

257
2 ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL
DELITO DE PECULADO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

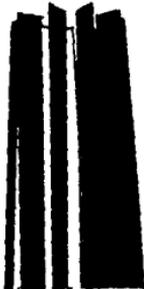
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

MA. AURORA OLVERA GUZMAN

E
N
E
P
A
R
A
G
O
N



UNAM

SAN JUAN DE ARAGON

1990



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

TESIS: "ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE PECULADO"
=====

I N D I C E .

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

CAPITULO I.

GENERALIDADES DEL DELITO DE PECULADO.

A) REFERENCIA HISTORICA.	1
B) CONCEPTO DEL DELITO.	18
C) ELEMENTOS Y PROBLEMÁTICA SOCIAL DEL DELITO DE PECULADO.	23
D) NATURALEZA JURIDICA.	31

CAPITULO II.

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE PECULADO CALIFICADO.

A) CONDUCTA	AUSENCIA DE CONDUCTA.	38
B) TIPICIDAD	ATIPICIDAD.	68
C) ANTIJURIDICIDAD	CAUSAS DE LICITUD.	97
D) IMPUTABILIDAD	INIMPUTABILIDAD.	129
E) CULPABILIDAD	INCUPLABILIDAD.	138
F) PUNIBILIDAD	EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	162
G) ITER-CRIMINIS		168
H) TENTATIVA.		171
I) CONCURSO	a) DELITOS	
	b) PERSONAS.	174

CAPITULO III.

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA DEFINICION DEL DELITO DE PECULADO CONSIGNADO EN EL ARTICULO 223 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.

A) PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN EL SUPUESTO PARA COMETER EL DELITO DE PECULADO.	177
B) FUNCIONARIO PUBLICO EN EJERCICIO EXCESIVO DE FUNCIONES.	184
C) PENALIDAD DEL DELITO DE PECULADO.	200
CONCLUSIONES.	204
BIBLIOGRAFIA.	211

P R O L O G O .

Desde tiempo atrás sentí la inquietud de analizar un poco más a fondo el Delito de Peculado, previsto y sancionado por el artículo 223 del Código Penal Vigente; esta inquietud se despertó en mí, debido al trato continuo que la mayoría de las personas tenemos con los Servidores Públicos y, así mismo nos encontramos ignorantes en muchas ocasiones de los derechos y obligaciones que en torno a éstos Servidores Públicos se establecen dentro del Derecho. Tratando de ahondar en el tema en cuanto a los elementos que configuran el Delito, habremos de analizarlos tanto en su aspecto positivo como negativo, tratando de realizarlo en una forma entendible para todo tipo de lector y no sólo para conocedores del Derecho (así como exponer los diversos criterios y pensamientos de autores conocidos. Trato de demostrar una inquietud sobre el planteamiento de algo tan necesario, esperando que el presente trabajo sirva a muchos para inducirlos a un estudio más profundo de lo que se expone y adentrarse cada vez más en un mundo tan maravilloso como el del Derecho Penal y La Teoría del Delito, tan importante en la vida en sociedad.

El presente estudio se espera sirva para comprender algunas situaciones trascendentes que ayuden para el conocimiento de la gente y no sólo los abogados y estudiosos del Derecho Penal, pues éste es tan cruel

en la vida cotidiana, que no acepta errores, ni su desconocimiento; por eso resulta conveniente que toda persona sepa y entienda que si lleva a cabo alguna conducta ilícita, realizando lo prohibido por la Ley o dejando de hacer lo que la misma establece como obligatorio, será castigado tanto por su bien como por el de la sociedad en general.

C A P I T U L O I.

GENERALIDADES DEL DELITO DE PECULADO.

A) R E F E R E N C I A

H I S T O R I C A .

Se puede considerar al hombre como un ser esencialmente sociable, como lo define Aristóteles y por lo mismo desde el inicio de la humanidad se ha agrupado en tribus, ejércitos, clases, sectas, etcétera; para así conseguir un desarrollo que permita sobrevivir a todos los acontecimientos que se han presentado a lo largo de nuestra historia.

Sirva el hecho de la constante existencia de los hombres para que así nazcan los instintos de sociabilidad dándose la aproximación de unos a otros, ésta aproximación trajo como consecuencia choques y pugnas que terminaron con el predominio del más fuerte, sobresaliendo además el más astuto o inteligente; los intereses generales crearon fórmulas de Derecho, de Paz Social, sirviendo esto para resaltar los intereses de todos y así hacer posible el convivir en sociedad de unos y otros. De ésta situación nacen las penas que a su vez dan origen al Derecho Penal.

En las épocas primitivas la pena fue la reacción natural de cada persona al sentir que podían atentar en contra de sus bienes, los cuales constituían su vida e integridad personal.

Tiempo después se dió como un interés entre los hombres una reacción de defensa al momento en que se quebrantaban las normas previamente establecidas para la

convivencia en comunidad, recibiendo castigo aquel que atentara en contra de los intereses de cada uno.

Ya desde la creación de la humanidad el hombre se organiza para establecer las bases que han de predominar para poder vivir en sociedad, y defender sus intereses en contra de quien o quienes atenten contra ellos dando origen al Derecho Penal, que servirá, como defensa a éstos intereses sociales, existiendo así los delitos como actos que atentan en contra de la estabilidad para la convivencia en sociedad.

En particular nos referimos al Delito de Peculado sancionado por el artículo 223 de nuestro Código Penal Vigente; para realizar en base a él, un Estudio Dogmático.

