realiza el Estado a través de personas físicas, el empleado público se identifica con el órga- no de la función pública y en voluntad o acción trascienden como vo- luntad o acción del Estado, lo que justifica la creación de normas- especiales para su responsabilidad, situación esta de incorporación a la función pública que no ocurre tratándose de los servicios de - los organismos descentralizados quienes por su peculiar naturaleza- quedan fuera de la órbita del Poder Público dedicados a la realiza- ción de servicios públicos que no implican soberanía e imperio (In- forme del Presidente de la Corte, 1959, 1a. Sala pág. 36).*

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

La Organización Administrativa al tomar estas nue vas modalidades va creciendo pero con un régimen jurídico especial

en consecuencia el Estado ha requerido de personal altamente calificado, creando al mismo tiempo nuevos principios de organización.

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

Así de esa forma el Estado tiene una función pública reflejada en una función administrativa para la aplicación de las normas jurídicas, actuándolas por ser parte interesada en las situaciones jurídicas que intervienen, dirigido a satisfacer sus necesidades concretas o a obtener el bien o la utilidad que dicha norma debe garantizar recordando que las tres funciones del Estado son : *Legislativa, Jurisdiccional y Pública.*

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

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

los cuales es responsable ante su superior: De ordinario se aplica este término a la organización gubernativa en sus ramas administrativas, pero existen también en los negocios, la industria, el comercio, los sindicatos, las instituciones sociales, las iglesias, y - otras formas de organización social. Se acostumbra caracterizar el burocratismo por su apego a la rutina por sus normas más o menos inflexibles, el balduque, las dilaciones, la renuencia a aceptar responsabilidades y su repugnancia a introducir innovaciones." (75)

" Las características de la burocracia son :

a).- Cargos o empleos debidamente definidos; b).- Un orden jerárquico con líneas bien delimitadas de autoridad y responsabilidad; c).- Selección de personal en base a atributos técnicos o profesionales; d).- inmovilidad en cuyo cargo y protección de carrera en base a la promoción en la jerarquía y e).-Reglas y reglamentos que regulen las actividades." (76)

La burocracia puede verse desde el punto de vista negativo y como el grupo de personas que sirven al Estado en forma permanente y presupuesta], en forma simple negativa que su predominio es ingrato, ocasiona gastos innecesarios a los ciudadanos y - crea un conflicto grave a la sociedad, con el papeleo y obstáculos, y en un sentido positivo podemos tomar lo dicho por Max Weber : Un mecanismo burocrático perfectamente desarrollado actúa con relación a las demás organizaciones de la misma forma que una máquina con relación a los demás métodos no mecánicos de fabricación." Según cita de Serra Rojas. La precisión, rapidez, oficialidad, continuidad, - secreto, uniformidad, rigurosa subordinación, el ahorro de fricciones son infinitamente mayores en una administración burocrática servida por funcionarios especializados, que en todos las demás organizaciones de cualquier tipo." (77)

(75).- Diccionario de Sociología F. C. E. México 1974.

(76).- Chinoy Ely. La Sociedad. F. C. E. México 1974. pág. 200.

(77).- Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo Tomo I. Ed. Porrúa México 1976. ág. 351.

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

Y nos cita el maestro Serra Rojas que Waline M. dice : " Todos los sistemas modernos de empleo público tienden a asegurarse personal provisto de calificaciones excelentes o idóneos para la serie de fines intelectuales de cada una de las administraciones; todos los sistemas tienden a ofrecer al personal de las administraciones públicas la posibilidad de hacer carrera. En el sentido aquí usado, el término carrera constituye un agradable incentivo para el individuo, - puesto que presupone la posibilidad de progresar en el ámbito de un -- sector profesional o en ciertos casos en el ámbito de una determinada organización." (78)

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

LOS ÓRGANOS Y LOS TITULARES DE LA ADMINISTRACIÓN - PÚBLICA.

La administración pública es considerada como uno de los elementos de la personalidad del Estado, el cual requiere personas físicas que formen y objetiven la voluntad de éste, es preciso distinguir entre el órgano y el titular de éste, el órgano es una -- (78).- Opus Cit. pág. 351.

unidad abstracta y una esfera de competencia, el titular es una persona concreta que tiene la característica de ser diferente sin que afecte la continuidad del organo, ejerciendo la voluntad dentro de la esfera de la competencia del organo, con dirección a la satisfacción de sus intereses personales, en otras palabras un organo es una esfera - abstracta de competencia, dicha competencia son los deberes y poderes ordenados y divididos y asignados a personas físicas para cumplirlos- y ejercitarlos, entre las personas físicas y las funciones atribuidas a estos que son parte de su estructura y representan los instrumentos por medio de los cuales el Estado objetiza la condición de querer --- obrar y estar en relación con los sujetos de derecho, el Estado es un todo jurídico fraccionado en órganos para realizar sus fines, en las porciones de competencia convenientemente creados por él.

" En el Organo se distinguen dos elementos: uno, subjetivo, personal y variable que es la persona o conjunto de personas que de hecho, expresan la voluntad del Estado, y otro objetivo - abstracto, constitucional y continuo, que es el oficio público, o -- sea el complejo de atribuciones, competencias y poderes que individualizan el organo dentro de la estructura general del Estado (Centro Homogéneo de actividades). Ambos elementos se integran inescindiblemente en el organo estatal. El gobernante o funcionario evita que el organo se mantenga en la inercia, dotándolo de vida propia, - pero el organo teniendo a la persona o personas físicas en que se -- concreta y se configura como una realidad objetiva dotada de un conjunto de competencia. El organo es, pues una unidad jurídica que -- comprende tanto a su titular como su competencia, sus medios (personales, reales, económicos, técnicos, coactivos, informativos, etc.) Y tambien la actividad que desarrolla. Se explica así la permanencia del organo aún en aquellos momentos transitorios en que la titularidad queda vacante." (79)

(79).- Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo, Ed. Porrúa. México 1976. pág. 350. Tomo I.

Agregando Serra Rojas el punto de vista del profesor Alessandro Groppali: *Dos elementos concurren a constituir el - organo, uno objetivo y otro subjetivo, el primero es dado por el cargo a quien está confiada la realización de uno o más de los varios - deberes del Estado y que está dotado de los poderes y medios necesarios para tal realización, por lo que el presenta como una manifestación de los poderes del Estado, y se concreta en un conjunto de funciones, de poderes y de medios; el segundo está constituido por la - persona o las personas físicas encargadas del puesto público y por - medio de las cuales quiere y consigue sus propios fines."*

La tesis se complementa con esta afirmación :

Los dos elementos - cargos, empleos públicos o instituciones y personas físicas o funcionarios- contribuyen conjuntamente a formar los - órganos y el solo mediante su existencia y cooperación que es asegurada al Estado una indispensable continuidad de acción." (80)

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

Tanto las personas jurídicas de derecho público- como las de derecho privado expresan la voluntad de una institución- jurídica por la organización directiva, pero la objetiva voluntad la emiten los seres humanos en forma directa o indirecta dando realidad

a la voluntad contenida en la norma jurídica a su vez es la representación de la voluntad de una comunidad.

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

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

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

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

El Artículo 1º de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado ordena " *La presente Ley es de observancia general para los titulares y trabajadores de las dependencias de*

los Poderes de la Unión ..." y en su artículo 2° de la misma Ley precisa " para los efectos de esta Ley, la relación jurídica de trabajo se entiende establecida entre los titulares de las dependencias e instituciones citadas y los trabajadores de base a su servicio. En el poder Legislativo los directivos de la Gran Comisión de cada Cámara asumirán dicha relación.

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

Hasta el momento vemos o hemos visto características que revisten los empleos públicos sin llegar a una clara definición o concepto al seguir analizando vemos que las escuelas clásicas dan un concepto de función pública" " Funcionario es la persona que se consagra al desempeño de una función o servicio público" (81) Otra la de Mayer es un círculo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado, por la obligación de Derecho Público de servirle. (82). En el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas nos dice: " Funciones Públicas son las que desempeñan los organismos, autoridades, agentes y auxiliares del poder público para el ejercicio -- real y efectivo de este mismo poder en cualquiera de sus órdenes y aspectos." (83)

En las dos primeras notamos que se confunden el concepto de función pública con el de funcionario público, y no da un concepto sino característica del empleo público, siguiendo el análisis veremos a quien se le considera alto funcionario, funcionario y empleado.

(81).- Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa México 1976. pag. 349. Tomo I.

(82).- Opus cit. pág. 350.

(83).- Opus cit. pág. 350.

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

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

En el artículo 110 de la Constitución encontramos - la expresión " *y nos dice no gozan de fuero constitucional los altos Funcionarios de la Federación por los delitos oficiales, faltas u omisiones - en que incurran en el desempeño de algún empleo, cargo o comisión pública - que hayan aceptado durante el periodo en que conforme a la Ley, se disfruto del fuero...*"

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

El artículo 108 Constitucional indica quienes revisten la característica de alto Funcionario de la Federación : *Los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios del Derecho y el Procurador General de la República son responsables por los delitos comunes que cometen durante el tiempo de su cargo y por los delitos, faltas u -- omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo cargo.*

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

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

A pesar de que existen otros Funcionarios que -- por sus características y que sus nombramientos deben ser ratificados -- por el Senado no se incluyen en la enumeración que hace la Constitución estos son los Secretarios de Estado, el Procurador del Distrito y Territorios Federales, los Embajadores, Ministros, Magistrados del Tribunal-Fiscal de la Federación, etc., en cuanto a la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos hace la misma enumeración que la Constitución, y en su totalidad ocupan puestos de elección popular, y la tercera característica es la de ser las cúspides de los tres Poderes, de la Nación, el Ejecutivo, el Legislador y el Judicial, en una afirmación atrevida consideramos que ese fue el criterio seguido por -- los autores de las Leyes, sin embargo no dejamos de insistir que es -- una nueva clasificación sin el aporte conceptual de la denominación de " *Alto Funcionario* " Así de esta manera queda vigente la ausencia de -- un concepto adecuado al término tratado de este inciso.

FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO.

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

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

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

EL ARTÍCULO 111, PÁRRAFO QUINTO DICE :

" El Congreso de la Unión expedirá a la mayor brevedad una Ley de responsabilidad de todos los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal.

EL ARTÍCULO 89, FRACCIÓN II AL HABLAR DE LAS FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL PRESIDENTE :

" Nombrar y remover libremente a los secretarios del Despacho al Procurador General de la República, al - -

Gobernador del Distrito Federal remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda y - - nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esten determinados de otro modo en la Constitución o en las Leyes.

EL ARTÍCULO 128 HABLA DEL FUNCIONARIO AUNQUE
COMPRENDE A LOS EMPLEADOS :

" Todo Funcionario Público sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su cargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las Leyes que de ella emanan y en otras ocasiones emplea de un modo genérico comprendiendo ambas categorías.

ARTÍCULO 73 FRACCIÓN XI.

" El Congreso tiene facultad, para crear y suprimir empleos públicos de la Federación y señalar, ausentar o disminuir dotaciones."

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

ARTÍCULO 1º

" Los Funcionarios y Empleados de la Federación y del Distrito Federal, son responsables de los delitos comunes, de los delitos y faltas oficiales que cometen durante su encargo con motivo del mismo, en los términos de Ley.

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

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

- a).- *Una designación legal,*
- b).- *El carácter de permanencia,*
- c).- *Retribución,*
- d).- *Relación Jurídica,*
- e).- *Facultad de decisión y de ordenar,*
- f).- *Carácter representativo.*

Antes de analizar estos conceptos debemos algunos de Funcionarios que se han emitido por diferentes autores, ante un conjunto de agentes públicos y en los límites de la Ley Americana a cual categoría se le debe aplicar la denominación de Funcionario y a cual la de Empleado Público, el Agente Público es toda persona que participa en la gestión de un servicio público directamente o bajo el control del Estado de esa manera señala Serra Rojas que Waline ; " previene en no confundir la noción de Funcionario que es una noción administrativa con la de agente, que por oposición al Gobierno, que es una noción de derecho constitucional, Dúgit estudioso particular

Es Gobernante toda persona que participa en la gestión de los asuntos públicos, a consecuencia de una designación que le confiere o le supone una fuerza política propia -sea personal, sea representativa, Agente Público es toda persona que participa de una manera puramente temporal o accidental en la actividad pública, sin tener el carácter de Gobernante Directo o Representante, no reviste ninguna importancia, el modo de la participación en la actividad pública, bien sea por actos jurídicos o por simples operaciones materiales. (84)

Los Agentes Públicos los clasifica en dos grandes categorías : Agentes Funcionarios y Agentes Empleados. Esta distinción está vinculada al modo en que los agentes participan en el Funcionario de los servicios públicos.

Rafael Bielsa dice, según cita Serra Rojas :

" El Funcionario supone un encargo especial transmitido en principio por la Ley, que crea una relación externa que da al titular un carácter representativo, mientras que el empleado sólo supone una vinculación interna que hace que su titular sólo concorra a la formación de la función pública." (85)

En la Legislación Española, encontramos dos preceptos importantes en el Código Penal en su artículo 119 párrafo 3, " Se considerará como Funcionario Público todo el que por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas ", y en el reglamento de funcionarios de la administración local en su artículo 1º serán funcionarios de la administración local los que en virtud de nombramiento legal desempeñen en las entidades u organismos que la constituyen, servicios de carácter permanente, figuren en las correspondientes planillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos. " (86)

(84).- Opus Cit. pág. 357.

(85).- Opus Cit. pág. 357.

(86).- Enciclopedia Jurídica Española.

DIFERENCIAS ENTRE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO:

a).- Una designación legal, se señala como distinción entre funcionario y empleado, el primero presupone un cargo especial transmitido en un principio por la Ley creando una relación externa dándole al titular un carácter representativo, mientras que en caso del empleado supone una vinculación interna causando que su titular solo concurre a la formación pública, - este criterio es el que esta más acorde con las disposiciones constitucionales, fuera de los preceptos ya señalados no existe en la Ley - disposición legal que señale o establezca diferencias entre funcionarios y empleados, de hecho pueden separarse los servidores públicos - que tienen carácter representativo y los que son sus auxiliares.

b).- El carácter de permanencia, en este criterio se trata de distinguir a los funcionarios y empleados en lo relativo a la permanencia en el empleo, el funcionario es designado por un tiempo determinado, y los empleados tienen puestos de carácter permanente temporal, no es marcado un término pero también a lo largo del tiempo temporal pero tampoco indefinida, - pero este argumento no es válido porque algunos funcionarios tienen la misma permanencia que los empleados y estos a veces igual que los funcionarios.

c).- Retribución, otro criterio sostenido es de retribución para fijar la distinción en que los funcionarios reciben una retribución honorífica, mientras -- que los empleados son renumerados, este criterio tampoco salva el -- problema porque en nuestro régimen todos los servidores públicos gozan de una remuneración a excepción de casos especiales a que un ciudadano se le da una comisión establecida en la Ley, como en las funciones electorales y censales.

d).- *Relación Jurídica, el criterio seguido para distinguir a los funcionarios y empleados señalando que los funcionarios tienen una relación jurídica que los vincula con el Estado, pero esta relación es de derecho público, mientras que en los empleados es de derecho privado, como adelante veremos este tema más ampliamente, por el momento basta decir que la relación pública de los empleados es por su naturaleza de derecho público, por lo tanto este criterio está fuera de lugar.*

e).- *Facultad de ordenar y decidir, esto es inherentemente a los funcionarios mientras que los empleados son ejecutores de esas decisiones y de esas órdenes, este criterio se confunde con el de autoridad, y auxiliar, sin embargo el concepto de Funcionario no se confunde con el de autoridad estableciendo que todos los Funcionarios son autoridades más no todas las autoridades son funcionarios.*

f).- *Carácter representativo, ya vemos en el inciso (a) que aparte de la designación, conforme a derecho existía una relación externa dándole la característica de representante del órgano administrativo para llevar a cabo los fines del mismo, en cambio = el empleado concurre a la función pública pero sin la facultad de representación sino como un miembro del órgano.*

Así de esta manera existen diferencias, objetivos entre los funcionarios y empleados públicos, entre las que se pueden tomar como tales son la designación legal, la facultad de ordenar y decidir y la representación, características que no se encuentran en los empleados sino que por medio de algunas de ellos se subordinan a los funcionarios, para la designación legal se tomó como base la definición de Rafael Bielsa, el Maestro Serra Rojas dice : " la administración pública se desenvuelve con la acción continua, permanente y eficaz, de varios miles de personas que ocupan las diversas categorías

que anualmente fija el presupuesto de egresos de la Federación y el presupuesto de egresos del Departamento del Distrito Federal y de las demás instituciones administrativas, encargados de llevar a cabo los fines del Estado." (87)

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

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

- a).- Por su incorporación voluntaria a la organización pública.
- b).- Por no participar en la formación o ejecución de la voluntad pública.

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

Tanto la Constitución en su artículo 123 apartado B, emplea la palabra trabajadores cuando se refiere a los funcionarios y empleados públicos, dicho precepto se inicia diciendo : " B, entre los Poderes de la Unión, los Gobiernos del Distrito Federal y sus trabajadores" La Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, establece en su artículo 1º la presente Ley se aplicará : I. A los trabajadores del Servicio Civil de la Federación, del Departamento del Distrito Federal; II.- a los Trabajadores de los organismos públicos que por Ley o por acuerdo del ejecutivo- (87). Opus cit. pág. 355.

Federal sean incorporados a su régimen; III. A los pensionistas de las Entidades y Organismos Públicos que se mencionan en las fracciones anteriores. IV. A los familiares derechohabientes tanto de los trabajadores como de los pensionistas mencionados; V. A las Entidades y Organismos Públicos que se mencionan en este artículo. En el curso de la presente Ley se designará con los nombres de Entidades y Organismos Públicos a los mencionados en las fracciones I y II de este artículo."

En el artículo 2º de la misma Ley dispone :

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

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

Y este inciso lo habíamos iniciado con el artículo 3º de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, la tendencia social reinante en la época en la cual se aprobó el estatuto en donde los servidores del Estado se les denominó, trabajadores al servicio del Estado, para equiparar la Legislación del Trabajo ó la función pública, pero este concepto se ha limitado a la vida de la función pública.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación el concepto de trabajador es el siguiente : " Trabajador es la persona obrero, jornalero, empleado que desarrolla una determinada actividad material o intelectual o de ambos géneros con un propósito económico o social que implica la prestación personal y subordinada de un servicio a cambio de un salario." (Sem. Jud. Fed, 5° ep. T. 78 pags. - 6154, 1091).

De la Legislación laboral general se tomó el término de trabajador para referirse a los funcionarios y empleados públicos, la Ley Federal del Trabajo establece en su artículo 8°, trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado. Y en su párrafo segundo dice : Para los efectos de esta disposición, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio."

Si comparamos la definición de trabajador en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y la Ley Federal del Trabajo vemos que existen diferencias importantes entre una y otra, la primera dice: " *Trabajador es toda persona*" mientras que la Ley Federal dice: " *Trabajador es la persona física*", lógicamente esta es la redacción correcta, cuando se habla de personas, pues solamente las personas físicas pueden ser trabajadores no así las personas morales, y al decir que toda persona se está incluyendo toda clase de personas lo cual es incorrecto y a ambas puede criticarse que separen entre trabajo material o intelectual en lugar de decir material e intelectual porque son conceptos concurrentes no les puede hacer algo intelectual sin que implique algo material, el intelectual tiene que objetivizar su pensamiento si no existe el material tiene que pensar como hacerlo sino sería una máquina que sería contra la naturaleza misma del ser humano.

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

Por lo tanto el régimen jurídico de dicha función debe ser adaptable a la exigencia de que las referidas atribuciones serán realizadas de una manera eficaz, regular y continua, previniendo de una manera adecuada que el interés personal de los empleados no llegue a ser una barrera jurídica que obstruya la satisfacción del interés general, tal exigencia es la base de la inspiración de las normas que no pueden ser otras que las de Derecho Público, y de esta naturaleza deben ser las relaciones que constituyen la función pública.

NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO.- El acto creador de las relaciones ha sido analizado para determinar su naturaleza y sobre el particular se han emitido las siguientes tesis : a).- *Como un acto unilateral del Estado,* b).- *Como un acto contractual,* y c).- *Como acto condición.*

a).- Los autores de esta teoría sostienen que la re-
lación del servicio, no puede ni siquiera revestir el carácter con-
tractual, sino que ni siquiera revestir el carácter contractual, sino
 que ni siquiera requiere el consentimiento del particular, que se tra-
ta de una obligación que en forma imperativa le impone el Estado.

De acuerdo a nuestra Constitución esta tesis es con-
 traria a la libertad del hombre, y solamente es admitida por la Con-
 stitución en forma especial no genérica como podemos apreciarlo en su
 artículo 5° que dice : " En cuanto a los servicios públicos, sólo po-
drán ser obligatorios en los términos que establezcan las leyes res-
pectivas, el de las armas y los de jurados, así como el desempeño de-
los cargos consejiles y los de elección popular directa o indirecta.
Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y -
gratuito. Los servicios profesionales de índole social serán obliga-
torios y retribuidos en los términos de la Ley y con las excepciones-
que ésta señale."

b).- Esta tesis sostiene el carácter contractual o
 del acto creador de la función pública, consideran que esta nace de -
 un contrato administrativo ya que existe un concurso de la voluntad--
 del Estado que nombra y la del nombrado que acepta, sin revestir im-
 portancia que no haya una perfecta igualdad entre las partes, pues lo
 mismo sucede en los contratos administrativos, así como tampoco que
 la función o cargo que no sean bienes que estan en el comercio, el ob-
jeto del contrato es el servicio y la remuneración que si lo estan, -
sin importar que el Estado fije previamente y en la forma unilateral-
los derechos y obligaciones de los empleados o bien sean susceptibles
de modificaciones en la misma forma durante la prestación del servi-
cio, en el Derecho Civil se reconoce la existencia de los contratos o
de adhesión en los que una de las partes fija de antemano las condi -
ciones a las que otra parte simplemente se adhiere, y en un segundo -
lugar porque no se afecta la naturaleza del contrato si el empleado -

con conocimiento de causa, conciente desde el principio que el Estado puede variar las condiciones originales del acto.

Por otra parte estos autores que poco importa que el efecto del acto sea invertir en las partes de una situación jurídica general, pues resultaría falso el pretender que sólo cuando se origina una situación jurídica individual por el acuerdo de voluntad constituyan el contrato y al respecto opina Bovviere según cita Gabino Fraga ⁴ " Es puramente arbitraria, no está inscrita en ninguna parte. Ninguna jurisdicción de ningún orden la ha consagrado alguna vez. Por otra -- patri, desde cierto punto de vista, toda situación general e impersonal es respecto del que está investido de ella, una situación individual -- he aquí, por ejemplo un vendedor de inmuebles. Es acreedor del precio convenido. A este respecto se encuentra frente a su deudor en una situación individual, pero al mismo tiempo y por el hecho de la venta, -- beneficia de todos los derechos legados por la Ley a la condición de -- vendedor de inmuebles. Esta, de esta manera investido de una situa--- ción general e individual. La condición arbitraria en virtud de la -- cual todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, debería -- ser creador de situación individual para constituir un contrato, está-- desprovista de todo alcance práctico." [88]

Dichas argumentaciones de estos autores no son acepta bles, porque se infringen las nociones clásicas del contrato, y su té sis es insostenible porque no existe texto legal que expresa en forma-- determinada qué clases de situaciones jurídicas debe producir el con-- trato lo único que se encuentra son los que dan carácter de denomina-- ción diversa del contrato a otros actos formados por el concurso de -- voluntades, como la Ley o la sentencia que dicta un Tribunal Colegiado.

La necesidad de que se genere una situación jurídica -- individual deriva de la función y carácter del contrato, y ésta es una Institución encaminada a satisfacer necesidades privadas de los hom -- bres, en cuanto a las necesidades existen diversos medios de satisfa-- (88).-- Fraga Gabino. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. México 1981. pág. 132.

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

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

Así de esta manera aunque en forma escueta tenemos - elementos para decir que el acto no es un acto unilateral porque no - reviste la imposición obligatoria, así tampoco se puede hablar de un acto contractual porque el acto no origina situaciones jurídicas individuales, entonces nos queda considerarlo como un acto diverso cuyas características son : *la de estar formado por la concurrencia de las voluntades del Estado quien nombra y del particular que acepta el nombramiento y el efecto jurídico que origina el concurso de voluntades - que se debe entender no como la función de derechos y obligaciones entre el Estado y el empleado, sino como el de condicionar la aplicación a un caso individual (el del particular que ingresa al servicio), las disposiciones legales preexistentes que fijan en forma abstracta e impersonal los derechos y obligaciones que corresponden a los titulares*

de los diversos órganos del Poder Público.

" Es un acto diverso que condiciona la aplicación del estatuto legal y que no puede crear ni variar la situación que establece dicho estatuto, permitiendo la modificación en cualquier momento - sin necesidad del consentimiento del empleado, es el acto que la doctrina denomina acto - unión (V. Inf, Pleno, S. C. de J. año 1972, págs. 319, 331, 346)."

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

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

La Constitución en su artículo 5º indico la necesidad del concurso de voluntades para crear la relación en general al expresar " nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales... sin su pleno consentimiento," En la Constitución son pocos preceptos los que aluden al tema, las fracciones II, III y IV del artículo 89 facultan al Presidente para nombrar y remover libremente a los Secretarios del Despacho, al Procurador de la República, al Gobernador - del Distrito Federal, al Procurador General de Justicia del Distrito

Federal, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esten determinados de otro modo en la Constitución ó en las Leyes, para nombrar con aprobación del Senado a : *Ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales, los-coroneles y demás oficiales superiores del Ejército, Armada y Fuerza-Aérea Nacionales y los empleados superiores de Hacienda; en otras disposiciones encontramos el artículo 32.- Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargo o comisiones del Gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano. La Ley Federal del Trabajo de 1931 en su artículo 2º expresó : " Las relaciones entre el Estado y sus servidores se regirán por las Leyes del Servicio Civil que se expidan."*

" La Suprema Corte ha declarado en varias ocasiones que los empleados públicos no estaban ligados con el Estado por un contrato de trabajo, por consiguiente no gozaban de las prerrogativas que para los trabajadores consigné el artículo 123 Constitucional, - pues en él, " tendió a buscar un equilibrio entre el capital y el trabajo, como factores de la producción, circunstancias que no ocurren - en el caso de las relaciones que median entre el Poder Público y los empleados que de él dependen." (S.J. de la F.T. XXV. pág. 918)"

En base a la necesidad de limitar su facultad discrecional del Presidente para nombrar y remover a sus empleados el 9 de abril de 1934 se expidió la Ley del Servicio Civil, Acuerdo Presidencial estableciendo el servicio civil por un tiempo determinado, en dicho Acuerdo el Ejecutivo abdicaba su facultad discrecional de remover a los empleados del Poder Ejecutivo y ésta tenía como seguridad de los propios funcionarios y empleados en bien de la eficacia de los servicios públicos, un régimen interno con normas para la administración y nombramiento de éstos, estableciendo los derechos y obligacio-

nes y recompensas estableciendo la garantía que durante la vigencia del acuerdo de que ningún funcionario o empleado podría ser removido sin justa causa y aprobación ante los comisionados del Servicio Civil.

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

Sin embargo dichos estatutos que definieran " garantizaran los derechos del servidor público, frente a la facultad discrecional del Ejecutivo para nombrar libremente a todos los empleados y funcionarios públicos no solucionaron el problema, pues la Legislación del Servicio Civil no garantizaba con efectos serios y -- apreciables pues discrecionalmente el Ejecutivo seguía conservando - su facultad ampliamente.

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

La Constitución al referirse a la Ley lo hace desde el punto de vista formal, y la restricción a la facultad de nombrar y remover libremente no puede obtenerse por medio de un Reglamento, pues la restricción forma parte de lo que se conoce como reserva de la Ley, teniendo en cuenta que un Reglamento es elástico en cuanto a su modificación y siendo sus autores los mismos que están facultados para nombrar y remover, deja un camino fácil de seguir para introdu-

cir modificaciones con motivos o circunstancias personales conllevando a la arbitrariedad a pesar de lo general que sean éstos, una Ley que restrinja la libertad de acción del Ejecutivo es admisible por ser prevista en la misma Constitución.

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

Así de esta forma en el año de 1963 el 28 de diciembre se publica en el Diario Oficial la Ley de los Trabajadores al -- Servicio del Estado, reglamentaria del apartado B del artículo 123 -- Constitucional sustituyendo al Estatuto, regulando el régimen de la función pública, como ya hemos visto define al trabajador al servicio del Estado, como "*toda persona que preste un servicio físico, - intelectual o de ambos géneros...*" Hace la división de los empleados en los de confianza y los de base, los primeros no están sometidos a esta Ley los segundos sujetos en todo a las prescripciones de la Ley, por lo tanto los de confianza pueden ser nombrados y removidos libremente a diferencia de los Estatutos anteriores, esta Ley -- considera que el ingreso a la función pública se realiza por un acto, con carácter convencional, condicionante de la aplicación de un régimen legal a un caso individual, se puede afirmar que la Legislación Mexicana considera la relación jurídica como un acto-unión el empleado público presta sus servicios en virtud a un nombramiento o por figar en las listas de raya de trabajadores temporales, para obra de terminada o por tiempo fijo, el nombramiento no contiene el régimen -

al cual estará sujeto el empleado, por lo general contendrá, el nombre, nacionalidad, sexo, estado civil y domicilio, clase de servicios que deban prestarse, el carácter definitivo, interino, provisional, por tiempo fijo o por obra determinada, del nombramiento, la duración de la jornada de trabajo, el sueldo y demás prestaciones y el lugar en que se han de prestar los servicios.

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

Los funcionarios y empleados que sirven al Estado, están sometidos a regimenes diversos, que está en relación al orga- no en el cual prestan sus servicios, ya sea el Gobierno Federal, -- con cargo al presupuesto de egresos de la Federación, en un organismo descentralizado, en una institución nacional de crédito o en una- empresa de participación estatal, en base a esto los trabajadores - pueden clasificarse según Serra Rojas, en seis grupos diferentes :

- PRIMER GRUPO : TRABAJADORES SOMETIDOS A LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO Y TRABAJADORES SOMETIDOS A LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.
- SEGUNDO GRUPO: TRABAJADOR DE BASE Y DE CONFIANZA.
- TERCER GRUPO : TRABAJADORES DEFINITIVO, INTERINO, PROVISIONAL POR OBRA DETERMINADA, A TIEMPO FIJO.
- CUARTO GRUPO : TRABAJADORES DE PRESUPUESTO FIJO Y TRABAJADOR SUPERNUMERARIO.
- QUINTO GRUPO : TRABAJADOR CON NOMBRAMIENTO A LISTA DE RAYA Y POR CONTRATO.
- SEXTO GRUPO : AUTORIDADES Y ORGANOS AUXILIARES. (89)

En cuánto a la primera clasificación los Trabajadores al Servicio del Estado, estan bajo un régimen de derecho público, de acuerdo al apartado B del artículo 123 Constitucional y - su Ley Reglamentaria, es personal que dependen directamente de la - administración pública centralizada o desconcentrada y en algunos - casos de organismos descentralizados, la Ley Reglamentaria en su artículo 1º establece " La presente Ley es de observancia general para los titulares y trabajadores de las dependencias de los Poderes de la Unión del Gobierno del Distrito Federal, de las Instituciones que a continuación se enumeran :

INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE
LOS TRABAJADORES DEL ESTADO.

JUNTAS FEDERALES DE MEJORAS, MATERIALES.

INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA

LOTERÍA NACIONAL

INSTITUTO NACIONAL DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA

INSTITUTO NACIONAL INDIGENISTA

COMISIÓN NACIONAL BANCARIA

COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS

COMISIÓN NACIONAL DE VALORES

COMISIÓN DE TARIFAS DE ELECTRICIDAD Y GAS

CENTRO MATERNO INFANTIL AVILA CAMACHO

HOSPITAL INFANTIL.

Así como de los otros organismos descentralizados - similares a los anteriores que tengan a su cargo función de servicios públicos.

En cuanto a la segunda clasificación encontramos en el artículo 123 apartado A, que diferentes Leyes establecen sus relaciones como sus trabajadores con base a este ordenamiento jurídico como ejemplo: *La Ley del Seguro Social en su artículo 245 : Las relaciones entre el Instituto del Seguro Social y sus empleados se regirán por lo dispuesto en la Ley Federal del trabajo, otros como las empresas de participación estatal, se rigen por la Ley Federal del Trabajo, como Altos Hornos de México, Cía. de Luz y Fuerza del Centro.*

Los trabajadores de las Instituciones Nacionales de Crédito, se rigen por el reglamento de trabajo de los empleados de las Instituciones de Crédito, y Organismos Auxiliares, publicado en el Diario Oficial del 30 de diciembre de 1953. De acuerdo al artículo 2º de este Reglamento : " *tienen la calidad de empleados de las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares,*" las personas que tengan un contrato individual de trabajo con dichas empresas

trabajen en su provecho de manera permanente su número de horas - obligatorias a la semana y ejecuten labores bajo su dirección,

También encontramos trabajadores bajo un régimen especial que no es ninguno de los anteriores, en el artículo 123 - apartado B fracción XIII dice : *Los militares marinos y miembros - de los cuerpos seguridad pública, así como el personal del servicio exterior, se regirán por sus propias Leyes."*

El segundo grupo al dividir los trabajadores en - confianza y de base es dable afirmar que está inspirada en la Legis lación del Trabajo.

Los de base son regulados por el artículo 123 apar tado B y por la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado y el artículo 6° de dicha Ley dice :

Son trabajadores de base : Los no incluidos en la enumeración anterior y que por ello, serán inamovibles. Los de nuevo ingreso no serán inamovibles sino después de seis meses antes de servicio sin nota desfavorable en su expediente.

En cuanto a los trabajadores de confianza se regu lan por el artículo 123 apartado B Fracción XIV que dice: la Ley - determinará los cargos que serán considerados de confianza, Las per sonas que lo desempeñen disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social."

Y en la Ley de los Trabajadores al Servicio del Es tado en su fracción I dice: " *Son trabajadores de confianza aque-- llos cuyo nombramiento o ejercicio requiera la aprobación expresa - del Presidente de la República,"*

El criterio que se sigue para caracterizar a un empleado de confianza es la índole o naturaleza de la labor desempeñada, de acuerdo con esta ejecutoria de la Corte (Sem. Jud. Fed. VI. ép. T. 14, pág. 156 T. VIII pág. 166 T. XXVI, pág. 118: T. XXXII, -- pág. 72.)

El tercer grupo alude al carácter definitivo, interino provisional, por tiempo fijo, por obra determinada, el artículo 15 de la Ley cuando habla que los nombramientos deberán contener : Fracción III. El carácter del nombramiento definitivo, interino, provisional por tiempo fijo o por obra determinada."

El cuarto grupo divide a los trabajadores de base - que se encuentran considerados en el presupuesto de egresos de la Federación y los empleados supernumerarios comprendidos en partidas - globales del presupuesto, respecto a estos últimos la Suprema Corte ha emitido la siguiente Jurisprudencia.

" En virtud de que los empleados llamados supernumerarios son aquellos que el Estado ocupa, además del número regular - y permanente de los de planta, para el desempeño de labores extraordinarias de carácter temporal, cuando las circunstancias así lo requieren y los gastos que éste origina se solventan con partidas extraordinarias destinadas al pago de los trabajadores que se encargan de tales labores, dichos empleados pueden ser contratados para desarrollar cualquier clase de servicio que desempeñen los trabajadores de planta." (Ind. 1917-1965, 4a. Sala, Tesis Jurisprudencial 197, pág. 184.)

" La circunstancia de que un Trabajador al Servicio del Estado tenga el carácter de supernumerario, no lo convierte invariablemente en empleado de confianza, ni autoriza al titular de la unidad burocrática a despedirlo sin responsabilidad en cualquier

momento, ya que solo sólo puede cesársele al terminar las necesidades del servicio que motivaron su empleo, o por el agotamiento de la partida presupuestal correspondiente, debiendo considerársele como trabajador temporal, cuya relación con el titular está sujeta al cumplimiento de las condiciones citadas." (Índice, 1917-1965, 4° Solo Tesis Jurisprudencial n.º 198, pág. 185.) (Sem. Jud. Fed. Tomo XXXIX, pág. 55, VI Época).

En el quinto grupo encontramos a los trabajadores a lista de raya o sea a los que en una forma definitiva o temporal prestan sus servicios, y a los de contrato los cuales son obra determinada.

Y la última la del sexto grupo los divide entre autoridades y auxiliares en los primeros encontramos aquellos que tienen o que están investidos de facultades de decisión o de ejecución, y los segundos su competencia es la de auxiliar a los primeros preparando los elementos necesarios pero que éstos puedan tomar sus resoluciones.

LOS FUNCIONARIOS DE HECHO.- De acuerdo a los principios de Derecho Público el Funcionario de Derecho es aquel que se haya investido de un cargo público en los términos que las Leyes determinen el acto o nombramiento o de elección del Funcionario o Empleado Público, condicionará para para éste la atribución de la situación jurídica referida y la posibilidad legal de asumir todas las facultades y responsabilidades del cargo del cual ha sido investido, Serra Rojas hace la siguiente cita, André de Lanbadere dice :

" El Funcionario Público es un Agente investido de un empleo permanente comprendido en el cuadro de un servicio público explotado por un Organismo Público, y Perrand-Charmontier agrega: el Funcionario Público es un Agente investido de un empleo

permanente, concurriendo a la gestión de un servicio público y encontrándose con respecto a la administración en una situación estatutaria de reglamentación." (90)

Por lo tanto un Funcionario de Derecho es aquel que reúne las siguientes características :

- 1.- LA LEY CREA EL PUESTO PÚBLICO CON SU RESPECTIVA ESFERA DE COMPETENCIA.
- 2.- EL FUNCIONARIO DEBE CUMPLIR CON LAS CONDICIONES EXTERNAS E INTERNAS EXIGIDAS POR LA CONSTITUCIÓN O LA LEY ADMINISTRATIVA RESPECTIVA.
- 3.- LA DESIGNACIÓN DEBE ESTAR BASADA EN LA LEY - RESPECTIVA Y POR AUTORIDAD COMPETENTE.

Los poderes que la Constitución establece es fácil de demostrar la forma como se debe obtener la investidura necesaria - para ejercer la competencia de cada uno de estos poderes, la Constitución en forma práctica en los artículos 51 a 60 establece quienes son los titulares del poder Legislativo, la forma de su elección para el desempeño de su cargo, los requisitos que deben ser satisfechos para convertirse en titulares y qué organismos tienen la responsabilidad de verificar la regularidad de la elección, en cuanto al titular del Poder Ejecutivo, los artículos 80 y 82 establecen quien es el titular, la forma de su elección y los requisitos para poder llegar a serlo, - en cuanto a los titulares del Poder Judicial se presenta la misma situación en los artículos 94 y 101 de la Constitución.

Las funciones atribuidas a cada uno de los poderes

(90).- Opus cit. pág. 363.

se encuentran emanadas de la Constitución, y solamente pueden ejercitar se por sus titulares, y estos deben estar en forma legítima como funcionarios de derecho, que no es otra cosa que la observancia de las prescripciones de la Constitución y de las Leyes en general, como LOPPE, que fija el procedimiento para la elección o la designación correspondiente, de igual forma se puede hablar de los cargos públicos regulados por leyes secundarias, no se consideran como funcionarios legítimos o de jure las personas que hayan ingresado a dichos cargos sin observar estas leyes.