Remontándose a su origen podemos encontrar que ya desde la época precortesiana en nuestro País con la cultura Azteca y otras tribus nos podemos dar cuenta que de acuerdo a sus Leyes ya consideraban al Peculado como un Delito y como tal era sancionado aplicándole penas tan severas que consistían en la destitución del cargo, posteriormente decomisarle todos sus bienes al que incurria en este Delito y una vez que se hacía público su Delito lo desterraban para así sancionarlo en todos los aspectos de manera que nunca volviera a ocupar un cargo que lo hiciera delinquir de la misma forma.

En el Oriente y Roma, entre las leyes más antiguas de la humanidad, el Código de Manú o Leyes de Manú (Manavadharma Sastra) se refiere en algunas de sus disposiciones al Peculado o Concusión. En su Libro VII, relativo a la conducta que deben tener los Reyes, dice: "40. muchos soberanos, a consecuencia de su mala conducta, han perecido con sus bienes, mientras que ermitaños han obtenido reinos por su cordura y humildad."

O bien en otras de sus disposiciones nos dice que : "124. Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el Rey de todos sus bienes y desterrados del reino."

Podemos distinguir, que ya desde entonces, aproximadamente hace 1,000 años antes de nuestra era, teniendo una antigüedad de 3,000 años, sin poder fijar con exactitud la fecha de su redacción, se sancionaba el Delito de Peculado o Concusión en términos generales.

Podemos referirnos igualmente a los manuscritos encontrados cerca del mar Muerto, y a los que conocemos con el nombre de "Rollos del Mar Muerto". En varios de los cuales encontramos el título de COMENTARIOS DE NABUN Y COMENTARIOS DE HABACUC, y se les da una fecha que es aproximadamente de 70 años de nuestra era. En estos

rollos se menciona a un sacerdote impío que se encuentra en lucha abierta con un personaje simbólico llamado Maestro de rectitud, refiriéndolo en la siguiente forma:

" El sacerdote impío que fue llamado con el nombre de verdad cuando inició su ministerio, pero cuando gobernó sobre Israel su corazón se exaltó y abandonó a Dios y traicionó los estatutos en beneficio de la riqueza; y robó y almacenó la riqueza de los hombres de violencia que se habían rebelado contra Dios; y tomó la riqueza de los pueblos, sumando así sobre sí mismo el pecado de extralimitación; y fraguó caminos de iniquidad con toda impureza de los inmundos."

" El sacerdote impío a quien, debido al mal inferido al Maestro de rectitud y a los hombres de su partido, Dios entregó en manos de sus enemigos para que lo atormentaran a golpes a fin de que pudiera ser exterminado con amargura en el corazón, por el mal que había hecho a sus elegidos."

(1)

El Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche, segunda edición, 1845, dice que " Feculado es la sustracción de caudales del

(1).-Comentarios de Nabum, Enciclopedia Jurídica Omeba

erario público hecha por las mismas personas que lo manejan: Peculatus - dice Tácito - proprie est pecuniae publicae vel fiscalis furtum, et peculatur dicitur qui di principis vel populi aerario furatur. Este delito se castiga entre los romanos, primero, con la pérdida del empleo y de la honra luego, con el destierro, las minas (trabajo en ellas) y aún con la muerte; después, con la deportación y confiscación de bienes, y últimamente con la privación del Derecho de Ciudadano y con la restitución del doble (doble)." (2)

En general, el delito de Peculado se confunde e identifica con la Concusión, adquiriendo en algunas ocasiones la Concusión el significado más limitado y específico de exacción ilegal, según la nomenclatura de muchos Códigos Penales vigentes. A juicio de algunos autores, no es correcto decir exacción ilegal, basándose en que se incurre en un verdadero pleonasma referido al hecho del cobro de impuestos ilegales. Ya que si el cobro es legal, merece llamarse cobro o recaudación, y no existe ninguna razón que amerite la necesidad de agregar al vocablo exacción el calificativo de ilegal.

(2).- Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XXI, op. cit.

Según el diccionario de la Real Academia Española, exacción significa la acción y efecto de exigir con aplicación a impuesto, prestaciones, multas, deudas, etcétera, pero a renglón seguido le reconoce una segunda acepción: la de "cobro injustificado y violento", y es así que la exacción se convierte en una forma de concusión cuando aprovecha en particular al funcionario.

Por lo mismo la Real Academia explica la voz concusión como "exacción arbitraria hecha por un funcionario público en provecho propio". Se cree conveniente señalar la necesidad de que la técnica jurídica tenga su propio léxico que no puede ser exactamente el que corresponde a la aplicación de las acepciones puramente gramaticales, aptas para introducir la confusión y el desorden.

"El Derecho, como ciencia, requiere discriminación, clasificación y vocabulario técnicos adecuados a las exigencias, a veces cambiantes, de la disciplina que los utiliza. Por eso advertimos el error de apegarse a la gramática tal como la presenta la Academia de la Lengua en el caso que examinamos." (3)

En forma parecida ocurre respecto de los términos Peculado y Concusión, susceptibles de identificarse a los

(3).- Enciclopedia Jurídica omeba Tomo XXI, op. cit., pag. 949.

finés jurídicos que corresponde, y esa es la razón por la que se da preferencia al Diccionario de Escriche, como diccionario especializado que es, sobre el Diccionario de la Lengua.

" En el Derecho Romano se englobaba bajo el nombre de Crimen Repetundarum una serie de hechos de corrupción propiamente dicha, conjuntamente con los de Concusión. El Derecho imperial prevé, sin embargo, el delito de Concusión, que surgió como una forma independiente de extorsión, aplicando varios autores el título de Concusión a diversos tipos de extorsiones. Y así se distinguió entre la Concusión propia, cometida por un sujeto con autoridad y Concusión impropia, cometida por un particular, circunscribiéndose luego el nombre a calificar la acción de los funcionarios que se valen del temor a su autoridad, metus publicae potestatis, para obtener exacciones. Hoy el término Concusión impropia designa el hecho del funcionario que abusa no ya del temor que su autoridad despierta, sino del error en que su víctima ha incurrido."

(4)

" Carpzovio (Praxis Criminalis) aplicaba el nombre de

(4).- Enciclopedia Jurídica Omebs tomo XXI, op. cit.,
pág. 949.

Concusión a todo hurto violento, y otros alemanes, como Mulliero y Putmann, al ejercicio arbitrario de las propias razones. Los comentadores de la Carolina vincularon el artículo 128 de ésta (hurto cometido mediante violencia pública) al título de Concusión." (V CONCUSION)

Hay otras interpretaciones del Derecho Romano aplicable al delito que estudiamos. Teodoro Mommsen, en su compendio de Derecho Público Romano, traducción de Pedro Dorado, observa que "Todo ciudadano o no ciudadano podía entablar acción aún contra los funcionarios públicos por furtum e injuria, en el amplio sentido que en Roma tuvieron estas palabras: hasta los comienzos del siglo VII de la Ciudad no hubo ninguna diferencia legal en este respecto entre el ladrón de bolsillos y el cónsul concusionario. En algún tiempo se hizo uso, para perseguir las Concusiones de los funcionarios públicos, de una forma más rigurosa de procedimiento civil, y en la evolución ulterior de esta clase de proceso, que gradualmente fue reemplazando al antiguo procedimiento criminal la circunstancia agravante constituida por desempeñar el delincuente funciones públicas fue un motivo suficiente para que aún el procedimiento por defraudación de caudales públicos (la quaestio peculatus), el por traición a la patria y los demás relacionados con este (quaestio maiestatis) y se entablaran preferentemente

contra los que abusaran o hicieran mal uso de las funciones públicas." (5)

(5).- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI, op. cit.,
pág. 949.

En Roma anteriormente a la República se encuentra una jurisdicción delegada parejamente a la que ejercía el Rey en persona, y que correspondía unas veces al sentido y otras a ciertos comisarios llamados Duumviri. Estos jueces aparecen por primera vez en el proceso de Horacio. El Rey, para no asumir la responsabilidad odiosa de una pena capital con que se castigaba al vencedor de los Curiacios, delegó a los Duumviri el juzgamiento de este asunto, y cuando los Duumviri, esclavos del formulismo jurídico, por no existir aún de modo claro la separación entre ius y fas de que nos habla Von Ihering en su obra "El espíritu del Derecho Romano", condenaron al culpable, el Rey autorizó el recurso de apelación al pueblo, es decir, a los comicios curiados entonces existentes. Este es el primero y único ejemplo de una apelación en tiempo de los reyes. Es necesario que se entienda que esa apelación no habría sido viable contra una decisión del Rey en persona.

* En los primeros tiempos de la República -dice Eduardo Laboulaye en Essai Sur Les Lois criminelles des romains (1845)-, el crimen perduellionis (lo que comprendía todos los crímenes cometidos contra la majestad del pueblo o la seguridad del Estado) fue el que más a menudo aparece instruido y juzgado por los Duumviri. Sin embargo, esta

opinión, aunque tenga a su favor los nombres de Sigonius y de Niebuhr no nos parece justificada por los documentos que quedan. Y, por otra parte, es notable que el proceso de los asesinos de Tarquino, lo mismo que el de los hijos de Brutos, no fuese instruido por Duumviri, aunque en ambos casos fue, sin duda, crimen de lesa majestad o perduellio; además, si se quieren tomar las expresiones de Cicerón en una acepción más alta que la que él ha querido darle a buen seguro, es imposible conciliar el pasaje correspondiente de la República con lo que nosotros sabemos de la Ley Valeria, la primera que introdujo la apelación al pueblo y sometió a la nación a la jurisdicción de los cónsules, Ley más observada que fue necesario renovar tres veces." (6)

Laboulaye explica la evolución que experimentó en Roma el juicio del crimen de Perduellio, que concluyó por ser crimen de lesa majestad en tiempo de Augusto (Les Magestatis).- Dice al respecto Laboulaye:

" Las centurias fueron hasta el último momento los jueces del crimen de Perduellio. Era, en efecto, la nación reunida como un ejército a quien pertenecía juzgar a aquel que habiéndola atacado era declarado enemigo público. Mediante esta forma de juicio se persiguió, en

 (6).-Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo XXI, op. cit., pág.

una época en que ya existían las cuestiones, a los que habían violado la Constitución, por ejemplo el proceso de Ravirius o las quejas de Cicerón, quien se declara injustamente condenado, alegando que los comicios por tribus no eran tribunal competente para conocer en la acusación de Perduellio que le había intentado Clodio. Este tipo de acusaciones se hicieron muy raras después del establecimiento de una acción para el crimen de lesa majestad, pues este crimen y el de Perduellio no presentaban otra diferencia que el nombre." (7)

No hay duda de que el crimen de Perduellio entre los romanos era de una naturaleza idéntica al Peculado, la Concusión o la Exacción, pero tenía mayor alcance porque se extendía a los delitos contra las personas. La evolución que se opera en el Derecho Romano revela una tendencia en cierto modo dual: unas veces consistente en unificar todos los delitos que afectan el Estado bajo la denominación de lesa majestad, sin perjuicio de distinguir en el procedimiento la defraudación de caudales públicos (quaestio peculatus) de la traición a la patria y los demás hechos relacionados con este (quaestio maiestatis), tal como lo explica brevemente Teodoro Mommsen.