Despues de haber analizado lo anteriormente expuesto los funcionarios de hecho tienen dos características principales :

a).- *tienen un nombramiento viciado y b).- carecen totalmente de nombramiento.*

Esta irregularidad en la investidura en lo que caracteriza al Funcionario de hecho, por lo tanto no pueden actuar en representación del poder público, en vista de que no han satisfecho las condiciones exigidas por la Ley, y como efecto no existe competencia atribuida al cargo, en el Semanario Judicial de la Federación Gobierno de Facto, Tomo II, pág. 1135 define al funcionario de dicho en los siguientes términos : " *Funcionario de hecho es aquel que, en ciertas condiciones, ocupa una función, ejerce la competencia, realiza actos con una investidura irregular y ejerce la función en virtud de una investidura plausible.*", *usurpar una función es ejercerla sin la investidura correspondiente, los actos de los funcionarios de hecho y de los usurpadores representan un problema de validez frente a terceros - dicha validez tiene que reconocerse con algunas limitaciones, dada la exigencia del interés público de dar seguridad a las relaciones jurídicas que se originen, por razones de equidad y de necesidad originan la obligación de sostener dichos actos en relación a la protección de la persona que se ha visto en la necesidad de actuar frente a un Funcionario que en apariencia es legítimo, no siendo razonable y por el*

contrario inusitable exigir al público que se ha visto en la necesidad de actuar frente a un Funcionario, un acto fuera del lugar consistente en que le muestre la legalidad de su situación y por consiguiente que esté investido de la atribución del cargo que desempeña, también debemos pensar si estamos frente a un período normal o anormal, en tiempos normales los actos de los Funcionarios de hecho tienen validez y producen efectos jurídicos, siempre que el autor tenga la apariencia de un Agente Público regular, competente para llevar a cabo el acto y la opción pública lo considerara investido regularmente de la función, en épocas anormales debe distinguirse la actuación pacífica, pública y normal en cuánto cuenta con la aceptación del público, ofreciendo una aparente legalidad y los casos contrarios, el Código Penal para el Distrito Federal, en su capítulo VII referente a la usurpación de funciones públicas o de profesión y uso indebido de condecoraciones ó uniformes en su artículo 250 expresa :

" SE SANCIONARÁ CON PRISIÓN DE UN MES A CINCO AÑOS Y MULTA DE CINCO A DIEZ MIL PESOS,

- I.- AL QUE SIN SER FUNCIONARIO PÚBLICO SE ATRIBUYA ESE CARÁCTER Y EJERZA ALGUNA DE LAS FUNCIONES-DE TAL;
- II. AL QUE SIN TENER TÍTULO PROFESIONAL O AUTORIZACIÓN PARA EJERCER ALGUNA PROFESIÓN REGLAMENTADA EXPEDIDOS POR AUTORIDADES U ORGANISMOS--LEGALMENTE CAPACITADOS PARA ELLO, CONFORME A LAS DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS DEL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL.

- a).- Se atribuya el carácter de profesionista.
- b).- Realice actos propios de una actividad profesional, con excepción de lo previsto en el -

3er. párrafo del artículo 26 de la Ley Reglamentaria de los artículos 4° y 5° Constitucionales.

- c).- Ofrezca públicamente sus servicios como profesionalista.
- d).- Use un título o autorización para ejercer algunas actividades.
- e).- Con objeto de lucrar, se una a profesionistas legalmente su autorización con fines de ejercicio profesional o administre alguna Asociación profesional;

III. Al extranjero que ejerza una profesión reglamentada sin tener autorización de autoridad competente ó despues de vencido el plazo que aquella le hubiere concedido;

IV.- Al que usare uniforme, insignia, distintivo o condecoración a que no tenga derecho.

A los capítulos precedentes, el artículo 251 expresa: " Si el falsario hiciera uso de los documentos u objetos falsos que se detallan en este título se acumularán la falsificación y el delito que por medio de ella hubiere cometido el delincuente."

LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS en su artículo 3o. considera como delito oficial en su fracción IV LA USURPACION DE ATRIBUCIONES, en tiempos normales el Funcionario de hecho no debiera ser sancionado, solamente en el caso de que no pudiera ignorar en forma razonable su irregularidad o la terminación de su investidura, a pesar que el ejercicio sea pacífico público y aceptado en forma general, es deseable la sanción penal como medio preventivo del ejercicio de la función pública por

las personas que no son legítimas.

La teoría de los funcionarios de hecho es importante debido a los problemas relacionados con la validez de los actos de los funcionarios que se estiman de derecho, así como el fincar los derechos y responsabilidades de los mismo, el problema no solo le interesa al Derecho Administrativo sino al Derecho Internacional cuya y origen del Funcionario de hecho o facto, sucede cuando un Estado reconoce el Gobierno de otro que no está legalmente establecido, sino por consecuencias revolucionarias, el Gobierno de hecho para responsabilizar a un Estado frente a otros crea problemas en el ámbito del Derecho Internacional.

Pero para el caso particular de esta tesis nos interesa el punto de vista del Derecho Administrativo, porque en éste se regula la función pública y en consecuencia la sanción por la irregularidad de la investidura del titular del órgano administrativo, de ese modo también las consecuencias frente a los particulares y para la misma administración que revisten los actos de los Funcionarios, a esto le queremos agregar lo que la doctrina norteamericana señala, diciendo que existe el Funcionario de hecho en los siguientes casos :

- a).- *Cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña un puesto público bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como Funcionario Legítimo.*
- b).- *Cuando la elección o el nombramiento, han existido y son válidos, pero el Funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal.*

- c).- Cuando ha habido elección o nombramiento, pero el Funcionario es inelegible o falta de competencia al Órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia, y esas circunstancias son desconocidas por el público.
- d).- Cuando el nombramiento ó elección se han hecho de acuerdo con una Ley que más tarde se declara inconstitucional.

Serra Rojas cita al maestro Villegas Basavilbaso - quien expresa que se reúnan las condiciones siguientes para la existencia del Funcionario de hecho.

- a).- Debe existir la función que se ejerce reconocida por la Ley;
- b).- Debe estar realmente en posesión de la función.
- c).- Debe ejercer la función bajo la apariencia de legitimidad, de título o autoridad. (91)"

En cuánto al usurpador debemos entender aquel que - por un medio no legal y que sin título asume la función que ya es ocupada por otro en forma pacífica, pública y con aceptación general, y - por lo general se dá a nivel de Gobierno.

Al respecto el Maestro Gabino Fraga cita la opinión de Throusseau quien señala : " Solamente existen dos categorías : individuos que son Funcionarios e individuos que no lo son. Pero entre estos últimos, algunos caen bajo la sanción de la Ley Penal y son (91).- Opus cit. pág. 364.

calificados, penalmente hablando, de usurpadores." (92)

Concluyendo este inciso debe establecerse una relación lógica entre la función legal y la persona que al ejercerla no está legitimada, las personas que tratan con un Funcionario Público - en principio y de acuerdo a sus medios tiene la presunción de que está frente a un Funcionario de Derecho, y podemos establecer que existen tres clases de funcionarios y estos son: *Los Funcionarios de Derecho, de hecho y los usurpadores.*

En nuestro Derecho Mexicano se habla como ya vimos de usurpación en forma personal y no de Gobierno, y así también se habla de la usurpación pacífica no la violenta, que ocurre cuando existen revoluciones, y que se dan generalmente contrariando y violando - la Constitución del País que se trate, debemos entenderla como la falsa atribución o la ilegítima atribución de facultades inherentes a - cargos públicos y profesiones reglamentadas.

2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES.

Al haberse incorporado las bases que rigen las relaciones jurídicas entre el Estado y sus trabajadores en la Sección B del artículo 123 Constitucional, cualquier consideración sobre la Constitucionalidad de esta Ley, resulta infructuosa y no dejar beneficio alguno, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje y la Suprema -- Corte habían emitido los siguientes puntos de vista y tesis para la -- Constitucionalidad en relación a las leyes anteriores que hemos mencio (92).- Opus cit. pág. 162.

nado en el inciso anterior.

El Tribunal de Conciliación y Arbitraje sostuvo lo siguiente : " El Estatuto de los Trabajadores al servicio de los Poderes de la Unión, es Ley Reglamentaria de la Fracción II del artículo 89 Constitucional y en consecuencia, a partir de su promulgación los nombramientos y en consecuencia, a partir de su promulgación los nombramientos y remociones de los trabajadores federales deben hacerse de acuerdo con las disposiciones de dicho Estatuto. No puede alegarse -- que la Fracción II del artículo 89 Constitucional concede facultades -- al Ejecutivo para nombrar y remover ligeramente a los empleados públicos pues tal facultad está limitada por el propio Estatuto que tiene -- el carácter de Ley Reglamentaria de dicha Fracción Constitucional." (Resoluciones del Tribunal de Arbitraje, Exp. R. 89/939, 71/943).

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

" Las impugnaciones contenidas se enderezan contra el Estatuto Jurídico de los Trabajadores al Servicio del Estado y dicho ordenamiento por haber sido expedido por las autoridades constitucionales y competentes y por haber sido promulgado por el Ejecutivo Federal lo que tácitamente significa su consentimiento con la limitación de sus facultades, debe ser respetado. En la misma Ejecutoria elude -- tratar sobre la Constitucionalidad o inconstitucionalidad del propio -- Estatuto manifestando que el quejoso no señaló a dicho cuerpo de leyes como acto reclamado." (El Estatuto de los Trabajadores al Servicio -- del Estado, prevalece sobre los reglamentos de condiciones generales -- de trabajo. Sem. Jud. Fed. 5a. Ép. T. 5 pág. 59, y T. 6 pág. 49).

LA DESIGNACIÓN DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS.- La designación hace suponer la existencia del nombramiento de

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

a).- *Nombramiento de Empleados de Confianza, son los que menciona el artículo 5º. de la Ley y los casos especiales señalados en otras leyes, y estos pueden por su categoría ser nombrados y removidos libremente por el Ejecutivo.*

b).- *Nombramiento de empleados supernumerarios, existe similitud con los empleados de confianza, la erogación de sus sueldos hablamos dicho se registran en una partida global del presupuesto de cada Dependencia, con anterioridad se dijo que estos gozarán de los mismos derechos que los trabajadores protegidos por la Ley lo que ha suscitado que los sindicatos y comisiones lleguen a arreglos, de esta manera en algunas ocasiones se cumple lo dicho con aquellos trabajadores que tienen más de cinco años de prestar sus servicios.*

c).- *Nombramiento de empleado de base, estos trabajadores están amparados por toda la extensión de Ley respectiva digno de mencionarse es el derecho de inmovilidad, que se refiere a los de último ingreso una vez que se han corrido todos los escalafones, en el artículo 6º de la Ley dice: los trabajadores de base " los no incluidos en la enumeración anterior y que, por ello, serán inamovibles. Los de nuevo ingreso no serán inamovibles sino después de seis meses de servicio sin nota desfavorable en su expediente."*

En el Derecho Administrativo moderno el puesto público es una síntesis de labores, derechos, delegaciones, responsabilidades, la persona que deba asumir el ejercicio de la función pública debe reunir las condiciones exigidas por la Ley para el caso, por su parte el Estado tiene el deber de asegurar la observancia de esas condiciones para hacer de la administración una función eficiente al servicio de la sociedad. El artículo 123 Constitucional apartado B Fracción VII ordena:

" La designación del personal se hará mediante sistemas que permitan apreciar los conocimientos y aptitudes de los aspirantes. El Estado organizará escuelas de administración pública."

En cuanto al escalafón es un sistema organizado para promociones de ascensos al personal y autorizar permutas, basada la promoción en los conocimientos, la aptitud, la antigüedad, la disciplina y la puntualidad, factores estos determinantes en la decisión del candidato al ascenso, a la luz de la teoría puede afirmarse que la selección tanto del personal de nuevo ingreso como la promoción de ascenso es un filtro selectivo de mucha calidad, sin duda con las escuelas de administración pública y estos elementos selectores hacen que la administración pública trata de mejorar frente a los problemas complejos que cada día tiene que enfrentar por el aumento demográfico y la constante intervención necesaria del Estado, teniendo en cuenta que una mala administración es una perturbación del desarrollo social.

d).- El artículo 57 de la Ley dispone : Los titulares darán a conocer a las Comisiones Mixtas de Escalafón las vacantes que se presenten dentro de los diez días siguientes en que se dicte el aviso de baja o se apruebe oficialmente la creación de plazas de base.

e).- Los empleados a lista de raya, a los trabajadores temporales, por obra determinada ó

por tiempo fijo, el artículo 12 de la Ley que el nombramiento de estos empleados se circunscribe a las condiciones bajo a las cuales - fueron nombradas.

f).- Los empleados por contrato civil o bajo hono- rarios, son empleados de confianza y sujetos también a las bases de su contratación según artículo 6° de la Ley.

g).- Reingreso a la función pública, se deben ob- servar los artículo 64-65 que fijan el régi- men del mismo, y en cuanto a las permutas e inconformidades, el ar- tículo 66 dice que el Reglamento respectivo será la base legal.

h).- Las obligaciones cívicas materiales relaciona- das con el acceso a la función pública son : Nacionalidad, Edad y Sexo, la moralidad del empleado, servicio mili- tar obligatorio, aptitud física.

NACIONALIDAD.- Es una idea casi universal de que nadie puede ser nombrado en un empleo público, si no es nacional, de esta manera en México debe ser de nacionalidad mexicana, y en - el artículo 9 de la Ley se establece la excepción a la regla. " Los trabajadores de base deberán ser de nacionalidad mexicana y só lo podrán ser sustituidos por extranjeros cuando no existan mexica nos que puedan desarrollar el ejercicio respectivo. La sustitución será decidida por el titular de la dependencia oyendo al Sindicato." decíamos que marca la excepción y también abre el camino para que - extranjeros ocupen puestos de confianza, por otro lado el artículo- de esta misma Ley en su fracción I ordena que los nombramientos de- berían contener la nacionalidad del nombrado.

El artículo 32 de la Constitución establece :

" Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones del Gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadanos. En tiempos de paz ningún extranjero podrá servir en el ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública", en este artículo existe un derecho de preferencia hacia los mexicanos y una opción interpretando el artículo contrario-sensu en tiempos de guerra:

De acuerdo al artículo 30 de la Constitución existen tres grupos en relación a la nacionalidad.

- 1.- Requisito de la nacionalidad.
- 2.- Requisito de la nacionalidad por nacimiento
- 3.- Requisito de la nacionalidad por nacimiento y ser hijo de padres mexicanos por nacimiento.

EDAD Y SEXO.- Tienen capacidad legal para ser nombrados y aceptar este los mayores de 16 años, así como percibir el sueldo correspondiente y para ejercitar las acciones derivadas de la Ley, así en cambio existen puestos públicos en que la Ley marca que el nombrado y designado debe cumplir con ciertos requisitos de edad; por ejemplo para poder ser Presidente se requiere tener 35 años cumplidos al tiempo de la elección de acuerdo al artículo 32 Fracción II de la Constitución, otro ejemplo clásico es el de Secretario de Estado requisito tener 30 años cumplidos al momento de la designación según artículo 191 Constitucional.

LA MORALIDAD DEL EMPLEADO.- En forma universal la doctrina administrativa considera que ninguna persona puede ser nombrado si no tiene el pleno ejercicio de sus derechos cívicos y tiene una moral irrefutable, dentro de las obligaciones de los trabajadores, la Ley en su artículo 44 Fracción II establece: observar bue-

nas costumbres dentro del servicio.", y la misma Ley establece como causal de cese, el hecho de cometer actos inmorales durante el trabajo artículo 46 fracción V inciso D de la Ley.

APTITUD FISICA.- Este requisito es elemental para desempeñar un puesto público si no son reunidas las condiciones de salud físicas y psíquicas, de lo contrario el ejercicio se vería impedido de buenos resultados, al ingresar así como al promocionarse el empleado debe de estar libre de enfermedades que disminuyan sus facultades para el buen desempeño de su cargo, así está regulado por el artículo 88 fracción IV que dice: " Las fechas y condiciones en que los trabajadores deben someterse a exámenes médicos previos y periódicos", y por otro lado es causal de cese la incapacidad permanente del trabajador, física o mental, que le impida el desempeño de sus labores.

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

El nombramiento debe contener de acuerdo al artículo 15 de la Ley :

- I. Nombre, Nacionalidad, Edad, Sexo, Estado Civil y Domicilio.
- II Los servicios que deben prestarse, los que se determinarán con la mayor precisión posible.
- III. El carácter del nombramiento: definitivo, interino, provisional por tiempo fijo o por obra determinada.

- IV. La duración de la jornada de trabajo.
- V. El sueldo y demás prestaciones que habrá de percibir el trabajador.
- VI. El lugar en que prestará sus servicios.

Por otro lado encontramos que el artículo 12 de la Ley expresa : *Los trabajadores prestarán sus servicios en virtud de - nombramiento expedido por el Funcionario facultado para extenderlo ó por estar incluidos en las listas de raya de trabajadores temporales, para obra determinada o por tiempo fijo."*

" El nombramiento es el documento público que contiene el acto de voluntad del Estado, que crea la relación del servicio, la protesta de Ley, la categoría, sueldos y partida afectada: o por el solo hecho de figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales. No se necesita ni siquiera un nombramiento con determinados requisitos sino solo la inclusión del nombre en cualquiera lista de raya." (Res. del Trib. Arb. exp. 512/042.)

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

- 1. Preferir en igualdad de condiciones, de conocimientos, aptitudes y antigüedad a los trabajadores sindicalizados respecto de quienes no lo es tuvieren, a los veteranos de la Revolución, a los supervivientes de la invasión norteamericana de 1914; a los que con anterioridad les hu-

bieren prestado satisfactoriamente servicios y a los que acrediten tener mejores derechos conforme al escalafón.

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES.- La primera obligación es la que estatuye la Constitución en el artículo 128 que dispone " Todo Funcionario Público sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las Leyes que de ella emanen." La protesta es promesa legal y política que liga al servidor público con el Estado con efectos jurídicos relacionados con la función pública así complementando encontramos el artículo 130 Constitucional fracción IV que ordena " La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la Ley.

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

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

- a).- *Responsabilidad de desempeñar sus labores con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, -*

sujetiéndose a la dirección de sus jefes y a las leyes y reglamentos respectivos.

- b).- *El empleado está obligado a desempeñar sus labores durante su horario de trabajo es decir observar una continuidad en el ejercicio de funciones.*
- c).- *El empleado debe desempeñar en forma personal aquellas funciones que así lo requieran no debe distraer su atención con otras actividades personales u oficiales que no le son encomendadas en horas de trabajo.*

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

Obligación de obediencia, es " *deber del empleado someterse a la dirección de sus jefes y obedecer las órdenes superiores jerárquicas, y cumplir con las obligaciones que le impongan el - Reglamento Interior del Trabajo" (art. 44 fracción I y III de la Ley respectiva).* En toda organización la obediencia resulta esencial para el funcionamiento de actividades dirigidas a obtener un objetivo, en la organización pública existe esa organización y existe un orden jerárquico de titulares y auxiliares, siendo estos últimos subordinados de los titulares, si no se da la obediencia la unidad de acción se rompe, el poder de dar órdenes es lo que se llama poder jerárquico, que comprende el poder de anular o modificar el actual del - -

subordinado, Serra Rojas cita al respecto a Walire dice que la jerarquía se explica por varias razones " a) el superior jerárquico tiene un papel de coordinador de actividades, b) vigila la unificación de las prácticas administrativas y c) el tiene una competencia técnica más grande o una más larga experiencia, por lo menos cuando se trata de un Funcionario de carrera. [93]

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

Obligación de fidelidad, en relación al cargo que desempeña le son inherentes el conocer de determinados asuntos de los cuales deben guardarse las reservas necesarias, esta reserva es con el fin de no poner en peligro al Estado o los intereses públicos, dicho deber implica el abstenerse de dar a conocer secretos que no deben saber gente ajena a la posición y función pública y se impone como obligaciones al Funcionario Público que de no cumplirse se tipifican como delitos y estos son: a) secreto profesional y b) la reserva tipificada en el Código Penal Vigente para el Distrito Federal.