(7).- Enciclopedia Jurídica omeba, Tomo XXI, op. cit., pág. 950.

Vale la pena hacer mención de un antecedente insuperable relativo al problema que estamos tratando. Nos lo ofrece Marco Tulio Cicerón con motivo de su acusación a Verres por delitos múltiples cometidos en el ejercicio de sus funciones de gobernante en Sicilia y en Roma, como Quinto Cecilio, utilizando una maniobra en favor de Verres, pretendió adelantársele y sustituirlo como acusado, Cicerón dijo, entre otras cosas: "Impulsado, pues, por los deberes del cargo, por el honor, por la compasión, por el ejemplo de muchos buenos ciudadanos, por las antiguas costumbres y por lo que nuestros mayores instituyeron, he determinado echar sobre mí el peso de este trabajo no atendiendo a mi provecho, sino al de mis amigos. Sin embargo, hay en este asunto, jueces, algo que me consuela, y es que, pareciendo acusación, más bien puede considerarse como defensa, defendiendo, sí, a muchos hombres, a muchas ciudades, la provincia entera de Sicilia. Así, pues, acusando a uno pareceme que no me aparto de mi propósito de defender y amparar a los desgraciados. Pero aunque esta causa no fuera tan justa, tan grave, tan honrosa, ni los sicilianos me hubieran encomendado su defensa, ni tuvieran conmigo tan íntima amistad; aunque confesara que sólo por el bien de la República cito ante los tribunales a un hombre de singular codicia, audacia, y perversidad, conocido por

sus rapiñas y maldades, las más torpes y odiosas, no sólo en Sicilia, sino también en Acaya, Asia, Cilicia, Pamfilia y en Roma mismo, donde a vista de todos las ha cometido, quien podría vituperar mi conducta o mis intenciones." (8)

Más tarde, ya en plena acusación y refiriéndose a Verres afirma: " Pareceme que no viene únicamente a que se le condene, ni satisface que se le imponga el castigo ordinario de los concusionarios avaros a quien ha cometido tantos crímenes y que su rara y monstruosa perversidad es acreedora a especialísima pena. No se trata sólo de que, una vez condenado, restituya los bienes a quienes los robó preciso es que las ofensas hechas a los Dioses inmortales, la crucifixión de ciudadanos romanos, la sangre derramada de tanto inocente, las expie en el suplicio. Porque Verres no es concusionario, es ladrón; no es adúltero sino violador infame del pudor; no es sacrilego, sino enemigo de cuanto es sagrado y religioso; no es asesino, sino crudelísimo verdugo de ciudadanos y aliados, que ante vuestro tribunal hemos traído; es, en fin, el único reo en cuanto la memoria humana alcanza, a quien creo que el ser condenado le favorece." (9)

(8).- Enciclopedia Jurídica Omeba; Tomo XXI, op. cit., pág. 950.

(9).- IDEN.

LEGISLACION FORAL ESPAÑOLA. - * El fuero juzgo -dice Don Joaquin Escriche- manda que quien furta tesoro del Rey, u otra cosa, o le faz daño, entregue en nove dublo quanto tomar. Una Ley de partida ordena que el que teniendo dinero del rey o de algùn pueblo para pagar salarios, hace algunas labores, o para otros fines semejantes, lo empleare en su propia utilidad, debe restituirlo y pagar además un tercio de su importe; y otra Ley de la misma impone la pena capital al tesorero, recaudador o juez que robe u oculte maliciosamente alguna cantidad de fondos públicos, y aún a los auxiliadores, consejeros o encubridores; bien que si el Rey o consejo no demanda el hurto cometido por su oficial dentro del término de cinco años desde que tuvo noticia cierta, no podrá darse la pena de muerte, sino sólo la pecuniaria del quatro tanto. Por las Leyes recopiladas, el que tomare violentamente para si y por su propia autoridad las rentas y Derechos Reales de que el Rey se hallare en pacifica posesión, o hiciere resistencia pública con violencia para impedir se cobranza, incurre en las penas de muerte y confiscación de bienes juntamente con los que le diesen consejo, favor o ayuda: -el empleado público u arrendador de las rentas o derechos reales que usurpare fraudulentamente los caudales que maneja, o diera auxilio o consejo a otro para hacerlo, es castigado con la pérdida de todos sus bienes y destierro perpetuo del

reino; y el empleado que sabiendo y pudiendo probar la fraudulenta usurpación, no la denuncia dentro de dos meses contados desde que tuvo noticia, pierde la mitad de sus bienes, y cualquiera merced u oficio que hubiese recibido del soberano. Finalmente, por otras Leyes no recopiladas, está dispuesto que los arqueros, tesoreros, receptores y administradores no hagan uso de los caudales de la Real Hacienda, los cuales han de permanecer depositados en las arcas de tres llaves en las mismas especies en que se reciben; que si alguno usare ellos, aunque llegue a aprontarlos, se le ha de privar de oficio, y declarar inhábil para obtener otro; que si hay descubierto y no lo reintegra, se le imponga la pena de presidio desde dos hasta diez años, según las circunstancias, y aún si continúa, con la calidad de no salir de el sin real licencia, sin que por dimanar la quiebra de omisión, o de infidelidad de criados haya de disminuir la pena; y que en fin si procede aquella de haberse alzado con los caudales del Rey, se castigue con el último suplicio al reo principal y a sus auxiliadores." (10)

(10).- Enciclopedia Jurídica Omeba; tomo XXI, op. cit.,
pág. 951.