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

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

(93).- Opus cit. págs. 389 y 390

La tesis jurisprudencial número 435, Suprema Corte. traslados de los empleados :

"Debe negarse la suspensión que solicite un empleado público contra la determinación del titular de la Oficina en que -- presta sus servicios, por la cual se le ordene que para el desempeño -- de los mismos se traslade de un lugar a otro; y no puede alegarse en -- contrario, que los titulares de las oficinas que realizan servicios pú -- blicos, en cuyo desempeño eficiente se encuentran interesados la socie -- dad y el Estado, están obligados a justificar las razones o causas que -- motiven el traslado de sus empleados, tanto más, cuanto que esta cues -- tión no puede ser materia de la resolución del incidente de suspensión.

Trabajadores al servicio del Estado, deben acatar, desde luego, las órdenes que se les dan para que se trasladen de un -- lugar distinto del que presten sus servicios, sin perjuicio de que -- cuando consideren injustificado ese cambio de adscripción o lo estimen -- lesivo de sus intereses personales, ejerciten en su oportunidad, la -- acción procedente, ya que en este caso, como en todos los de la misma -- índole, debe entenderse que los intereses particulares de los trabaja -- dores están subordinados a la mejor y mas eficaz realización de los -- servicios públicos." (pág. 1317 T. VIII 5a. ejecutoria.)

Así de esta manera existen condiciones para cuando el traslado es por orden del titular de la Dependencia y cuando es un traslado voluntario del trabajador pero en forma principal se puede -- dar por las siguientes causas :

- a).- *Por reorganizaciones o necesidades del servicio debidamente justificadas.*
- b).- *Por desaparición del centro de trabajo.*
- c).- *Por permuta debidamente autorizada*

d).- *Por fallo del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.*

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

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

a).- *Las faltas leves se sancionan administrativamente por el poder disciplinario de la administración, el cual tiene el derecho - de imponer medidas correctivas de la misma naturaleza en relación a la falta cometida, pudiendo llegar hasta la suspensión o cese.*

b).- *Cuando el incumplimiento deriva en delitos del orden penal se origina una responsabilidad penal, y los autores deben ser consignados a las autoridades correspondientes.*

c).- *El tercer tipo corresponde al orden civil que se origina una responsabilidad civil- ó patrimonial por las lesiones que se - -*

producen en los bienes del Estado o de particulares.

La Suprema Corte ha emitido esta tesis al respecto

" El Funcionario o Empleado Público es responsable del incumplimiento de los deberes que le impone la función que desempeña. La responsabilidad puede ser de índole administrativo, civil o personal. La responsabilidad administrativa se origina por la comisión de faltas disciplinarias y da lugar a la imposición de correcciones de carácter, también disciplinario. La Fracción I del artículo 238 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría de la Federación, que establecía las tres clases de responsabilidad - que se acaban de mencionar, definía a la primera de ellas en los siguientes términos: " Administrativas cuando se refieren a faltas u omisiones en el desempeño de las labores y que pueden ser corregidas mediante procedimiento puramente administrativo."

Se está en presencia de la responsabilidad civil cuando el incumplimiento de las obligaciones públicas se traduce en un menoscabo en el patrimonio del Estado. En ese caso se trata de una responsabilidad exclusivamente pecuniaria, que se establece con el único fin de resarcir al Estado de los daños sufridos. La Fracción II del precepto invocado consideraba como responsabilidades de este tipo aquellos que provengan de faltas o errores cometidos en el manejo de fondos o bienes que traigan aparejadas la pérdida o menoscabo de dichos bienes. O las que se originan por satisfacer las prestaciones derivadas de contratos celebrados con el Gobierno Federal o sus Dependencias. Y por último las que emanan de la comisión de un delito. " Y se incurre en responsabilidad penal cuando en el ejercicio de sus funciones el empleado o funcionario ejecuta un hecho que la Ley considera como delito. La Fracción II del mismo --

artículo 238 empleaba la siguiente definición : " Penales cuando provengan de delitos o faltas previstas por la Ley Penal."

La fuente de las tres clases de responsabilidades se encuentra en la Ley de tal manera que en todo caso tendrá que ocurrirse al derecho positivo para determinar la responsabilidad correspondiente a un hecho determinado si el autor puede ser simultáneamente responsable de las tres órdenes por la misma falta y la autoridad puede declararla. Ahora bien, si el quejoso era empleado federal y al entregar el puesto que desempeñaba se encontro un faltante en las existencias que estaban bajo su guarda y la autoridad administrativa considerando que el faltante de bienes de la Federación podría constituir la comisión de un delito y por lo mismo que estaba en el caso de responsabilidad penal, denunció los hechos al Ministerio Público y éste ejerció la acción penal correspondiente, se dictó Auto de Formal Prisión contra el quejoso por el delito de peculado, y se sobreseyó en el proceso por haber formulado el representante social con-clusiones acusatorias." (Sem. Jüd. Fed. T. 80, pág. 486, V. ép. Sem. Jud. VI ép. 4a. Sala T. XXVII, pág. 50; T. XXIV, 4a. Sala pág. 123 V época.)

El poder disciplinario es la facultad que tiene el Estado para sancionar a sus servidores por el incumplimiento de su deber en el ejercicio de su encargo, dicho poder permite a la administración pública corregir errores y anomalías dirigiendo la acción administrativa con eficiencia y moral.

Este poder disciplinario se encuentra en forma -interna en la administración a diferencia del derecho penal que es externo e implica a otras personas.

En el medio de asegurar el cumplimiento de la relación jerárquica y de los deberes impuestos por la función pública. De acuerdo con nuestro sistema laboral administrativo, estas sanciones - que se producen por las faltas en el orden interno pueden ser impuestas en dos formas, directamente por la administración pública y a solicitud de ésta ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

Según el artículo 87 de la Ley respectiva, los titulares de la Dependencia respectiva deben fijar oyendo al Sindicato respectivo correspondiente y en el artículo 88 se habla de las condiciones disciplinarias y la forma de aplicarlas.

La determinación de las faltas disciplinarias presenta varias dificultades, de la manera que no pueden señalarse una a una las obligaciones de cada empleado, tampoco puede hacerse una enumeración de sus infracciones y por regla general las disposiciones legales se limitan ante esa imposibilidad a definir la falta disciplinaria como la falta de cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo, la doctrina administrativa reconoce como las sanciones más importantes: *El apercibimiento, multa, traslado de residencia, suspensión del empleo, pérdida de un derecho en el escalafón y cese, a excepción de la multa las demás están consideradas en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.*

La Suprema Corte ha resuelto: " Que carece de facultades para decidir si una falta cometida por un empleado debe ser dispensada o no, ya que esta cuestión solo corresponde a la facultad discrecional de la autoridad responsable y es así que la Corte cometerla una censurable sustitución de criterio si interviniera en la calificación de dichas faltas, por la sala inconformidad injustificada del interesado." (Sem. Jud. Fed. V. Ep. T. 112, pág. 835.)

En la actualidad la gran mayoría de Dependencias tienen un Reglamento Interno de Trabajo donde se expresan las condiciones generales de trabajo.

No debemos confundir el poder disciplinario con el derecho penal, aunque los dos tengan el carácter de procedimiento represivos para fines sociales, el derecho penal en cuanto a su aplicación es general en cambio el poder disciplinario es particular y se aplica solo a los funcionarios y empleados en el ejercicio de su cargo la gama y gravedad de las sanciones penales son más amplias, en cambio el poder disciplinario usa procedimiento para la imposición como en el cese.

La responsabilidad civil nace cuando se causa un perjuicio a la administración o a los particulares en los casos señalados, ese perjuicio es la disminución total o parcial de los bienes del Estado, y esta debe repararse civilmente, correspondiendo a la Legislación Administrativa de fijar la naturaleza de esta acción y los procedimientos para hacerlos efectivos.

Y de acuerdo a la Constitución en su artículo 114 - encontramos : " *En demandas del orden civil no hay fuero, ni inmunidad, para ningún funcionario público.*"

La doctrina precisa que la responsabilidad civil de los empleados públicos no se puede considerar tan absoluta como la de los simples particulares, porque el particular actúa por su cuenta y el Funcionario en el ejercicio de sus funciones y el Funcionario debe actuar en un conjunto de disposiciones diversas que a veces es excusable su culpa, cualquier acto administrativo puede tener consecuencias incalculables, de otro modo una responsabilidad rigorista frenaría la iniciativa del Funcionario, la Administración tiene un derecho a exigir de sus servidores:

- a).- *Que respondan por los daños o perjuicios en los bienes estatales.*
- b).- *Que respondan por los daños o perjuicios que se ocasionen a los bienes de los particulares, cuando estos tengan derecho a reclamar al Estado y siendo que Ésta responde de los actos de sus servidores.*

Esta responsabilidad de lesión al patrimonio del Estado en forma regular se traduce en la indemnización de daños y -perjuicios, pero con frecuencia se dispersa en la jerarquía administrativa o se reduce a meras sanciones disciplinarias.

Los funcionarios que tienen fondos bajo su responsabilidad deben otorgar garantías por los perjuicios que sufra el --Estado.

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

Delitos comunes de los servidores públicos se pueden clasificar en dos : *los cometidos por los altos funcionarios de la Federación y los cometidos por los demás funcionarios y empleados es decir los que tienen fuero y los que no lo tienen.*

- a).- *Los delitos comunes cometidos por los altos funcionarios de la Federación son aquellos que se incurren con motivo del ejercicio de la función que se ha denominado " protegida por fuero."*

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

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

Los delitos del orden común de los altos funcionarios estan regulados por el artículo 108 de la Constitución que establece : *" Los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios del Despacho y el Procurador General de la República -- son responsables por los delitos comunes que cometen durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo cargo.*

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

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

Sin ser tema a discusión pensamos que el no haber hecho una enumeración de los delitos graves del orden común que pueda cometer el Presidente, obedeció a razones políticas y no por razones de derecho, el haber hecho una enumeración al principio se limitaría el texto Constitucional pero se salvaría con modificaciones posteriores y esta práctica sería más sana que dejarlo a una actitud discrecional con matices políticos que residen en la Cámara de Diputados y que no todos son entendidos del Derecho y estan por

aciones políticas.

En el caso de altos funcionarios se requiere un procedimiento previo de desafuero ante la Cámara de Diputados y después ante la Cámara de Senadores, y para desaforar se necesita votar se, los altos funcionarios de la Federación no gozan de fuero constitucional por los delitos comunes, delitos, faltas u omisiones oficiales en que incurran durante el desempeño de sus funciones o con motivo de algún empleo, cargo público o comisión que hubieren aceptado en el período en que disfruten de aquel fuero.

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

Delitos Comunes ante los Tribunales del Orden Común del Distrito Federal.

Delitos Federales ante los Tribunales Federales en toda la República.

Delitos Especiales son aquellos delitos comunes que por ser cometidos en forma exclusiva por -- Funcionarios y Empleados, dicha calidad exigida en el elemento tipificante para determinar estos delitos o su gravedad.

El Código Penal del Distrito Federal Vigente -- ubica en un renglón especial los delitos cometidos por Funcionarios Públicos y estos son :

Ejercicio indebido o abandono de funciones públicas artículo 212.

Abuso de Autoridad. Artículo 213 y 214.

Coalición de Funcionarios artículo 215 y 216.

Cuhecho artículo 217 y 218.

Peculado y Concusión artículo 219, 220, 222, 223 y 224.

En algunos casos se agrava la responsabilidad como ya habíamos visto anteriormente en los casos de secretos y reserva de información confidencial.

Delitos y Faltas Oficiales de los Servidores del Estado, de acuerdo a los artículos 108 y 111 párrafo V de la Constitución el delito oficial se configura con los siguientes elementos:

- a).- Un acto u omisión cometido por un Funcionario o Empleado Público.
- b).- Hecho en el ejercicio de ese mismo cargo.
- c).- Que crea un perjuicio de los intereses públicos y el buen despacho.
- d).- Aún cuando no hayan tenido antes carácter delictuoso.

Tanto la Constitución como la Ley de Responsabilidades consideran dos grupos los delitos y faltas oficiales de los altos funcionarios y los delitos y faltas de los funcionarios y empleados.

En el artículo 4° de la Ley de Responsabilidades establece : *Son faltas oficiales las infracciones que afecten de manera leve los intereses públicos y del buen despacho y no trasciendan al funcionamiento de las Instituciones y del Gobierno en que incurran los funcionarios o empleados durante su encargo o con motivo del mismo y se sancionan con la suspensión del nombramiento por un término no menor de un mes ni mayor de seis meses.*

En cuánto a la discusión que hacíamos entre altos funcionarios y funcionarios y empleados es únicamente en cuánto al fuero que debe observarse el mismo procedimiento requerido por la Constitución y en cuánto a las sanciones que le son aplicadas a uno y otros de acuerdo a su investidura y cargo.

La Ley de Responsabilidades considera como delitos oficiales son los siguientes :

- I.- El ataque a las Instituciones Democráticas.
- II.- El ataque a la forma de Gobierno Republicano, representativo federal.
- III.- El ataque a la libertad de sufragio;
- IV.- La usurpación de atribuciones;
- V.- Cualquier infracción a la Constitución ó las Leyes Federales, cuando causen perjuicios graves a la Federación o a uno ó varios Estados de la misma, o motiven algún trastorno en el funcionamiento normal de las Instituciones.

- VI.- Las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior.
- VII.- Por las violaciones sistemáticas a las garantías individuales o sociales.
- VIII.- En general los demás actos u omisiones en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, siempre que no tengan carácter delictuoso conforme a otra disposición legal que los defina como delitos comunes.

Los delitos que se refiere este artículo no se cometerán mediante la expresión de las ideas.

Y en el artículo 10 de la misma Ley establece -- las sanciones para los altos funcionarios y para los demás funcionarios y empleados públicos.

" La sanción de los delitos oficiales será la destitución del cargo de que el responsable se encuentre investido e inhabilitado por un término no menor de cinco ni mayor de diez años.

Las faltas oficiales de los funcionarios y empleados que no gocen de fuero se mencionarán con la suspensión del cargo por un término no menor de un mes ni mayor de seis meses o inhabilitación hasta por un año para obtener otro cargo. La sanción se impondrá sin perjuicio de la reparación del daño, quedando expedito el derecho de la Federación o de los particulares para exigir ante los Tribunales competentes la responsabilidad pecuniaria que hubiese contraído el funcionario o empleado.

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

En cuánto al enriquecimiento inexplicable no es propiamente un delito sino una investigación y que la medida administrativa es la retención de bienes de los cuales no se puede acreditar la propiedad.

La Responsabilidad Política surge cuando los servidores del Estado, de modo principal los altos funcionarios tienen diferencia de opiniones con la que hacen los órganos legislativos al señalar la política general del Estado.

El artículo 93 de la Constitución ordena ;

" Los Secretarios del Despacho y los Jefes de los Departamentos Administrativos, luego que este abierto el período de sesiones ordinarias, darán cuenta al Congreso del Estado que guardan sus respectivos ramos.

Cualquiera de las Cámaras podrá citar a los Secretarios de Estado y a los Jefes de los Departamentos Administrativos, así como a los directores y administradores de los organismos descentralizados federales o de las empresas de participación estatal mayoritaria para que informen cuando se discuta una Ley o se estudie un negocio concerniente a sus respectivos ramos y actividades.

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

empresas de participación estatal mayoritaria.

Los resultados de las investigaciones se harán del conocimiento del Ejecutivo Federal.

Las Cámaras solicitarán al Ejecutivo la presencia de estos funcionarios para que informen sobre los fundamentos de los proyectos de Ley que conciernen a sus actividades.

3.- SITUACIÓN JURÍDICA DEL FUNCIONARIO AL TÉRMINO DE FUNCIONES.

La situación jurídica a la cual nos referimos en este inciso es la relacionada con el fuero y la responsabilidad penal y oficial del funcionario y empleado público.

La Constitución considera responsables a todos los funcionarios de toda clase de delitos y faltas basada en el principio de la igualdad ante la Ley, sin embargo existen funcionarios y funciones que la Constitución ha querido que no pueden ser perseguidos por actos punibles que cometieren, durante el tiempo que desempeñan sus funciones, a menos que precisamente lo autorice la correspondiente Cámara de la Unión. De esta manera se establece la inmunidad durante el tiempo del encargo no la impunidad que algunos funcionarios creen tener con respecto a la Ley.

Esta inmunidad en cuanto a su poseedor le crea una exención respecto de la jurisdicción común, y a esto se le conoce con el nombre de " fuero ", y este debe ser entendido no como que su objeto sea el de constituir un privilegio en favor del funcionario, pues sería contrario a la igualdad del regimen democráti-

co sino que su objetivo es el de proteger a la función de los amagos del poder o de la fuerza.

Tena Ramírez dice : *Las amenazas para impedir el ejercicio de sus funciones a los integrantes de los Poderes Legislativos y Judicial pueden provenir principalmente del Ejecutivo, mediante detenciones arbitrarias. Aunque en menor medida, también existe el peligro de que las autoridades judiciales interfieran indebidamente en el ejercicio de las funciones de los otros dos Poderes mediante procesos u órdenes de aprehensión contra sus miembros. Para detener estos posibles abusos se erige el fuero que solo cede ante la resolución del Organó Legislativo competente. En cambio, no existe defensa constitucional contra el abuso de potestad de desaforar de que está investido el Organó Legislativo. Sin la voluntad de las Cámaras, ni el Presidente de la República, ni la Suprema Corte podrán jamás separar su encargo a los miembros de las Cámaras, pero estos si pueden -- por su sola voluntad, destituir al Presidente de la República y a los Ministros de la Corte. Y es que aquí, al igual que como lo observamos en las decisiones de inconstitucionalidad de la Corte, la instancia final es jurídicamente incontrolable.*" (94)

La privación del fuero con el fin que el Funcionario responda ante los Tribunales competentes del delito que se le imputa es lo que se conoce como desafuero, y este solamente tiene lugar cuando al Funcionario se le separa de su cargo o bien cuando termina, de acuerdo a la Ley su designación o nombramiento por que el fuero es inherente al cargo público no al funcionario como veremos en los siguientes conceptos.

Durante el tiempo que dure la función, se tiene que recurrir a las Cámaras para poder desaforar a un Funcionario, y

(94).- Tena Ramírez Felipe.- Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa, México 1976. pág. 584.

se presentan dos cuestiones, si la resolución de la Cámara es en un sentido negativo el Funcionario conserva el fuero y con él mientras no expire la vigencia de la función, la prerrogativa de no ser enjuiciado. Si la resolución es positiva, lo primero que sucede es separar al Funcionario de su encargo, lo que trae consigo la suspensión del fuero, y el funcionario queda a disposición de los Tribunales -- competentes.

A continuación hay que observar que el artículo 109 de la Constitución dice :

" Tal declaración no será obstáculo para que la acusación continúe su curso cuando el acusado haya dejado de tener fuero, pues la resolución de la Cámara no prejuzga absolutamente los fundamentos de la acusación..." existe un razonamiento del precepto en relación a su mandamiento, lo que podría ser un defecto técnico se convierte en medio de poner a plena luz que tratándose de delitos comunes, la Cámara de Diputados no es absolutoria ni condenativa, no prejuzga la responsabilidad del Funcionario sino su actuación, se limita a considerar los elementos necesarios para que sea legal el desafuero, y el funcionario pueda responder de sus actos a los Tribunales competentes, y dicho acto de la Cámara es el de separarlo de su cargo único medio de suspender el fuero en ejercicio de funciones y esto confirma que el fuero se otorga en razón del encargo, y por lo tanto no son separables entre sí, sino la Constitución hubiera podido autorizar la sola privación del fuero, sin necesidad de afectar el ejercicio de la función pública. Por sí mismo motivo el fuero es irrenunciable mientras se conserva la función.