B I C O N C E P T O
D E L
D E L I T O .

P E C U L A D O.- Substracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad, este delito se denomina malversación de caudales públicos (V).

En lo administrativo, entre los romanos, el "Peculatum" se castigó primeramente con pérdida del empleo y de la honra; después, con el destierro y finalmente con la muerte. Tras este punto culminante en la represión, las sanciones evolucionaron hacia la benignidad, al reducir las a la deportación y confiscación; más adelante, a la privación de la ciudadanía y restitución del doble, que equivale a una multa del tanto.

En lo bélico. Algunos autores militares entienden específicamente por "Peculatum" el robo de una parte del botín, que los romanos castigaban con enorme severidad y sin respetar el prestigio logrado en el combate. Fue acusado así Escipión el Asiático, en el año 516 de Roma, por haber recibido enormes cantidades de oro y plata, de las que había retenido para sí, a más de las entregadas al erario. Juzgado por el senado, le fueron confiscados todos sus bienes; pero se libró de la prisión gracias al veto de Tiberio Graco, aunque enemigo político suyo, reconocedor de los servicios militares prestados a Roma

(V. Cohecho, Desfalco, "Tex Julia de Peculatus").

Nuestra legislación se muestra ya más, ya menos rigurosa con respecto al delito de Peculado en relación con la de Roma. El fuero juzgo manda que quien furta tesoro del rey, otra cosa, o le faz daño, entregue en nove dublo quanto tomar. Una Ley de partida ordena que el que teniendo dinero del Rey o de algdn pueblo para pagar salarios, hacer algunas labores, o para otros fines semejantes, lo empleare en su propia utilidad, debe restituirlo y pagar además un tercio de su importe (1) y otra Ley de la misma impone la pena capital al tesorero, recaudador o juez que robe u oculte maliciosamente alguna cantidad de los fondos públicos, y aún a los auxiliadores, consejeros o encubridores; bien que si el Rey o consejero no demanda el hurto cometido por su oficial dentro del término de cinco años después que tuvo noticia cierta, no podrá darse la pena de muerte, sino sólo la pecuniaria del cuatro tanto. Por las Leyes recopiladas, el que tomare violentamente para sí y por su propia autoridad las rentas y derechos reales de que el Rey se hallare en pacífica posesión, o hiciere resistencia pública con violencia para impedir su cobranza, incurre en las penas de muerte y confiscación de bienes juntamente con los que le diesen consejo, favor o ayuda: - el empleado - público o

arrendador de las rentas o derechos reales que usurpare fraudulentamente los caudales que maneja o diere auxilio o consejo a otro para hacerlo, es castigado con la pérdida de todos sus bienes o destierro perpetuo del reino; y el empleado que sabiendo y pudiendo probar la fraudulenta usurpación, no la denuncia dentro de dos meses contados desde que tuvo noticia, pierde la mitad de sus bienes, y cualquiera merced u oficio que hubiese recibido del soberano. Finalmente por otras Leyes no recopiladas está dispuesto, que los arqueros, tesoreros, receptores y administradores que hagan uso de los caudales de la Real Hacienda, los cuales han de permanecer depositados en las arcas de tres llaves en las mismas especies en que se reciben; que si alguno usare de ellos aunque llegue a aprontarlos, se le ha de privar de oficio y declarar inhábil para obtener otros; que si hay descubrimiento y no lo reintegra, se le imponga la pena de presidio desde dos hasta diez años según las circunstancias, y aún si continua, con la calidad de no salir de él sin real licencia, sin que por dimisión la quiebra de omisión, o de infidelidad de criados haya de disminuirse la pena; y que en fin si procede aquella de haberse alzado con los caudales del Rey, se castigue con el último suplicio al reo principal y a sus auxiliadores. Estas son las penas

prescritas por las Leyes Romanas y las nuestras contra el
PECULADO.

C) E L E M E N T O S Y
P R O B L E M A T I C A
S O C I A L D E L
D E L I T O D E
P E C U L A D O .

Enriquecimiento Ilegítimo, mejor que ilícito, ahora que hemos dicho "Enriquecimiento Ilícito" observamos que el Peculado y la Concusión son algo más que eso, son enriquecimiento delictuoso. Debemos hacer el distingo entre ilicitud y delincuencia; en este caso es necesario, porque no se trata de una simple irregularidad susceptible de anulación, sino de delito posible de represión y de restitución para el Estado de los bienes mal habidos.

Enriquecimiento, provecho o lucro ilegítimo contra la administración o en perjuicio de ella. Ahora lo que ocupa el centro de nuestra atención es el Peculado como forma genérica de delincuencia que puede o no hallarse mezclado con esas otras que acabamos de señalar, y deseamos contribuir a su caracterización jurídica y a dar solución a los daños que ocasiona o, por lo menos, a facilitar o encaminar su reparación.

Insistimos, pues, en que el Peculado no es un delito político, pero afirmamos que tampoco es un delito común.

Con lo anterior se puede apreciar que al denominarse como "Enriquecimiento Ilícito", lo mismo si se trata de un delito peculiar a empleados públicos que si es pura o simplemente "delito contra la administración", no importa quien sea la persona que en él interviene. Tanto en uno como en otro caso el enriquecimiento indebido es delictuoso

pero comprendemos que no está de más prever los casos en que el enriquecimiento se logra mediante actos que por sí mismos no son delitos y el enriquecimiento debe ser penado siempre que sea fruto de una indebida utilización del poder o de la autoridad, sea directa o indirectamente, como lo prevee el doctor Peco en la redacción de su proyecto.

Acaso convendría asumir una actitud más elástica para que sea más comprensiva de la realidad y no atenerse a la aconsejable sobriedad y precisión en la calificación de delitos cuando se apliquen al Derecho en el plano internacional. Se podría hacer la calificación enunciándolo así, por ejemplo: enriquecimiento, provecho o lucro ilegítimo contra la administración o en perjuicio de ella. Eso tendría la ventaja de abarcar todas las formas del delito que pueden cometer las personas, sean funcionarios, empleados o particulares. Luego cabría la discriminación y gradación de la pena en relación con el delincuente, agravada por su condición de empleado o funcionario y proporcionalmente a la elevación de su jerarquía.

En esto consiste concretamente la conclusión a que arribamos y nuestra contribución a una nueva técnica del Derecho Penal Internacional con el propósito de dar solución al problema contemporáneo de lo que en términos

generales se podría anunciar como "El Peculado Problema de Nuestro Tiempo".

La pena para el Peculado o el Enriquecimiento Ilegítimo. Esto nos conduce a sostener que también es necesario contemplar con otro criterio que aquel que inspira la legislación vigente el problema de la pena para esa clase de delitos. Debemos reconocer el acierto de la Constitución Argentina de 1819 cuando daba por sentado que el delito de Concusión y de Malversación de fondos suponía la pena de muerte o de infamia.

La pena con que los Códigos Penales reprimen el delito de Peculado, Concusión, Exacción, Malversación, son absurdamente leves. Que se le gradúe como corresponde en relación con la importancia del cargo y la responsabilidad a él inherente cuando se trate de empleados y funcionarios como así mismo en relación con el monto de lo delictuosamente obtenido, pero que sea tal que sirva de escarmiento para ahora y para siempre, en virtud de la múltiple lesión que produce, de lo contrario, nos haremos cómplices de la corrupción que amenaza extenderse y hundirnos.

"El descontento general que resulta de los gastos excesivos de un monarca no dura mucho. Pronto se olvidan sus prodigalidades, y el pueblo no ve ya más que los

monumentos que han quedado, sin que se acuerde de las sumas que se invirtieron. El recuerdo de las desdichas que hicieron odioso el reinado de Luis XIV, hasta el punto de que el pueblo insultaba el cadáver del monarca en sus funerales, fue bien pronto olvidado por la impresión general de grandeza que dejó su siglo y por las fórmulas de admiración que los retóricos pusieron en moda cuando se hablaba de aquel personaje. Lo mismo sucedería con Salomón. A su muerte, el odio y el descontento contra su administración estarían a punto de producir una revolución; más tarde no quedaría más que la fasinación de la leyenda".

(11)

Conviene tener esto siempre presente : es indispensable reaccionar contra ese vicio que la misma historia registra. En vez de declamar enfáticamente contra los tiranos y concusionarios, hay que castigarlos como delincuentes de la peor especie.

Como se puede apreciar el peculado no es un delito político. Lo mismo podemos decir de la Traición y de la Felonia, que revisten los mismos caracteres morales. Esto nos permite arribar a la conclusión de que tenemos el apoyo muy respetable de la Constitución de los Estados Unidos

(11).-Enciclopedia Jurídica Omeba; Tomo XXI, op. cit.,
página. 755 , 756.

Mexicanos, para afirmar que de todos los que se pueden cometer, los que más justifican la extradición - antes interestatal, ahora internacional- son los delitos cometidos en perjuicio del Estado o de la sociedad; no de la persona de los gobernantes, que pretenden ejercer la representación de uno u otra y hasta identificarse con ambos, sino de la sociedad o del Estado, repetimos, tal como resulta de su estructura jurídico-institucional.

A juicio de algunos autores, cuando el comiso o decomiso se hace efectivo sobre los bienes mal habidos, obtenidos delictuosamente o ilícitamente, no es una pena, ni encaja correctamente en calificación penal alguna.

Es una restitución del bien a su verdadero y legítimo dueño, más adaptable al Derecho Civil que al penal, aunque sea la consecuencia de la comprobación de un delito. El delito obliga a la restitución y ésta se opera por voluntad autoritaria del Estado, sin necesidad de acción civil de carácter reivindicatorio. Esa es la situación jurídica que plantea todo enriquecimiento ilegítimo si reúne los caracteres con que lo hemos tipificado con anterioridad.

JUSTICIA INTERNACIONAL.- De nada valdrían los principios expuestos acerca de esta materia y la técnica jurídica que se puede lograr en relación con ellos si no existieran tribunales de carácter internacional destinados a aplicarlos.