En el ejercicio de funciones pueden presentarse dos situaciones que merecen comentarse, una vez que ya se ha dado el desafuero del funcionario y el Juez del Orden Común absuelve al Funcionario, si todavía no ha expirado el tiempo de su encargo, --

pueden reasumirlo si todavía no concluye porque tienen ese derecho por que únicamente han sido suspendidos no cesados, también pueden ser nombrados libremente por el Presidente como los Secretarios de Estado ó el Procurador de la Nación.

Quando existe sentencia definitiva ni la Constitución ni la Ley señalan los efectos jurídicos en relación al encargo del Funcionario, ya sea en el tiempo de la extinción de la pena o con posterioridad, en cuanto al primer caso si la pena que se cumple es -- corporal, es lógico que existe un impedimento material de que el reo - sujeto a prisión reasuma sus funciones, al lado existe la suspensión - de los derechos de ciudadano, por lo que hace al tiempo posterior a la extinción de la condena.

En el delito de peculado y en el de concusión el - Código Penal Vigente para el Distrito Federal así en el artículo 219 - al hablar del Peculado en su párrafo segundo establece... " destitución del empleo o cargo e inhabilitación de uno a tres años para obtener -- otro y en el artículo 223 al hablar de concusión establece " destitución de empleo e inhabilitación para obtener otro por un término de - dos a seis años..." en adición a las sanciones corporales existen estas sin habilitaciones que lógicamente empiezan a contar a partir del momento que el reo cumpla su condena por lo tanto el desafuero tiene por objeto dar oportunidad a la jurisdicción ordinaria para conocer - del caso, y dar cumplimiento al ordenamiento penal en cuanto a la des - titución del cargo y la inhabilitación a la que se hace acreedor el - Funcionario, la suspensión del Funcionario en su encargo por virtud - del desafuero no implica una pérdida irreparable de la investidura pe - ro por una sentencia ejecutoria si existe esta pérdida irreparable en estos delitos mencionados anteriormente, en vista que el Funcionario - al purgar su condena se ve impedido de reasumir sus funciones exacta - mente igual que si hubiera sido absuelto.

Cuando se trata de delitos oficiales existen diferencias con los delitos comunes si el infractor es absuelto ningún otro Tribunal puede ocuparse del caso, que en forma ejecutoria se ha resuelto, a diferencia de los delitos comunes el desafuero no prejuzga de la acusación que conocerá el Juez ordinario, en caso de ser positivo se le priva del puesto al igual que en el del orden común, el fuero en los delitos comunes como impedimento del ejercicio de la jurisdicción ordinaria, en cambio en los delitos oficiales el fuero cumple con el cometido tradicional al ser juzgado por un Tribunal especial especial el titular de dicha prerrogativa en ambos casos la suspensión del fuero es lo que se conoce como desafuero que no es otra cosa que el retiro de la inmunidad, existen una contradicción entre la Constitución y la Ley de Responsabilidades y esta es la siguiente : " Artículo 111 de la Constitución párrafo segundo establece cuando el mismo hecho tuviere señalada otra pena en la Ley, el acusado quedará a disposición de las autoridades comunes para que lo juzguen y castiguen con arreglo a ella." y en el artículo 3° fracción VIII de la Ley de Responsabilidades "... siempre que no tengan carácter delictuoso conforme a otra disposición legal que los defina como delitos comunes..."

Tal parece que se viola el artículo 23 de la -- Constitución al juzgar dos veces por el mismo delito y aplicar las respectivas penalidades de cada una de ellas, la excepción estriba en estos conceptos, Tina Ramírez cita, " la razón de este tratamiento excepcional la expone Hamilton en los siguientes términos. " Con el castigo que puede ser la excepción del delincuente. Después de ser sentenciado a ostracismo perpetuo, perdiendo la confianza y la estimación, así como los honores y los emolumentos que le concedía su país- estará aún sujeto a proceso y a la pena que le corresponde según las Leyes ordinarias. ¿ Sería debido que las personas que han dispuesto en un proceso de su fama y de sus derechos más valiosos como ciudadanos dispusieron también en otro, y por la misma ofensa de su vida y su fortuna? ¿ No -

hay razones de sobra para tener que el error cometido en la primera - sentencia suscitará idéntico error en la segunda? ; Que la intensa - influencia de una decisión inclinaria a ahogar la de cualesquiera nuevos informes que se aportaron sobre el asunto con el objeto de hacer variar el sentido de una nueva decisión? Los que saben algo de la naturaleza humana no vacilarán en contestar afirmativamente a estas preguntas, y no les costará trabajo advertir que, si las mismas personas juzgan ambos casos, los que sean objeto de acusación se verán privados de la doble garantía que se persigue proporcionarles mediante el doble juicio," Hamilton El Federalista; núm. XLV. (95)

Consideramos que no existe ninguna violación a la Constitución ya que la apreciación que realizan las Cámaras es desde el punto de vista político y en relación al encargo otorgado al Funcionario y debemos recordar que los funcionarios y empleados tienen responsabilidad civil, penal, administrativa y políticamente, por lo cual en los delitos oficiales se sanciona la responsabilidad política y administrativa y deja a los Tribunales comunes la responsabilidad penal - ó civil que resulte, por eso pensamos que la Ley de Responsabilidades - está equivocada al quitarle la responsabilidad al Funcionario al no -- considerarlo como delito oficial si ésta se encuentra tipificada en - las leyes comunes, ya que como dijimos las responsabilidades son diferentes y todas ellas deben ser sancionadas desde cualquier punto de -- vista.

Por último debemos ver los efectos del fuero -- con el Funcionario bajo licencia, como ya dejamos establecido el fuero es la inmunidad otorgada para protección de la función, por lo tanto - al estar retirado en forma temporal el Funcionario deja el fuero tam-- bién en forma temporal y la recobra hasta el momento en que por haber-- cesado la licencia regresa a la función, al apartarse de la función en traña la suspensión de la inmunidad, aunque la fuente del retiro está - en la voluntad del Funcionario quien solicita la licencia por acción - propia.

El objeto general de la licencia es permitir que el Funcionario pueda dedicarse a otro empleo o comisión incompatible - con las funciones del fuero, la Constitución es clara al respecto a los diputados y senadores en su artículo 62 que ordena :

Los diputados y senadores propietarios, durante el período de su encargo, no podrán desempeñar ninguna otra comisión ó empleo de la Federación o de los Estados por los cuales se disfrute --- sueldos sin licencia previa de la Cámara respectiva, pero entonces cesarán en sus funciones representativas mientras dure la nueva ocupación - la misma regla se observará con los diputados y senadores suplentes --- cuando estuviesen en ejercicio. La infracción de esta disposición será castigada con la pérdida del carácter de diputado o senador."

La licencia no es un permiso, para desempeñar al mismo tiempo dos o más funciones incompatibles, sino que es una separación del cargo sin haber mediado renuncia, en este caso si el Funcionario hubiera cometido un delito, este no puede ser considerado como delitos oficiales sino como delitos comunes, pues el Funcionario no está en ejercicio de sus funciones y es lo lógico pensar que existe una imposibilidad formal de que cometa delito con motivo y ejercicio de esas funciones que es lo que consisten los delitos oficiales por estar separado de ellas,

Los delitos cometidos fuera del encargo son considerados como delitos ordinarios no oficiales y su clasificación corresponde al Código Penal.

Así en su artículo 110 de la Constitución en su párrafo final le da validez a lo que hemos expuesto,..." Para que la -- causa pueda iniciarse cuando el alto Funcionario haya resuelto a ejercer sus funciones propias, deberá procederse con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior", si vemos que el artículo 109 habla de - -

delitos comunes la inferencia que podemos hacer es que la Constitución considera justificadamente como delitos comunes para efectos del desafuero tanto a los oficiales como a los comunes que el Funcionario hubiera cometido durante su licencia.

Existen tres casos en la licencia que deben ser analizados, el primero de ellos es cuando el proceso no se ha iniciado y el Funcionario vuelve a su cargo, al suceder esta situación se tiene que seguir el procedimiento de desafuero, puesto que se le imputa al Funcionario nuevamente un delito común aforado.

Si el proceso se inició antes de reincorporarse el Funcionario a su puesto, conforme al artículo 38 Constitucional se suspende los derechos o prerrogativas del ciudadano por estar sujeto a proceso en virtud de delito que merezca pena corporal, a partir del acto de formal prisión; por estar prófugo de la justicia, desde la orden de aprehensión hasta la prescripción de la acción penal. Si al cesar la licencia el Funcionario se encuentra en cualquiera de las dos situaciones previstas, no podrá regresar a sus funciones por estar suspendido en sus derechos de ciudadano y el proceso deberá continuar; pero si no se encuentra en tales hipótesis, el Funcionario reasume sus funciones y el proceso iniciado se detiene en espera del desafuero.

Si el proceso concluyó con sentencia condenatoria antes que el Funcionario reasuma su puesto, la situación es la misma cuando el Funcionario suspendido por delitos comunes sea condenado.

Ahora nos toca ver la responsabilidad después de la terminación del nombramiento y empezaremos con mencionar el artículo 113 Constitucional que establece: " La responsabilidad por delitos y faltas oficiales sólo podrá exigirse durante el período en que el Funcionario ejerza su encargo, y dentro de un año después."

Es la prescripción para los delitos oficiales, el problema surge cuando se deja de ejercer el encargo a quien toca -- conocer a las Cámaras o a los Tribunales comunes, en cuanto al delito oficial es indudable que debe conocer las Cámaras y aplicar las sanciones que estime necesarias desde el punto de vista político, pero -- si se observa el Senado no conoce en su integridad de la responsabilidad penal del acusado, sino desde el aspecto político o sea la destitución y la inhabilitación del Funcionario, la responsabilidad penal no le preocupa al Organó Político despues que éste ha emitido sentencia condenatoria.

De esta forma si el alto Funcionario ha dejado de serlo por terminación de su encargo, motivación política del Senado competencia consistente en proteger la independencia de la función la cual ha perdido la razón de ser, y en adición el Senado está imposibilitado de aplicar la pena política pues nadie puede ser privado -- de lo que ya no posee, y en cuanto a la inhabilitación le corresponde a la Ley ordinaria porque el Juez es el único que está en aptitud de aplicar dicha pena, además de cualquiera otra que determine el ordenamiento común, según lo dispone expresamente la Constitución, llegando a la conclusión que durante el año posterior a la terminación del encargo del Funcionario su responsabilidad por delitos y faltas oficiales es exigible ante la potestad judicial común; en cuanto a los delitos comunes la prescripción es la que determinen las leyes respectivas entratándose de responsabilidad penal la prescripción es la que -- determina el Código Penal y concluyendo el Funcionario en ese término posterior a la expiración, reviste la calidad de cualquier Funcionario o empleado los cuales pueden ser juzgados en cualquier momento -- por delitos comunes, y en cuánto a delitos oficiales para ámbos el -- término de sus funciones se seguirá para los altos Funcionarios el -- procedimiento aplicable a los Funcionarios y Empleados, en cuanto a la responsabilidad penal se encuentra en igual circunstancia frente a la Ley o sea bajo la jurisdicción de los Tribunales Comunes.

Consideramos pertinente para finalizar exponer una hipótesis en relación al término de funciones y obtención de otra función, dicha hipótesis es la siguiente :

" *Que procede cuando un alto Funcionario después de un año o más tiempo es nombrado o elegido para ocupar otro cargo de alta investidura y es acusado de un delito común cometido en la función anterior*", pensamos por nuestra parte que si el fuero es en relación a la función y en forma indirecta al Funcionario, este debe ser juzgado por Tribunales Comunes de ese delito que cometió en el ejercicio de la función anterior, y no puede hacer valer su fuero presente porque esto se refiere a una función distinta a aquella en que se cometió el delito, y en último caso debiera ser destituido de lo presente por encontrarse en una situación contraria a los objetivos de la administración pública.

CAPITULO IV

- 1).- EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.
- 2).- LA RELACIÓN CON EL COHECHO Y LA CONCUSIÓN
- 3).- MODIFICACIÓN LEGISLATIVA QUE SE PROPONE.

1.- EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Empezaremos a decir que el fin u objetivo del Derecho en general es la protección de los intereses de la persona humana, o sea de los bienes jurídicos, al Derecho Penal le corresponde tutelar parte de esos intereses y en especial los merecidos y necesitados de protección, en relación a su jerarquía, y es otorgada por la amenaza y ejecución de la pena; no todos los intereses tienen la misma jerarquía y el perjuicio al ser violada tiene diferencia también, por lo cual dichos intereses requieren de una defensa más enérgica, esto se basa para dividir en un sentido al Derecho en Civil y Penal, al Derecho Civil le corresponde la reparación de los intereses violados por medios pecuniarios e indemnizaciones y el Derecho Penal con sus sanciones conforme al límite del poder coercitivo del Estado, y contemplando ese empleo a la defensa social frente a un daño, en su forma individual y colectiva, y la reparación particular de una ofensa de característica valoración y de especial jerarquía y esto no puede obtenerse por los canales del Derecho Civil y tampoco puede lograrse por el mismo ofendido sin mengua del orden público.

En cuanto a la delimitación de los campos de la moral y del Derecho Penal, ambos revisten la característica de círculos concéntricos y en este punto el mayor corresponde a la moral, dejando al Derecho Penal, según cita Carrancá y Trujillo " *el regir las relaciones de los hombres entre sí y limitar el círculo de la actividad de cada uno, impidiendo obstaculizar el derecho de los otros*. Tal es el fin que se propone la voluntad general al coaccionar a la individual; de ello deriva el orden jurídico determinando lo que está permitido o prohibido y sancionado tales prohibiciones y órdenes." (Garraud) (96)

(96).- Opus cit. pág. 27.

Debemos recordar que el objeto del delito es la persona o cosa, o el bien o el interés jurídico y esto es lo que se conoce que está personalmente protegido y dijimos que nos aprovechamos para decir que algunos tratadistas distinguen entre objeto material y objeto jurídico quedando de la siguiente manera "

OBJETO MATERIAL, ES LA PERSONA O COSA SOBRE LA CUAL RECAE EL DELITO, Y EN TÉRMINOS CONCRETOS SON LOS SUJETOS PASIVOS O LAS COSAS.

OBJETO JURÍDICO, ES EL BIEN O EL INTERÉS JURÍDICO OBJETO DE LA ACCIÓN INCRIMINABLE COMO LA VIDA, LA INTEGRIDAD CORPORAL, LA REPUTACIÓN LA PROPIEDAD PRIVADA, ETC., ASÍ DE ESTA MANERA - EL BIEN JURÍDICO QUE TUTELA EL ARTÍCULO 220 DEL C. P. VIGENTE Y QUE - EN LA MISMA DEFINICIÓN SE INCLUYE, ES EL PATRIMONIO DEL ESTADO O DE - LOS PARTICULARES QUE SE ENCUENTRAN EN LA SITUACIÓN DESCRITA POR EL TIPO, EL PATRIMONIO SERÍA EL OBJETO MATERIAL Y LA PROPIEDAD ES EL DERECHO QUE TIENE EL ESTADO O EL PARTICULAR SOBRE EL PATRIMONIO Y QUE SE ENCUENTRA COMO OBJETO JURÍDICO DE DICHO DELITO.

Por lo tanto se hace necesario saber conforme a derecho que es el patrimonio para lo cual debemos recurrir al Derecho Civil, el cual define al patrimonio como el conjunto de derechos y obligaciones apreciables o susceptibles de una valorización pecuniaria, pertenecientes a una persona y que constituyen una universalidad de derecho partiendo de esta definición el patrimonio no es otra cosa que el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, y que tengan la característica de ser configuradas en dinero es decir como apuntamos ser susceptibles de valorización pecuniaria.

Se mencionan como elementos del patrimonio el activo y el pasivo, el primero se integra por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero, y el pasivo por el conjunto de -

obligaciones y cargos susceptibles tambien de ser medidos en dinero, y de esta operaci3n aritm3tica de restar al patrimonio activo el pasivo- se tiene el haber patrimonial de la persona.

Existen dos teorías acerca del patrimonio la - llamada clásica o que se le conoce también con el nombre de teoría del patrimonio personalidad y la teoría del patrimonio afectación.

En cuánto a la teoría del patrimonio, personalidad, la escuela francesa cita el maestro Rojina Villegas, es el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que integran el patrimonio, constituyen una entidad abstracta, una universalidad de derecho, - que se mantiene siempre en vinculaci3n constante con la persona jurídica (Aubry y Rau Cours de Droit Civil Francais, tomo IX, núms. 574, pág. 333)... " dicha escuela nos señala que el patrimonio se manifiesta como una emanaci3n de la personalidad y la expresi3n del poder jurídico- de que una persona se halla investida como tal, " (97)

Partiendo de la vinculaci3n estrecha entre el - patrimonio y la persona, esta escuela elaboró el concepto de patrimo-- nio, la crítica a esta doctrina radica en que deriva la noci3n de patrimonio de la noci3n persona.

Aubry y Rau autores de la escuela clásica señalan los siguientes principios según cita Rojina Villegas :

a). *S3lo las personas pueden tener un patri- monio, porque solo ellas pueden ser capa- ces de tener derechos y obligaciones.*

b).- *Toda persona necesariamente debe tener*

(97).- Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Bienes, - Derechos Reales y Sucesorios. Ed. Porrúa. México 1975 pág. 8

un patrimonio. El patrimonio, como una entidad abstracta, comprende no sólo los bienes presentes, *in actu*, sino también los bienes *in potentia* o por adquirir.

Es decir, no supone necesariamente una riqueza actual, pues para la Escuela Clásica la noción de patrimonio corresponde a la aptitud de poseer en un momento dado, de tener bienes y de rechos y reportar obligaciones. Debe verse sólo la posibilidad del sujeto de tener ese conjunto de bienes, derechos y obligaciones, ó en otras palabras, de tener la aptitud o capacidad para ser titular de los mismos.

c).- Toda persona sólo puede tener un patrimonio, nunca podrá tener dos o más patrimonios. Es decir, el patrimonio como la persona es indivisible. De esta suerte, el patrimonio será una universalidad de derechos y obligaciones, con relación a una persona determinada. El atributo de unicidad es inherente al mismo concepto de universalidad, siempre aquellos derechos y obligaciones que corresponden a un sujeto tendrán que agruparse, vincularse y referirse a una persona, constituyendo un todo. Por ser el patrimonio una emanación de la misma persona, participa de los atributos de unidad e indivisibilidad que caracterizan a esta.

d).- El patrimonio es inalienable durante la vida de su titular. Esto es el principio llamado también de la inalienabilidad del patrimonio. No puede existir una enajenación total del patrimonio durante la existencia de la persona a que corresponda, porque sería tanto como admitir que puede enajenarse la personalidad. Solo por la muerte de la persona física existe una transmisión total del patrimonio o sus herederos; exceptuando los derechos y obligaciones que concluyen con la muerte; durante la existencia de la persona, pueden existir ---

trasmisiones a título particular, y no a título universal, aunque se enajenen todos los bienes y obligaciones presentes." (98)

En cuánto a la crítica que se hace es la de -- que el concepto de patrimonio fué artificial y ficticio, pues se confunde la capacidad de adquisición con el patrimonio, en razón del futuro y presente que se hace referencia, y atribuye las características de indivisibilidad e inalienabilidad que son inherentes a la persona no a su patrimonio, y más aún esto se rompe en la actualidad en donde el patrimonio puede ser divisible y puede enajenarse totalmente, y se puede ver claramente en el patrimonio hereditario y el patrimonio propio que están sujetos o pueden estarlo a distintos regímenes jurídicos.