Ningún país puede juzgar por sí solo de estos asuntos y hasta sería peligroso que lo hiciera, es necesario que haya tribunales internacionales o, si se quiere, Corte de Justicia Internacional. El País que reclama la extradición de un criminal por enriquecimiento ilegítimo (sin que esto signifique excluir los demás casos de delincuencia cometidos desde el gobierno) deberá actuar como parte querellante ante el tribunal internacional, en juicio público, promoviendo la acusación y suministrando todos los elementos probatorios y demostrativos que posea, lo mismo para reclamar la extradición del delincuente que el comiso, decomiso o restitución de los bienes mal habidos que se encuentren fuera de su territorio y bajo la jurisdicción de otros gobiernos. En lo relativo al enriquecimiento ilegítimo corresponde aplicar el sistema de inversión de la prueba, con lo cual se respeta el antiguo y sensato precepto romano de que incumbe probar al que afirma y no al que niega, dada la evidencia con que se nos presenta siempre en posibilidad de prueba negativa.

Es el culpado de enriquecimiento ilegítimo el que tendrá que afirmar que los bienes antes referidos le corresponden legítimamente, y eso tendrá que probarlo (prueba positiva). Nadie como él puede conocer esa realidad ni tener a su alcance los medios de probarla y

demostrarla. El Tribunal Internacional resolverá el caso, o, mejor dicho, los casos, y su pronunciamiento valdrá lo mismo para la extradición que para la restitución, con la figura jurídica de comiso o decomiso.

Se espera que no esté lejano el día en que todo esto sea posible, como una conquista indispensable y urgente para el bien de cada pueblo y de la humanidad en general.

N A T U R A L E Z A

J U R I D I C A .

En su esencia jurídica, el Peculado (artículo 223 del Código Penal) consiste en la distracción o indebida utilización de elementos integrantes de los caudales públicos. Las fracciones I y II del Artículo 223 aluden a una calidad específica en el sujeto activo del evento delictivo, es decir, la comisión queda circunscrita a quien tenga la concreta calidad de servidor público.

Pero la calidad específica mencionada se completa con otra exigencia en el propio sujeto activo de las mencionadas fracciones I y II, nos referimos a la calidad de garante (noción procedente de Reinhart Maurach), y que la Doctora Islas estima como "la reacción especial estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien." (12)

La Calidad de Garante obtiene especial relevancia en los dos tipos que comentamos, a mayor abundamiento si consideramos que cabe la posibilidad de que los bienes, aparte de los pertenecientes al patrimonio público, pueden ser también de un particular en el supuesto previsto en la propia fracción I, "... o a un particular".

En el fondo, el peculado es una infracción de naturaleza similar al abuso de confianza, con la que - no

(12).- Enciclopedia Jurídica Omeba; Tomo XXI, op. cit.,
pág. 951.

obstante -, tiene ciertas diferencias claramente connotables, fundamentalmente en función de:

A) su carácter público; B) su mayor severidad punitiva y C) su persecución de oficio.

En síntesis, los elementos integrantes de éstas fracciones I y II del Artículo 223 son:

1.- Las calidades reseñadas del sujeto activo.

2.- Distracción o indebida utilización de bienes públicos, en amplio sentido, o de particulares.

3.- La necesidad de completar el tipo de la fracción II (artículo 223), con la indispensable referencia al uso indebido de atribuciones y facultades del Artículo 217 del propio Código Penal. Se nos ocurre señalar a título de opinión meramente personal, que la configuración típica de la fracción que comentamos, tiene evidentes analogías con los tipos "abiertos" de Hans Welzel.

4.- El sujeto activo del delito ha de haber recibido los bienes, por razón de su cargo, ya que el Factum delictual supone la tenencia provisional con obligación restitutoria, o de rendir cuentas o de dedicarlos a un fin determinado. Si el agente no tuviera su posesión y los tomara, aparecería el robo.

Todo tipo penal supone la tutela, garantía o protección de uno o más bienes jurídicos. Sin pretensiones

de exhaustividad los bienes tutelados en el peculado; (tal como ha quedado redactado con la reforma antes aludida), son entre otros:

A) la honestidad en el desempeño de la función pública; B) los fondos públicos, entendiendo la expresión en amplio sentido (dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o a un organismo descentralizado); C) los bienes de particulares en el concreto supuesto de la fracción I de artículo 223; D) el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes, en lo relativo a la parte de la fracción II que remite al uso indebido de atribuciones y facultades del artículo 217 del Código Penal; E) la rectitud moral en la promoción político-social (última parte de la fracción III); y F) la buena fama y la dignidad de las personas (ibidem).

En relación a las fracciones III y IV del artículo 223, la tipicidad de las mismas (es decir, las descripciones de conductas en ellas contenidas), son similares a las de las fracciones anteriores, con la importante salvedad de que el posible sujeto activo carece de la calidad específica de servidor público.

Para establecer las punibilidades, y sus correspondientes intervalos, los párrafos penúltimo y

final utilizan un criterio eminentemente cuantitativo. El importe económico adquiere singular protagonismo en la función punibilizadora, lo que permite pensar (desde la perspectiva de la más exigente pureza técnico-jurídica) en la presencia de eventos delictuosos cualificables como el resultado.

El párrafo penúltimo señala, al monto de lo distraído, el límite de no exceder el equivalente a quinientas veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal en el momento de la comisión de los hechos, o la imposibilidad de una adecuada evaluación. En este supuesto, el intervalo de punibilidad se sitúa entre tres meses y dos años de prisión, con sus accesorios de multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo, y la destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para el desempeño de otro empleo, cargo o comisión públicos.