Existen dos conceptos que deben señalarse al respecto : " *La Universalidad Jurídica es un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, obligaciones y cargas imputables a una persona y que pueden ser apreciables en dinero.*"

" *La universalidad de hecho es : una entidad con vida independiente de sus elementos y consiste en una masa de bienes destinados a un fin económico.*" (99)

Puede decirse que la universalidad de hecho es parte del conjunto que compone o configura la universalidad jurídica la persona puede tener varias universalidades de hecho pero solo puede tener una universalidad jurídica y también se distinguen que la universalidad de hecho puede ser enajenada, pero si se enajena la universalidad jurídica sería como enajenar la personalidad, y el patrimonio es la universalidad jurídica por excelencia.

(98).- Opus cit. pág. 8 y 9

(99).- Opus cit. pág. 11

Resulta difícil querer hacer conclusiones categóricas entre la distinción de uno y otro concepto, porque la universalidad de hecho es un concepto impreciso para ser comparado con el concepto de universalidad jurídica.

Aubry y Rau en cuanto al patrimonio --personalidad señalan 12 principios los cuales son los siguientes : Y que cita Rojina Villegas en su obra:

- 1.º El patrimonio es un conjunto de elementos - activos y pasivos estimables en dinero que constituyen una universalidad jurídica,
- 2.º Hay una vinculación indisoluble entre patrimonio y persona porque el primero es inconcebible sin la segunda, y esta supone a --- aquel.
- 3.º El patrimonio tiene dos aspectos: en sentido subjetivo o posibilidad de adquirir en el futuro y en sentido objetivo, como conjunto de bienes.
- 4.º Toda persona necesariamente debe tener un patrimonio.
- 5.º El patrimonio es uno e indivisible.
- 6.º El patrimonio es inalienable durante el titular.
- 7.º El patrimonio constituye una entidad abstracta de orden intelectual, es una universalidad jurídica de existencia y naturaleza independientes de los elementos que la constituyen.

- 8.- La relación entre patrimonio y persona es una relación semejante a la que tiene el propietario sobre la casa; la única diferencia está en la naturaleza del objeto. En la propiedad se trata de un bien determinado; en cambio, la relación que tiene la persona sobre el patrimonio es sobre una universalidad, pero de naturaleza jurídica semejante a la que tiene el propietario sobre la casa.
- 9.- El patrimonio es la prenda tácita constituida en favor del acreedor. El deudor responde con todo un patrimonio presente y futuro. Por esto hay una prenda tácita de garantía en favor de los acreedores. Aún cuando en un momento dado el deudor sea insolvente los acreedores tienen el derecho de ejecutar cuando el deudor tenga bienes.
- 10.- Como consecuencia de que el patrimonio constituye una prenda tácita en favor de los acreedores, se desprende que no hay privilegios en los acreedores ordinarios en cuanto a la fecha. No es aceptado el principio de que el que es primero en tiempo es primero en derecho.

Como el patrimonio es prenda de todos los acreedores, estos se pagarán a prorrata independientemente de las fechas de constitución de sus créditos. Solo existen ciertos acreedores privilegiados y acreedores sobre bienes determinados, que se pagan preferentemente de la fecha de constitución de sus créditos, a prorrata, sobre el patrimonio del deudor.

11.- Existen dos formas de transmisión patrimonial, la integral que Aubry y Rau llaman transmisión del patrimonio en sentido objetivo y subjetivo que sólo es posible por la herencia en caso de muerte y la parcial o en sentido objetivo. En el primer caso el heredero por la muerte del titular del patrimonio, recibe íntegro el activo y pasivo; en el derecho francés responde ilimitadamente del pasivo, aún cuando el activo sea insuficiente; si no invoca el beneficio de inventario. Por eso dicen Aubry y Rau que en la herencia hay una transmisión integral en el sentido objetivo y subjetivo, pues el objetivo es una causahabiente a título universal. Fuera de la misma, las transmisiones son parciales. En nuestro derecho la herencia siempre se entiende aceptada a beneficio de inventario aún cuando no se invoque; el heredero no responde íntegramente del pasivo y únicamente cubrirá las deudas de la herencia hasta donde alcanzan los bienes.

12.- El patrimonio como universalidad jurídica tiene una protección eficaz a través de tres acciones principales :

- a).- La acción de enriquecimiento sin causa,
- b).- La acción de petición de herencia y
- c).- La acción que tiene el que fue declarado ausente, para exigir la devolución del patrimonio cuando aparezca, la primera protege el patrimonio del que se ha empobrecido ilegítimamente. La segunda es la forma de proteger la transmisión a

título universal, y la tercera tiene por objeto la recuperación patrimonial." (100)

En cuanto a la doctrina del patrimonio-afectación este conjunto de excepciones con respecto a la universalidad e inalienabilidad del patrimonio, es la que se considera la doctrina moderna y sus exponentes más importante- son Planiol, Ripert y Picard. De acuerdo con esta doctrina, la noción de patrimonio no se confunde con la de personalidad y ni se le atribuyen las mismas características propias de la persona, pero sin dejar de aceptar que estos conceptos están relacionados - pero no de identidad o de proyección del concepto de persona sobre el patrimonio, de tal manera que uno sea emanación del otro según palabras de Aubry y Rau.

En la actualidad el patrimonio se define tomando en cuenta el destino que en un momento dado se le den a ciertos bienes, derechos u obligaciones, con relación al fin jurídico, en base al cual se organizan en forma autónoma, según Rojina Villegas, los autores de esta doctrina dicen que el patrimonio de afectación es "*una universalidad reposando sobre la común destinación de los elementos que la componen, o más exactamente un conjunto de bienes y de deudas inseparablemente ligados, porque todos ellos se encuentran afectados a un fin económico y en tanto que no se haga una liquidación, no aparecerá el valor activo neto.*" (101)

A! encontrar un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que están destinados a fin determinado, ya sea de naturaleza jurídica o económica estaremos en presencia de un patrimonio, es una masa autónoma organizada jurídicamente en forma especial, como suceden en los patrimonios familiar, ausente o régimen de sucesiones, él

(100).- Opus cit. pág. 13 y 14.

(101).- Opus cit. pág. 15

fundo mercantil.

De acuerdo a esta doctrina existen distintos patrimonios en una misma persona como masas autónomas de bienes, derechos y obligaciones y pueden transmitirse por acto entre vivos y en forma especial por contrato.

Nuestro seguidor del francés, no adapta este sistema sino que sigue la doctrina clásica, pues en nuestro derecho se sigue el principio de que toda persona necesariamente debe tener un patrimonio y solamente las personas pueden tener bienes, y no se acepta la existencia de un patrimonio sin dueño por ser contrario a la realidad, en el campo de las personas morales es donde alcanza mayor amplitud la posibilidad de afectar un conjunto de bienes o la realización de fines concretos, el derecho mexicano al igual que el francés no se mantiene en sus límites clásicos, la doctrina pura del patrimonio personalidad como tampoco se acepta la teoría moderna, sino que sigue siendo eje tanto para el régimen de las sucesiones como la de los bienes, el concepto clásico de patrimonio-personalidad pero admitiendo que los principios de inalienabilidad e indivisibilidad son absolutos.

Por la problemática que crea la escuela clásica y que no puede retorcer los principios para ajustarlos a una tesis sino por el contrario la fundamentación de las tesis se basará en la interpretación clara y correcta de la norma jurídica, y así nace la teoría que considera al patrimonio como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones afectados a la realización de un fin jurídico-económico, que le da autonomía propia y que permite la existencia de un régimen jurídico especial, para darle también fisonomía distinta en el derecho, a esa masa autónoma de bienes, y que la autonomía no está en relación a la persona sino que es inherente al vínculo jurídico económico, por consiguiente el derecho debe reconocer para afectar el conjunto de bienes y es consecuencia la obtención del fin, el maestro Rojina Villegas dice que deben existir tres elementos :

" 1° Que exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin.

2° Que este fin sea de naturaleza jurídico-económico,

3° Que el derecho organice con fisonomía propia y por consiguiente con autonomía, todas las relaciones jurídicas - activas y pasivas de acreedores y deudores en función de aquella masa independiente de bienes, derechos y obligaciones. [102]

Por otra parte a Planiol y sus seguidores no determinaron que fin es el que se consiguen a los bienes del patrimonio- porque existen fines que el derecho no reconoce ni revisten importancia, a diferencia cuando el fin es jurídico -económico, que el derecho regula para conseguirlo tanto en su forma jurídica o económica, y crea una institución especial para este fin, organizando un régimen - también distinto, encontramos el patrimonio afectación.

En cuanto a teoría en general, esta representa lo fundamental para iniciar el análisis del patrimonio del Estado y - que tiene relación en el delito de peculado y que se encuentra en la - Institución y la Ley de Bienes Nacionales.

Podemos decir que el patrimonio del Estado, es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones en su forma universal- y de los cuales es el titular.

Serra Rojas señala que para Edmundo Bustamante está constituido el patrimonio por " el conjunto de bienes y derechos, recursos e inversiones, que como elementos constitutivos de su

(102).- Opus cit. pág. 18

estructura social o como resultado de su actividad normal ha acumulado el Estado y posee a título de dueño, o propietario, para destinarlos o afectarlos en forma permanente, a la prestación directa o indirecta de los servicios públicos a su cuidado o a la realización de sus objetivos o finalidades de política social y económica." (Rev. Patrimonio. - Núm. 1 Srta, del Patrimonio Nacional 1960), [103]

" El conjunto de bienes materiales que de modo directo e indirecto sirven al Estado para realizar sus atribuciones - constituye el dominio o patrimonio del Estado." [104]

En consecuencia tenemos que los elementos del patrimonio del Estado son :

- a).- *Un conjunto de bienes, recursos, inversiones y demás derechos sobre las cosas que integran el dominio público y privado de la Federación.*
- b).- *Que sean susceptibles de valorizarse pecuniariamente.*
- c).- *Afectados a un fin público determinado, de interés general o utilidad público - traducida a la prestación de servicios a cargo del Estado.*
- d).- *Forma una unidad, siendo el titular el Estado o sus organismos representativos.*

(103).- Opus cit. pág. 165.

(104).- Fraga Gabino. Derecho Administrativo Ed. Porrúa México 1981 pág. 343.

La Ley General de Bienes Nacionales establece en su artículo 1º,

Artículo 1o. El Patrimonio Nacional se compone"

- I.- De bienes de dominio público de la Federación y
- II.- De bienes de dominio privado de la Federación.

Como notamos esta Ley regula parte del patrimonio del Estado, ya que hace referencia a la Federación, y se olvida de los Estados, el Distrito Federal y los municipios los cuales tienen plena capacidad para adquirir y poseer los bienes raíces necesarios para los servicios públicos.

De acuerdo a la Legislación Administrativa Federal nos dice que existen diversos patrimonios que forman una sola unidad; a).- *El patrimonio intransmisible;* b).- *El patrimonio de inversión;* y c).- *El patrimonio de uso, y para su regulación se han establecido diversas jurisdicciones y reglas jurídicas.*

El régimen de los bienes del Estado lo establece la Constitución y las leyes respectivas y estan sometidas a un régimen de derecho público y solo por excepción o un régimen de derecho-privado.

Empezaremos primero con los bienes de dominio público los cuales se caracterizan por : a).- los bienes que forman parte de la unidad del patrimonio nacional, b).- su destino y aprovechamiento está basado en la utilidad o interes público, c).- son bienes inalineables e imprescriptibles, d).- estan bajo un régimen de derecho público y de interes social.

Nuestra Constitución habla indistintamente de - propiedad y dominio debemos decir que el primero es de mayor extensión porque incluye o comprende el dominio mientras que el otro no opera viceversa

-

Ley General de Bienes Nacionales en su artículo 2° establece :

Artículo 2° son bienes de dominio público :

- I.- *Los de uso común,*
- II.- *Los señalados en los artículos 27, párrafos cuarto y quinto, y 42 fracción IV, de la -- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,*
- III.- *Los enumerados en la fracción II del artículo 27 Constitucional con excepción de los - comprendidos en la fracción II del artículo 3° de esta Ley.*
- IV.- *El suelo del mar territorial y el de las - aguas marítimas interiores.*
- V.- *Los inmuebles destinados por la Federación a un servicio público, los propios que de hecho utilice para dicho fin y los equiparados a estos conforme a la Ley.*
- VI.- *Los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos, muebles e inmuebles de propiedad federal.*
- VII.- *Los terrenos baldíos y los demás bienes inmuebles declarados por la Ley inalienables ó imprescriptibles.*
- IX.- *Las servidumbres cuando el predio dominante sea alguno de los anteriores.*

X. - Los muebles de propiedad federal que por su naturaleza no sean -- normalmente sustituibles, como los documentos y expedientes de las oficinas, los manuscritos, -- incunables, ediciones, libros, -- documentos, publicaciones, periódicos, mapas, planos, folletos, -- y grabados importantes o raros, -- así como las colecciones de esos bienes; las piezas etnológicas y paleontológicas; los especímenes tipo de la flora y de la fauna; las colecciones científicas o -- técnicas de armas, munismáticas, y filatélicas; los archivos; las fonograbaciones, películas, archivos fotográficos, cintas magnéticas y cualquier otro objeto que contenga imágenes y sonidos, y las piezas artísticas o -- históricas de los museos, y

XI. Las pinturas, murales, las esculturas y cualquier obra artística incorporada o adherida permanentemente a los inmuebles de la Federación o del patrimonio de los organismos descentralizados, cuya conservación sea de interés nacional.

El artículo 766 del Código Civil ordena: los bienes de dominio del poder público se regirán por las disposiciones de este Código en cuanto no esté determinado por leyes especiales y el artículo 767 complementa :

" Los bienes de dominio del poder público se di
vide en bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y
bienes propios.

En cuanto al dominio público se presentan los si-
guientes criterios que cita Serra Rojas en su obra "

Hauriou El dominio público está constituido por
el conjunto de propiedades administrativas afectados actualmente a la
utilidad pública sea por el uso directo del público, sea por decisio-
nes administrativas y que, a consecuencia de esta afectación son inali-
neables, imprescriptibles y protegidas por las reglas de inspección.

Y una segunda se encuentra en la Enciclopedia -
Jurídica Omeba, Tomo II págs. 237. Buenos Aires, Encicl. Tomo IX. págs
325. " El dominio público está constituido por un conjunto de bienes -
a los que se reconoce como elemento esencial, el ser bienes aprovecha-
dos por la comunidad, sin que puedan ser apropiados por los particula-
res. En ocasiones la Federación tolera determinados aprovechamientos
precarios y transitorios, con el objeto de ser debidamente utilizados."
(105)

Y en cuanto a la naturaleza del dominio público
existen dos corrientes y que establecen los siguientes criterios:

- a).- Son bienes de dominio público todos los -
bienes que no son susceptibles de propie-
dad privada. Ya sea porque son aprovecha-
dos libremente por todos o porque el Esta
do le asigna un uso preferente.

b).- *Los bienes de dominio público, aquellos - bienes que pertenecen a una Entidad Pública y están afectados directamente a un servicio público o actividades concretas del Estado." autor Hauriou [106]*

La Legislación Mexicana se orienta a la segunda teoría la cual no encuentra esa distinción amplia con la propiedad privada, y su diferencia es la utilidad pública o el interés general y de allí que la Ley dividió en bienes de dominio público y bienes de dominio privado.

Los bienes de derecho público se hallan protegidos por principios consagrados en la doctrina administrativa y la Legislación y estos son : La indisponibilidad que comprende a " a).- La inalienabilidad porque son bienes fuera del comercio, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad.

La protección penal contra la usurpación, prohibición de servidumbres, la fijación legal y unilateral por la administración de los límites del dominio público, no son sujetos de derechos reales en los particulares, su jurisdicción es exclusiva de los Poderes Públicos, y el artículo 8° de la Ley de Bienes Nacionales ordena: *Sólo los Tribunales de la Federación serán competentes para conocer - de los juicios civiles, penales, y administrativos, así como de los - procedimientos judiciales no contenciosos que se relacionan con los - bienes nacionales, sean de dominio público o de dominio privado, están sujetos a un régimen excepcional como lo establece el artículo - 27 Constitucional y la Ley de Bienes Nacionales y otras disposiciones legislativas,*

Debemos hacer mención cuales son bienes de uso común y cuales son los bienes destinados a un servicio público, para-

objetivizar el criterio que estableceremos en relación del delito del Peculado, el artículo 132 de la Constitución fija el siguiente criterio al respecto :

" Los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinados por el Gobierno de la Unión al servicio público o al uso común estarán sujetos a la jurisdicción de los poderes federales en los términos que establezca la Ley que expedirá el Congreso de la Unión más para que lo estén igualmente los que en lo sucesivo adquiriera dentro del territorio de algún Estado, será necesario el consentimiento de la Legislatura respectiva."

Los bienes de uso común en principio están a disposición de la población con las reservas, protección y limitaciones que se imponen en algunos de ellos y de esta forma el artículo 19 de la Ley de Bienes Nacionales establece :

" Todos los habitantes de la República pueden usar de los bienes de uso común, sin más restricciones que los establecidos por las leyes y los reglamentos administrativos. Para aprovechamientos especiales sobre los bienes de uso común, se requiere concesión otorgada con las condiciones y requisitos que establecen las Leyes."

Y en el artículo 18 determina que son bienes de uso común:

- I.- El espacio situado sobre el Territorio Nacional, con la extensión y modalidades que establezca el Derecho Internacional.
- II.- El mar territorial.
- III.- Las aguas marítimas interiores, o sean

aquellas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial o de la línea que cierra las bahías;

- IV.- Las playas marítimas entendiéndose por tales las partes de tierra que por virtud de la marea cubre y descubre el agua, desde los límites de mayor reflujo hasta los límites de mayor reflujo anuales.
- V.- La zona marítima terrestre o sea la faja de veinte metros de ancho de tierra firme, transitable, contigua a las playas del mar o a las riberas de los ---ríos donde llega el mayor flujo anual.
- VI.- Los cauces de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteras de propiedad nacional.
- VII.- Las riberas y zonas federales de las ---corrientes.
- VIII.- Los puertos, bahías, rados y ensenadas.
- IX.- Los caminos, carreteras y puentes que constituyen vías generales de comunicación, con sus servicios auxiliares y demás partes integrantes establecidas en la Ley Federal de la materia.
- X. Las presas, diques y sus vasos, canales, bordos y zanjas construidas para la irrigación, navegación y otros ---usos de utilidad pública, con sus zonas de protección y derechos de vía o

riberas, en la extensión que, en cada uso, fije la Dependencia a la que por Ley correspondiera el ramo, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables.

- XI.- Los diques, muelles, escalleras, malecones y demás obras de los puertos cuando sean de uso público.
- XII.- Las plazas, paseos y parques públicos cuya construcción o conservación esté a cargo del Gobierno Federal.
- XIII.- Los monumentos artísticos e históricos y las construcciones levantadas por el Gobierno Federal en lugares públicos para ornato o comodidad de quienes los visita.
- XIV.- Los monumentos arqueológicos, inmuebles, y
- XV.- Los demás bienes considerados de uso común por otras Leyes.

Y en el artículo 23 la Ley nos clasifica los siguientes bienes destinados a un servicio público, y por lo tanto, se hallan comprendidos en la fracción V del artículo 2º :

- I.- Los palacios de los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial de la Federación.
- II.- Los inmuebles destinados a los Secretaríos, Departamentos del Estado y sus Dependencias.
- III.- Los inmuebles destinados a las oficinas y dependencias de los Poderes Legislativos y Judicial.

- IV.- Los predios rústicos directamente utilizados en los servicios de la Federación.
- V.- Los establecimientos fabriles administrados directamente por el Gobierno Federal.
- VI.- Los inmuebles de propiedad federal destinados al servicio de los gobiernos de los Estados y Municipios, dentro de sus respectivas jurisdicciones.
- VII.- Los inmuebles que constituyen el patrimonio de los organismos públicos de carácter federal, con la salvedad que indica el artículo 25, mientras no hayan sido objeto de un acto voluntario de enajenación con arreglo a las Leyes, por virtud del cual se tramita, su dominio a personas de derecho privado, y
- VIII.- Cualesquier otros inmuebles adquiridos por procedimientos de derecho público diversos de los señalados en la Fracción II del artículo 3° de esta Ley.

Artículo 25.- *Los bienes a que se refiere la Fracción VII del artículo 23, excepto los que, por disposición constitucional sean inalienables, solo podrán gravarse con autorización expresa del Ejecutivo Federal, que se dictará por conducto de la Secretaría del Patrimonio Nacional, cuando a juicio de esta, así convenga para el mejor funcionamiento de las obras o servicios, a cargo de la Institución propietaria.*

Constituído el gravamen, los acreedores podrán ejercitar, cuando proceda todas las acciones que les correspondan de acuerdo con el derecho común.

Como podemos notar los bienes inmuebles estan sometidos a régimenes de Derecho Público, y debemos pensar que los bienes inmuebles no regulados por esta Ley estan bajo el mismo régimen - y que los Estados tienen plena capacidad para adquirir bienes inmuebles.

Por otra parte queremos exponer la clasificación de los bienes de uso común y los bienes de servicios públicos, porque a veces se confunde el uso común con el servicio público, este último está a disposición de todos los ciudadanos pero el uso común puede ser o no ser un servicio público, además de que el tipo del artículo - 220 del C. P. Vigente del Distrito Federal habla de Servicios Públicos y de all  el interés por conocer dichos bienes.

Por otro lado si se ve objetivamente vemos que con excepción de la Fracción X del artículo 2  de la Ley de Bienes Nacionales que clasifica los bienes muebles que son de régimen de Derecho Público y por lo tanto son inalienables e imprescriptibles y con toda la gama de protección que ya anotamos, para estos bienes, pero ca si en la totalidad el equipo o activo fijo fuera de los inmuebles es de carácter de dominio privado, por lo cual debemos atender a esta denominación.

Los bienes de dominio privado de la Federación estan sujetos a un régimen jurídico semejante al de los particulares con algunas modificaciones que se haran notar en el momento preciso, el derecho privado se aplica supletoriamente en determinados casos. El Código Civil para el Distrito Federal el que se aplica como una Ley Federal, en la regulación de estos bienes.

Los bienes de dominio privado son aquellos que no esten afectados a la realización de un servicio público, obra pública, servicio administrativo o a un propósito de interés general y el Estado est  en posición de estos bienes por cualquier título - -

traslativo de dominio.

Nacionales dice :

El artículo 3° de la Ley Federal de Bienes

Artículo 3° son Bienes de Dominio Privado.

- I.- Las tierras y aguas no comprendidas en el artículo 2° de esta Ley que sean susceptibles de enajenación a los particulares.
- II.- Los nacionalizados, conforme a la fracción II del artículo 27 Constitucional que no se hubieren construído o destinado a la administración, propaganda o enseñanza de un culto religiosos;
- III.- Los bienes ubicados, dentro del Distrito Federal considerados por la Legislación Común como vacantes;
- IV.- Los que hayan formado parte de corporaciones u organismos de carácter federal, que se extinguen;
- V.- Los bienes muebles al servicio de las dependencias de los poderes de la Unión no comprendidos en la Fracción X del artículo anterior.
- VI.- Los demás inmuebles y muebles que por cualquier título jurídico adquiera la Federación.

El régimen jurídico de los bienes de dominio privado de la Federación para tal efecto el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal determina:

Artículo 33.- A la Secretaría del Patrimonio y Fomento Industrial corresponde el despacho de los siguientes asuntos :

1.- Poseer, vigilar, conservar o administrar los bienes de propiedad originaria los que constituyan recursos naturales no renovables, los de dominio público y los de uso común, siempre -- que no estén encomendados expresamente a otra Dependencia y en cuanto al régimen de los bienes inmuebles de dominio privado de la Federación la Ley General de Bienes Nacionales establece las características de estos bienes en -- artículos 36 a 56 entre otros son:

- a).- Son inembargables.
- b).- Pueden adquirirse por prescripción, con excepción de los terrenos nacionales y cualesquiera otro declarados igualmente imprescriptibles, pero el término de la prescripción será el doble de lo normalmente establecido.
- c).- Son inajenables.
- d).- Pueden cederse a título gratuito
- e).- Son susceptibles de donación.
- f).- Pueden ser objeto de todos los contratos que regula el derecho común y el artículo 36 establece el destino de los inmue-

bles. " Los inmuebles de dominio privado se destinarán preferentemente, al servicio de las distintas dependencias del Gobierno Federal, de las Entidades Federativas de los Municipios o de Instituciones Públicas o Privadas que contribuyen al beneficio colectivo."

En cuanto a los bienes muebles la Ley en sus artículos 57 a 62 hace las siguientes normaciones al respecto :

Artículo 57.- La Secretaría de Comercio fijará - las normas a que se sujetará la clasificación de los bienes muebles de dominio privado de la Federación, la Organización de los sistemas de inventario y estimación de su depreciación y el procedimiento que deba seguirse en lo relativo al destino y afectación de dichos bienes.

La propia Secretaría podrá practicar visitas de inspección en las distintas dependencias del Gobierno Federal, para verificar la existencia en almacenes e inventarios de bienes muebles, y el destino y afectación de los mismos.

Así de esta manera vemos primero que en cuanto al Patrimonio Nacional únicamente se reglamenta el Patrimonio de la Federación y no el Patrimonio Nacional, y éste está compuesto de bienes de dominio público y privado de la Federación, Bienes de Entidades Federativas, Bienes del Departamento del Distrito Federal, Bienes de los Municipios, Bienes de Instituciones Descentralizadas y, Bienes del Estado en empresas privadas de interés público, así vemos como el patrimonio el cual es tutelado por el derecho, es más amplio que lo que la Ley General de Bienes Nacionales menciona.

El artículo 220 del C. P. Vigente para el Distrito Federal dice al respecto : *"... distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualesquiera otra cosa perteneciente al Estado, al organismo - descentralizado o a un particular si por razón de su cargo las hubiere recibido en administración en depósito o por otra causa."*

Como podemos deducir la norma está protegiendo - tanto los bienes inmuebles y muebles del Estado y despues incluye una - especificación que a nuestro criterio está de más al señalar o a un Or - ganismo Descentralizado porque éste es inherente al mismo, de esta mane - ra debemos decir que el bien jurídico tutelado por la norma en el deli - to de peculado, en los bienes inmuebles y muebles de la Federación. - Los Estados, los Municipios, los del Departamento del Distrito Federal, Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal.

Con la observación que esten o nó destinadas a un servicio público y hacemos esta aclaración porque se puede pensar que - solamente estos bienes son susceptibles de Peculado, cuestión que deja - remos más clara en la proposición legislativa que pretendemos, pues --- existe la siguiente pregunta si solo los Funcionarios y Empleados de un Servicio Público pueden cometer el delito de Peculado, y la otra es so - bre que bienes habla la Ley sobre los que estos tienen a su cargo o ba - jo su responsabilidad y de esa manera serían los de los servicios públi - cos o bien es limitativo en cuanto a la persona y nó en cuánto al bien, y así dejamos este capítulo ya que nuestro criterio lo dejaremos ver en la proposición de la modificación legislativa que pretendemos.

En cuánto a bienes de los particulares se refie - re a bienes muebles e inmuebles por los cuales el Estado es responsa - ble solidario de la guarda y custodia que haya el Funcionario y Emplea - do que por razón del puesto que desempeña esten estos bienes bajo su - custodia.

2.- EL DELITO DE PECULADO Y SU RELACIÓN CON EL COHECHO Y LA CONCUSIÓN.

Es indudable que el Peculado está vinculado en varios aspectos a los delitos de cohecho y la concusión, dichos vínculos deben ser analizados en cuanto a los sujetos activos y pasivos las acciones, las sanciones, su clasificación sistemática etc. y por esto debemos ver las raíces etimológicas de estos dos delitos.

COHECHO.- Acción de cohechar que a su vez viene del latín *confectere* de *confectus* y - que se traduce como "sobornar" corromper con dádivas al Juez o persona que intervenga en el juicio, o a un Funcionario público, "arreglar" "preparar"...

CONCUSION: " Del latín *concusio*-sacudida, extorsión, exacción cometida en su provecho de un Funcionario Público."(107)

" El Código Penal Francés de 1972 aisló por primera vez la concusión sin definirla respecto de la corrupción, en ambas es común la consecusión de un provecho abusando del ejercicio de las funciones que se desempeñan, y la diferencia que se estableció fue que en la concusión el Funcionario reclamaba como debida una cosa a la que no tiene derecho, mientras que en la corrupción el funcionario recibe o acepta una promesa de una cosa sin pretensiones de tener derecho a ella." (108)

(107).- Diccionario Enciclopédico Rider Digest.

(108).- Rodríguez Devesa José María .- Derecho Penal Español. Ed. Graficas Carasa Madrid. 1977, pág. 1031.

Así de esta manera la distinción se basa en los motivos, y le corresponde a la doctrina francesa la evaluación del delito de cohecho rebasando la esfera propia de los delitos de Funcionarios, estableció para la corrupción pasiva la degradación cívica, en el año de 1863 se castigó al árbitro o perito que se dejara corromper, y en el año de 1889 agregó el delito de corrupción de personas investidas de un mandato colectivo y los cuales no caían en el concepto de funcionarios y se le denominó como el delito de " tráfico de influencia," y fue sancionado como cohecho pasivo, y no se detuvo el Legislador francés y en el año 1919 para evitar diversas formas de corrupción industrial fomentada por la pos-guerra incluyó en el cohecho pasivo la conducta de los empleados que sin consentimiento de su patrono percibieran comisiones sobre la proveeduría a su empresa y se le denominó " de la corrupción de funcionarios públicos y de empleados de empresas privadas."

En España encontramos que en el Código de 1822 consagró un capítulo a " los sobornos, cohechos y regalos que se hagan a los que ejercen algún empleo o cargo público, " y otro a " las extorsiones y estafas cometidas por los funcionarios públicos ", también se equiparó el dar al prometer u se entendía indiferente que fuera por sí o por su familia o por persona interpuesta, se prohibió admitir regalos" de subalternos suyos o de algunos que tenga pleito, causa o negocio oficial ante ellos o de otros que hagan el regalo en consideración de estas personas, " La penalidad iba desde la prisión pena pecuniaria y suspensión del empleo y se castigaba también al sobornante aunque con una pena menor, el delito se consumaba cuando el Funcionario cometía o realizaba el acto lícito o ilícito que se perseguía con la dádiva o promesa, en el Código de 1870 fue la base de los actuales Códigos Españoles y se agregan a la descripción los términos "solicitar", "recibir" y "aceptar" había ciertos casos de impunidad en relación a los corruptores y esta era dable cuando el Funcionario aceptaba el soborno o bien cuando éste era el que lo -

pedía, y si el particular o el Funcionario no hacían la denuncia correspondiente del cohecho se les consideraba como encubridores.

El cohecho es un delito fundamentalmente contra la integridad, es la gestión administrativa al dejarse llevar el Funcionario por móviles ajenos y en forma concreta de lucro ilícito, -- quien ejecuta un acto contrario a sus deberes excede el límite de sus atribuciones y en este sentido deja de actuar como Funcionario y traiciona la confianza depositada visto de una manera práctica es el abandono de una función mediante un precio por lo tanto el particular desempeña un papel subordinado, punible por contribuir a que el Funcionario o Empleado no cumpla con su responsabilidad, pero en él no se encuentra la fidelidad del Funcionario o Empleado, el bien jurídico en este delito es salvaguardar y tutelar el normal funcionamiento de la administración pública es decir el funcionamiento del Estado a través de sus órganos.

Nosotros seguimos esta corriente y que corresponde a los Códigos Europeos, más sin embargo existen otras corrientes destacan la integridad del Funcionario como bien jurídico protegido y consideran que el cohecho en la corrupción del Funcionario con independencia de que esta realice o no un acto contrario al deber que sus funciones le imponen; la infracción del deber pasa a ser en el cohecho un criterio subordinado para medir la gravedad de las conductas, consideramos que subordinación no corresponde a la función administrativa sino a la integridad del Funcionario.

Existen dos clases de cohecho el activo y el pasivo, en el cohecho pasivo pueden distinguirse dos supuestos: una la simple admisión de regalos en consideración al oficio, y que es un cohecho impropio si el regalo se hace para realizar un acto determinado y la otra la fórmula de "dádiva o presente, ofrecimiento o promesa," la admisión de regalos es la forma más simple del cohecho y lo comete el Funcionario Público que admitiere regalos que le fueren

presentados en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no debe ser retribuido, el regalo debe ser de un valor material económico lo suficientemente grande que desaloje la idea que es para afección.

El cohecho activo lo cometen los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren - corromper a los Funcionarios Públicos o aceptaren sus solicitudes.

En cuánto a la tentativa algunos autores la -- aceptan como los franceses y otros no como Carrera que solo las aceptan en caso de que se cometa otro delito, y es un delito que solo -- acepta la forma dolosa, el Funcionario debe ser consciente no sólo - de la dádiva o presente, ofrecimiento o promesa, sino de la finalidad con que es entregada, ofrecida, solicitada o prometida.

La Concusión como algunos Códigos le llaman en tre ellos el mexicano y por algunos otros se les ha denominado como el delito de " Exacciones Ilegales", y se utiliza para designar las cosas en que un Funcionario exige a un particular alguna cantidad -- que éste no viene obligado a pagar con arreglo a las Leyes, siendo - éste un concepto amplio comprende la exacción cualquiera que sea forma como contribución impuestos o derechos, y dos sentidos como la que no haya en absoluto fundamento legal para la exacción y bien que estando establecido exija el Funcionario una cantidad superior a la que legalmente debe percibirse.

En las siete partidas encontramos indicios de este delito la Ley V. del Tit. XX, de la partida 2a. dice : " Recelando que los selladores tomarían más que deben por el sellar de las cartas : queremos mostrar en esta Ley que galardón es el que deben - hacer por el sellar... e si más tomaren de lo que en esta Ley manda que se lo escarmiente el Rey, según tuviere por derecho."

Y en la Novísima Recopilación también consignó la existencia de contribuciones no autorizadas y dice: " *Los dichos Alguaciles no lleven ---- otros derechos además de los contenidos en el arancel y otros que por las leyes de nuestro Reyno se les dieren, fuera de las cosas en el --- arancel contenidas so pena de los volver con el quatro tanto, y de sus pensión en sus oficios.*" Así de esta manera el Derecho Español fué un delito que se sancionó de diversos grados y se estableció el principio o base del delito" El Funcionario Público de cualquier clase... exija o haga pagar más de lo que legítimamente le corresponda por los actos en que deba percibir salario o derechos, aprovechándose de lo injustamente exigido." (109)

El delito se castigó de diversas maneras como la prisión, multa y suspensión o pérdida del empleo y se consideró un delito en contra de la Constitución.

La acción en este delito consiste en exigir mayores derechos de los que le estan señalados al Funcionario, y exigir de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia es cobrar, percibir, sacar de uno por autoridad pública dinero u otra cosa, demandar imperiosamente.

A diferencia del cohecho en donde la cantidad - que se recibe es indebida, en este delito la ilegalidad reside en la cantidad o monto y al igual que el cohecho es un delito doloso ya que se tiene la intención de percibir derechos superiores, pues el Funcionario está obligado a conocer cuáles son sus derechos, y los cuales - debe practicar con diligencia en cuanto a la consumación no existe -- acuerdo al respecto, algunos autores consideran que es suficiente que se exijan mayores derechos sin necesidad de que se lleguen a percibir otros requieren para la consumación que los derechos ilegales sean -

(109).- Rodríguez Devesa José Ma. Derecho Penal Español. Ed. Gráficas Carasa Madrid 1977. págs. 1062 y 1063.

efectivos, sin embargo por inclinamos a la primera corriente a la cual está unido Cuello Calón.

Empezaremos por la ubicación sistemática, en el C. P. Vigente para el Distrito Federal enmarca a estos tres delitos - bajo una misma denominación : Título Décimo y que corresponde a " Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, siendo delitos autónomos - no dejan de estar relacionados y por tal efecto se establecen las siguientes definiciones en dicho Código:

Artículo 217.- Comete el delito de cohecho:

I.- La persona encargada de un servicio público centralizado o descentralizado, o el Funcionario de una empresa en que como accionista o asociado participe el Estado, que por sí o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente dinero o cualquiera otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

II.- El que de manera espontánea dé u ofrezca - dinero o cualquiera otra dádiva a alguna - de las personas que se mencionan en la Fracción anterior para que éste haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus - funciones."

Artículo 222.- Comete el delito de Concusión :

El encargado de un servicio público que con el carácter del tal y a título de impuesto a contribución, recargo, renta, rédito, salario,

o emolumento, exija, por sí o por medio de otro, dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida, o en mayor cantidad que la señalada por la Ley.

Desprenderemos de estas definiciones que el sujeto activo en los tres delitos es un Funcionario, empleado o Encargado de un servicio público, con excepción del cohecho que el particular puede revestir el carácter del sujeto pasivo y el activo, en cuanto a la calidad del sujeto activo ya hemos dicho suficiente en el capítulo de concepto de Funcionario y empleado Público, y por lo que vemos estos dos artículos no han modificado el término del " Encargado" que tanta polémica jurídica a suscitado a través de los años, y que a pesar de las opiniones más reconocidas no lograron determinar que se debía entender y de esa manera el artículo 220 relativo al Peculado amplió su descripción y de esa manera se incluyó al Funcionario, empleado o encargado del servicio público, pero otra característica complementaria es la de que pertenezca a un servicio público ya sea cohecho y el Peculado así se establece, pero en la Concusión encontramos que no especifica que clase de servicio público, y como sabemos el servicio público en algunas condiciones puede ser concesionado por el Estado a particulares para no caer en cuestiones de semántica, diremos que aunque no especifica el servicio público, y que la solución lo da al final de la definición que al hablar por ejemplo de impuestos o contribuciones y que está marcada en la Ley forzosamente debe ser un servicio público centralizada o descentralizada, así de esta manera encontramos los vínculos de ubicación sistemática, que el sujeto activo con la excepción ya hecha es un Funcionario, Empleado o Encargado de un Servicio Público a cargo del Estado.

En cuanto a la ubicación sistemática cabe mencionar que por lo regular el Código atiende bien jurídicamente tutelado como la integridad física la vida humana etc., pero en estos casos no atiende al bien jurídico sino al sujeto activo que motivado -

por la función que desempeña puede ser más grave que si lo cometiera -- cualquier sujeto, como ya dijimos en el Peculado el bien jurídico tutelado es el patrimonio del Estado y de los particulares con las modalidades requeridas, en el cohecho el bien jurídico tutelado es el patrimonio del Estado y de los particulares con las modalidades requeridas, en el cohecho el bien jurídico tutelado es la administración pública al igual que en la Concusión, y si lo vemos detenidamente el Peculado al tutelar el patrimonio del Estado y de los particulares señalados garantiza de alguna forma o protege en forma indirecta la administración pública, y de allí que en nuestra petición del capítulo siguiente proponemos una modificación sistemática.

En relación al sujeto pasivo, es un campo vasto en diferencia entre uno y otro, primero en el cohecho puede revestir la característica que el sujeto pasivo puede ser un particular y si se trata de un juicio por ejemplo, o bien puede ser la sociedad y por consecuencia el Estado, en vista de que el Funcionario, o empleado o encargo del servicio público no aplicó la Ley, Reglamento, etc. o bien no -- aplicó las normas de la administración pública y al no haber contraparte, el único afectado es el Estado y por relación directa la sociedad, ya dijimos que en el Peculado el sujeto pasivo es el Estado si se afecta su patrimonio o el particular si este es el caso, y aquí encontramos otro vínculo.

Al afectar al Estado en su patrimonio el cual -- corresponda a la sociedad no podemos negar que en forma indirecta tal cosa sucede, porque al final de cuentas no es otra cosa que el representante de los derechos de la sociedad en la Concusión, el sujeto activo por lo general será un particular y por excepción será el Estado -- pues el artículo habla de salario y emolumentos, y quien paga esto, es el Estado pues el Funcionario o Empleado dependen laboralmente de él.

Otro vínculo que encontramos es que las tres definiciones hablan que el delito puede ser cometido en forma directa o en forma indirecta, o sea como actor o como coactor, y siempre el beneficio estará representado por bienes pecuniarios que ofrecen elevar o aumentar el ingreso del Funcionario o Empleado mientras que en cohecho y la Concusión el beneficio del delincuente proviene por regla general de un particular en el Peculado es en forma inversa.

Las sanciones establecidas para cada delito pueden darnos la pauta para ver como los autores del mismo consideraron más o menos peligroso un delito de otro :

Para el cohecho la penalidad es la siguiente :

Artículo 218.- El delito de Cohecho se castigará con tres meses a cinco años de prisión y multa hasta de dos mil pesos.

El peculado se establecen las siguientes sanciones :

Artículo 219.- Al que cometa el delito de Peculado se le aplicarán de uno a doce años de prisión, multa de mil a cien mil pesos, destitución del empleo o cargo e inhabilitación de dos a seis años para obtener otro.

Cuando el Peculado exceda en su monto al equivalente a seis meses del salario mínimo general vigente en la región y en la fecha en que se consuma el delito, se impondrán al responsable de tres meses a seis años de prisión, multa de quinientos a cinco mil pesos, destitución del empleo o cargo e inhabilitación de uno a tres años para obtener otro.

En cuanto a la Concusión el Código Penal nos -

dice lo siguiente :

Artículo 223.- A los Funcionarios o Empleados - Públicos que cometan el delito de Concusión se les aplicará destitución de empleo e inhabilitación para obtener otro por un término de dos a seis años y pagarán una multa al duplo de la cantidad que hubieren recibido indebidamente. Si ésta pasare de cien pesos, se le impondrán además de tres meses a dos años de prisión.

Lo primero que notamos es que el Peculado y la Concusión una de las sanciones es la destitución del cargo y/o inhabilitación por tiempo determinado para ocupar otro, consideramos que tanto daño produce uno como otro que el cohecho debería también ser sancionado con la destitución y/o inhabilitación para ocupar otro puesto en la administración pública lo cual es en el último de los casos contra lo que se está atentando con este delito, en cuánto a la sanción vamos a hacer un cuadro comparativo para que resulte fácil de analizar y asími lar :

<u>DELITO</u>	<u>PRISION</u>	<u>MULTA</u>	<u>DESTITUCION</u>	<u>INHABILITACION</u>
Peculado	De 1 a 12 años	De 1,000 a 10,000 pesos	SI	De 2 a 6 años
Cohecho	De 3 meses a 5 años.	Hasta 2,000	NO	NO
Concusión	De 3 meses a 2 años si pasa de 100	Al doble de lo percibido.	SI	De 2 a 6 años
Peculado	Si pasa de 6 meses de salario mínimo 3 meses a 6 años.	De 500 a 5,000	SI	De 1 a 3 años

Este cuadro no representa en forma objetiva que el Peculado y la Concusión la sanción contiene destitución e inhabilitación para el Funcionario o Empleado que cometa el delito, pensamos -

que el Legislador consideró más grave estos delitos en vista del peligro que representa para el patrimonio, en cuanto a la multa se puede ver claramente también que es más estricta tratándose de estos delitos y no menos interesante la sanción corporal, pero aquí vemos un efecto contrario en la Concusión la cual se encuentra como máximo el de dos años mientras que el cohecho son como máximo 5 años, aquí vemos una inversión, o para que lo entendamos en otras palabras el cohecho se sanciona con mayor pena corporal y menos económica y la concusión con menos pena corporal y mayor sanción económica, así de esta manera nosotros consideramos que el Legislador estableció este orden de prioridades para estos delitos, primero el PECULADO, segundo el COHECHO y en último lugar la CONCUSION.

Ahora haremos un cuadro sinóptico de la clasificación que le corresponde a cada uno.

	<u>PECULADO</u>	<u>CONCUSION</u>	<u>COHECHO</u>
1.- En función de su gravedad	DELITO	DELITO	DELITO
2.- Según la conducta del Agente.	ACCION	ACCION	ACCION
3.- Por el resultado	MATERIAL	MATERIAL	MATERIAL
4.- Por el daño que causan	LESION	LESION	LESION
5.- Por su duración	INSTANTANEO	INSTANTANEO	INSTANTANEO
6.- Por el elemento interno ó culpabilidad	DOLO	DOLO	DOLO
7.- Simples ó Complejos	SIMPLE	SIMPLE	SIMPLE
8.- Delitos Unisubsistentes y Plurisubsistentes.	UNISUBSIS- TENTES	UNISUBSIS- TENTES	UNISUBSIS- TENTES
9.- Unisubjetivo y Plurisubje- tivo.	UNISUBJETIVO	UNISUBJETIVO	UNISUBJETIVO
10.- Por la forma de persecución	DE OFICIO	DE OFICIO	DE OFICIO
11.- Por su clasificación	COMUNES	COMUNES	COMUNES
12.- Clasificación Legal	"DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS"		

Sin lugar a dudas las conexiones estan a la vista en estos delitos los cuales no difieren en cuanto a su clasificación en ningún aspecto, complementando íntegramente sus cualidades homogéneas y no queda más explicación que la que da el cuadro sinóptico en cuanto a similitudes.

Ahora lo que nos toca ver es si puede haber una conexión operante entre estos delitos, en términos jurídicos podemos decir que si existe el concurso y entre cuáles de ellos es dable hablar ó tener puntos de apoyo para establecer que no puede dar en forma secuencial dicho concurso.

Se dice que cuando un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales esta situación recibe el nombre de concurso, en vista de que concurren varias autorías delictivas, el concurso puede ser ideal y material.

En el concurso ideal o formal existe unidad de acción y pluralidad de resultados y el material existe pluralidad de acciones y de resultados.

El Peculado puede establecer un puente o nexos con el delito de cohecho cuando recordamos que el primero es para sí y para otra persona, y bien esta puede por medio de cohecho hacer que el Funcionario cometa el delito de Peculado, no así con la concusión ya -- que no es patrimonio del Estado la demasía cobrada o exigida, y no es dable hablar de concurso sino de acumulación ya que además de existir pluralidad de acciones y pluralidad de resultado existe unidad de Agente.

Así de esta manera vemos las relaciones que guardan estos tres delitos y en resumen podemos decir que son delitos en -- contra de la administración pública y que deben estar bajo esta ubicación sistemática.

CONCLUSIONES

- I.- EL ESTADO, PARA REALIZAR SUS FUNCIONES REQUIERE DE BIENES MATERIALES, LAS CUALES PUEDEN SER MUEBLES O INMUEBLES, YA SEAN DEL ESTADO O DE LOS GOBERNADOS.
- II.- EL DERECHO, DEBE PROTEGER AL UNIVERSO PATRIMONIAL DEL ESTADO, MEDIANTE LA GARANTÍA QUE EL EJERCICIO DE FUNCIONES DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS AL SERVICIO DEL ESTADO, SE HAGA EN FORMA CORRECTA.
- III.- SE DEBE LEGISLAR EN CUÁNTO AL FUERO QUE GOZAN LOS ALTOS FUNCIONARIOS AL SERVICIO DEL ESTADO, YA QUE SI BIEN NUESTRA CONSTITUCIÓN ESTABLECE DICHO PRIVILEGIO, TAMBIÉN ES CIERTO QUE NO EXISTE LEY REGLAMENTARIA AL RESPECTO QUE ESPECIFIQUE EN QUÉ CASOS Y EN QUE FUNCIONES, LIMITATIVAMENTE DEBE FUNCIONAR EL FUERO OTORGADO.
- IV.- PARA EFECTOS DEL DELITO DE PECULADO DEBE ENTENDERSE COMO FUNCIONARIO PÚBLICO.- TODA PERSONA QUE REALIZA UNA ACTIVIDAD CONCRETA DETERMINADA POR LAS FUNCIONES DEL ESTADO, CUYA RELACIÓN CON EL ESTADO, SE --

ENCUENTRA FUNDADA Y MOTIVADA EN UNA DESIGNACIÓN LEGAL O ELECCIÓN POPULAR, Y CUYAS FACULTADES ESTAN ESTABLECIDAS EN UNA LEY O REGLAMENTO SECUNDARIO.

V.- PARA EFECTOS DEL DELITO DE PECULADO DEBE ENTENDERSE --
COMO EMPLEADO PÚBLICO.- TODA PERSONA QUE PRESTE UN --
SERVICIO FÍSICO O INTELECTUAL O AMBOS, AL ESTADO, A --
CAMBIO DE UNA CONTRAPRESTACIÓN PECUNIARIA CUYOS DERE--
CHOS Y OBLIGACIONES NACEN DE UN NOMBRAMIENTO O POR FI--
GURAR EN LISTA DE RAYA.

VI.- EL TIPO LEGAL DEL DELITO DE PECULADO DEBE SER EL SI--
GUIENTE :

" COMETER EL DELITO DE PECULADO, TODO FUNCIONARIO O --
EMPLEADO AL SERVICIO DEL ESTADO AUNQUE SEA EN COMISIÓN
POR TIEMPO LIMITADO, QUE DISTRAIGA POR CUALQUIER ME--
DIO EL OBJETO DE LOS BIENES DEL ESTADO, BAJO SU RES--
PONSABILIDAD O CUSTODIA, CON EL FIN DE OBTENER UN BE--
NEFICIO TANGIBLE O INTANGIBLE INDEBIDO, PARA SÍ O PA--
RA UN TERCERO.

VII.- LA CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE PECULADO ES LA SIGUIEN--
TE:

ACCIÓN

- | | | |
|------|----------------------------------|----------------------|
| A).- | POR LA CONDUCTA DEL AGENTE | COMISIÓN POR OMISIÓN |
| B).- | POR EL RESULTADO | MATERIAL. |
| C).- | POR EL DAÑO CAUSADO | DE LESIÓN |
| D).- | POR SU DURACIÓN | INSTANTÁNEO |
| E).- | POR SU CULPABILIDAD | DOLOSO |
| F).- | SEGÚN SU ESTRUCTURA | SIMPLE |
| G).- | POR EL NÚMERO DE ACTOS | UNISUBSISTENTE |
| H).- | POR LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN. | UNISUBJETIVO. |
| I).- | POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN. | DE OFICIO |
| J).- | EN FUNCIÓN DE LA MATERIA | COMÚN O FEDERAL. |

VIII.- DEBE AUMENTARSE LA PENALIDAD PARA EL DELITO DE PECULADO COMETIDO POR FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA SIGUIENTE FORMA :

" AL FUNCIONARIO AL SERVICIO DEL ESTADO, QUE COMETE EL DELITO DE PECULADO SE LE APLICARÁN DE 10 A 20 AÑOS DE PRISIÓN DE ACUERDO AL MONTO DEL DAÑO PATRIMONIAL Y MULTA EQUIVALENTE AL DAÑO CAUSADO AL PATRIMONIO DEL ESTADO O DE LOS PARTICULARES, Y EL PERJUICIO CAUSADO DESDE

LA FECHA DE LA DISTRACCIÓN, EN FORMA INDEPENDIENTE - SE LE DESTITUIRÁ DEL CARGO O EMPLEO E INHABILITACIÓN PERMANENTE PARA OBTENER OTRO.

IX.- LA PENALIDAD PARA EL DELITO DE PECULADO COMETIDO POR EMPLEADO DEBE SER LA SIGUIENTE :

" AL EMPLEADO AL SERVICIO DEL ESTADO, QUE COMETA EL DELITO DE PECULADO, SE LE APLICARÁN DE UNO A SEIS - AÑOS DE PRISIÓN DE ACUERDO AL MONTO DEL DAÑO PATRI-MONIAL Y MULTA EQUIVALENTE AL DAÑO CAUSADO AL PATRI-MONIO DEL ESTADO O DE LOS PARTICULARES, Y EL PERJUJ-CIO CAUSADO DESDE LA FECHA DE LA DISTRACCIÓN, EN -- FORMA INDEPENDIENTE SE LE DESTITUIRÁ DEL EMPLEO E - INHABILITARÁ DE UNO A TRES AÑOS PARA OBTENER OTRO.

EN CASO DE REINCIDENCIA LA INHABILITACIÓN SERÁ PER-MANENTE.

X.- EL ACTUAL ARTÍCULO 177 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCE-DIMIENTOS PENALES DEBE MODIFICARSE EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS :

" ... PERO PARA EL PECULADO, ES NECESARIO ADEMÁS, QUE SE DEMUESTRE POR CUALQUIER OTRO MEDIO DE PRUEBA EL HECHO DE QUE EL INculpADO SEA FUNCIONARIO O Em--

PLEADO AL SERVICIO DEL ESTADO, AUNQUE SEA POR NOMBRAMIENTO DE COMISIÓN POR TIEMPO LIMITADO."

XI.- DEFINICIÓN DEL DELITO OFICIAL :

" SON LOS ACTOS U OMISIONES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS AL SERVICIO DEL ESTADO, QUE EN EL EJERCICIO DE SUS ENCARGOS O CON MOTIVO DE ESTOS, AUNQUE SEA EN COMISIÓN POR TIEMPO LIMITADO, CAUSEN UN MENOSCABO PATRIMONIAL A LA ACTIVIDAD PÚBLICA DEL ESTADO, SIEMPRE QUE NO TENGAN CARÁCTER DELICTUOSO -- CONFORME A OTRA DISPOSICIÓN LEGAL QUE LOS DEFINA -- COMO DELITOS COMUNES.

XII.- LA CREACIÓN DEL TIPO LEGAL DEL DELITO DE ABUSO EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS :

" EL FUNCIONARIO O EMPLEADO AL SERVICIO DEL ESTADO, QUE CON MOTIVO DE UN DESVÍO O ABUSO DE FUNCIONES -- INHERENTES U OTORGADAS, AÚN EN COMISIÓN POR TIEMPO LIMITADO, HACIENDO USO DE BIENES DE PARTICULARES -- OBTENGA UN BENEFICIO INDEBIDO EN FORMA DIRECTA Ó POR INTERPOSITA PERSONA.

- XIII.- MODIFICACIÓN AL TÍTULO QUINTO CAPÍTULO II DE LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA FEDERACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL Y DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS DE LOS ESTADOS, EL CUAL DEBE DECIR "INVESTIGACIÓN DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE -- FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS "
- XIV.- ADECUACIÓN DE LA LEY SOBRE EL SERVICIO DE VIGILANCIA DE FONDOS Y VALORES, AL FINCAR UN PLIEGO DEFINITIVO DE RESPONSABILIDADES HAGA LA DENUNCIA CORRESPONDIENTE AL MINISTERIO PÚBLICO.
- XV.- SIN EXCEPCIÓN LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEBE CONOCER DE TODOS LOS CASOS DE PECULADO COMETIDO POR FUNCIONARIOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 108 CONSTITUCIONAL.
- XVI.- LAS DENUNCIAS OFICIALES O DE PARTICULARES DEL DELITO DE PECULADO DEBEN PRESENTARSE ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO, QUIEN HARÁ DEL CONOCIMIENTO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS PARA EL EFECTO QUE EL FUNCIONARIO PÚBLICO SEA SEPARADO DE SU ENCARGO SI EXISTEN ELEMENTOS SUFICIENTES QUE PRESUMAN LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO.

I N D I C E

" ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE PECULADO

	PÁG.
<u>CAPITULO I</u>	
1.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	3
2.- DEFINICIÓN, ELEMENTOS Y TIPICIDAD	85
3.- CLASIFICACIÓN	119
<u>CAPITULO II</u>	
1.- CULPABILIDAD E INculpABILIDAD	147
2.- GRADOS DE DELITO	165
3.- LA PARTICIPACIÓN	177
<u>CAPITULO III</u>	
1.- CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO . .	190
2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.	230
3.- SITUACIÓN JURÍDICA AL TÉRMINO DE FUNCIONES. .	254

CAPITULO IV

PÁG.

1.- EL BIEN JURÍDICO TUTELADO	265
2.- LA RELACIÓN CON EL DERECHO Y LA CONCUSIÓN . .	291

CONCLUSIONES	303
------------------------	-----

ÍNDICE	309
------------------	-----

BIBLIOGRAFIA GENERAL

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.

DERECHO PENAL MEXICANO,
ED. PORRÚA MÉXICO 1980.

CARRANCA Y RIVAS RAUL

DERECHO PENITENCIARIO ED.
PORRÚA MÉXICO 1981.

MACEDO MIGUEL S.

APUNTES PARA LA HISTORIA
DEL DERECHO PENAL MEXICANO
" CULTURA, MÉXICO 1931.

VAILLANT C. GEORGE.

LA CIVILIZACIÓN AZTECA.
C. F. E. MÉXICO 1980.

CLAVIJERO FRANCISCO JAVIER.

HISTORIA ANTIGUA DE MÉXICO
ED. PORRÚA MÉXICO 1979.

CUADERNOS CRIMINALÍA 1946
BOTAS MÉXICO.

DICCIONARIO ILUSTRADO LAROUSSE.

- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL
DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO
RIDER DIGEST.
- SERRA ROJAS ANDRES.
CÓDIGO PENAL ANOTADO.
ED. PORRÚA MÉXICO 1974.
- CASTELLANOS FERNANDO
DERECHO ADMINISTRATIVO. TOMO
I Y II. ED. PORRÚA. MÉXICO
1976.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL
LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE
DERECHO PENAL. ED. PORRÚA.
MÉXICO 1974.
- CAVAZOS FLORES BALTAZAR
DICCIONARIO SOCIOLOGÍA
F. C. E. MÉXICO 1974.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL
COMPENDIO DE DERECHO CIVIL,
BIENES, DERECHOS REALES Y
SUCESORIOS. ED. PORRÚA MÉXICO
1975.
- CAVAZOS FLORES BALTAZAR
NUEVA LEY FEDERAL DE TRABAJO
TEMATIZADA. ED. TRILLAS MÉXICO
1981.

FRAGA GABINO.

DERECHO ADMINISTRATIVO ED.
PORRÚA. MÉXICO 1931.

RODRIGUEZ DEvesa JOSE MARIA

DERECHO PENAL ESPAÑOL ED.
GRÁFICAS CARASA, MADRID 1977.

TENA RAMIREZ FELIPE

DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO
ED. PORRÚA MÉXICO 1976.

LEGISLACION CONSULTADA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
ED. PORRÚA MÉXICO 1931.

LEY ORGÁNICA DEL DEPARTAMENTO DEL D. F.
ED. PORRÚA MÉXICO 1930.

REGLAMENTO INTERIOR DEL DEPARTAMENTO DEL D. F.
ED. PORRÚA MÉXICO 1930.

LEY SOBRE EL SERVICIO DE VIGILANCIA DE FONDOS Y VALORES,
ED. PORRÚA. MÉXICO 1931.

M-0036591

LEGISLACIÓN FEDERAL DEL TRABAJO BUROCRÁTICO.
ED. PORRÚA, MÉXICO 1981.

LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.
ED. PORRÚA MÉXICO 1981.

LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. ED.
PORRÚA. MÉXICO 1981.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
ED. PORRÚA MÉXICO 1981.

CÓDIGO PENAL MEXICANO 1871

CÓDIGO PENAL MEXICANO 1929