El párrafo final, en relación al monto de los distraído o de los fondos utilizados, indica su exceso sobre quinientas veces el salario mínimo en las condiciones ya señaladas, pero el intervalo de punibilidad se extiende de dos a catorce años de prisión, la multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo y la destitución e inhabilitación de dos a catorce años.

En cuanto al sujeto pasivo (es decir, al titular o

titulares de los bienes jurídicamente protegidos), de un lado tenemos al Estado, (la comunidad, la sociedad, en la totalidad de las fracciones) y, del otro, el particular de los concretos y conducentes supuestos de las fracciones I, II y III del Artículo 223 del Código Penal vigente.

CAPITULO SEGUNDO
 ***** *****

* ESTUDIO DOGMATICO DEL
 DELITO DE PECULADO
 CALIFICADO. *

- | | |
|--------------------|-----------------------|
| A) CONDUCTA | AUSENCIA DE CONDUCTA. |
| B) TIPICIDAD | ATIPICIDAD. |
| C) ANTIJURIDICIDAD | CAUSAS DE LICITUD. |
| D) IMPUTABILIDAD | INIMPUTABILIDAD. |
| E) CULPABILIDAD | INCUPLABILIDAD. |
| F) PUNIBILIDAD | EXCUSAS ABSOLUTORIAS. |
| G) ITER-CRIMINIS. | |
| H) TENTATIVA. | |
| I) CONCURSO | a) DELITOS |
| | b) PERSONAS. |

A) CONDUCTA.AUSENCIA DE CONDUCTA.

Consideramos necesario antes de avocarnos directamente el Estudio Dogmático de los elementos que integran el delito, referirnos a la Concepción Analítica que nos cita el autor Castellanos Tena en su obra; manifestando que : "Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido" (13). El mencionado autor nos da a conocer la definición dada por Mezger quien al definir la noción Jurídico-Sustancial expresa que "el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable". (14)

Cuello Calón nos dice al respecto: "Es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible". (15)

Jiménez de Asúa nos dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal." (16) La definición dada

(13).-Castellanos Tena Fernando "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Ed. Porrúa, S.A. México 1981, pág. 129.

(14).-Mezger, nombre citado por Castellanos Tena Fernando, op. cit., pág. 156.

(15).-Cuello Calón Eugenio "Derecho Penal", 8a. edición, Ed. Bosch S.A., Barcelona España, pág. 236.

(16).-Jiménez de Asúa Luis, "La ley y el Delito" Ed. Hermes Sudamericana, 1a. edición, México D.F., 1986, pag. 256.

por el penalista alemán Ernesto Beling es muy parecida a la anterior, pero en la misma no menciona a la imputabilidad. Castellanos Tena nos hace notar que en la definición dada por Jiménez de Asúa, "se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad". (17) El mismo autor nos dice que está de acuerdo con quienes opinan que no se pueden considerar como elementos esenciales del delito a la: imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad.

Después de hacer referencia al delito, continuaremos con los elementos que lo constituyen; tales elementos varían de acuerdo al autor que estudiemos; por ejemplo Castellanos Tena al hablar sobre las concepciones sobre el estudio Jurídico-Sustancial del delito, nos dice: "Dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-esencial del delito; el unitario o totalizador y el atomizador o analítico. Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble". (18)

(17).- Castellanos Tena Fernando op. cit, pág. 130.

Castellanos Tena nos cita a varios autores como son: Antolisei quien nos dice que : "el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable". (19) Continúa "En cambio los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes, ello no implica, por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad". (20)

Francisco Carrara mencionaba al ilícito penal como una disonancia armónica; por consiguiente al analizar el delito por sus factores constitutivos no se puede negar su necesaria unidad. Por otro lado al referirnos a los elementos integradores del delito no hay uniformidad de criterios, pues hay autores que integran el delito, con dos elementos, otros expresan que se constituye de tres elementos, otros de cuatro y así sucesivamente, y dependiendo del número de elementos se crean las teorías

(18).- Castellanos Tena Fernando op.cit, pág. 129.

(19).- Antolisei citado por Castellanos Tena Fernando, op. cit.,, pág. 143.

(20).- IDEM.

bitómica; tritómica; tetratómica; pentatómica;
hexatómica y heptatómica.

Nosotros en lo particular consideramos conveniente, de acuerdo al delito que es materia de nuestro estudio el delito de Peculado, avocarnos a la corriente hexatómica, ya que consideramos que se dan los seis elementos que son: CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD, IMPUTABILIDAD, CULPABILIDAD Y PUNIBILIDAD; conforme vayamos viendo cada uno de estos elementos expondremos el porque consideramos adecuado seguir dicha corriente.

Iniciaremos el estudio de los elementos del delito, comenzando por la CUNDUCTA, aspecto positivo del mismo, que desempeña un papel importante para cualquier delito en particular, pues como opina Jiménez Huerta y Eugenio Zaffaroni, " para la existencia de un delito, es necesaria una expresión de carácter significativo y genérico, que viene a ser la conducta humana". (21)

Nosotros apoyamos a los autores citados, pues sabemos

(21).-Jiménez Huerta Mariano, "Panorama del Delito", Ed. Imprenta Univesitaria, México, D.F.pág. 7 y Zaffaroni Eugene, "Teoría del Delito" Ed. Ediar S.A. pág. 171.

que el delito efectivamente es una conducta humana, por ser el hombre un ente con capacidad y voluntad; pues aunque existan sociedades como la Anónima, Cooperativa, etcétera, éstas siempre se integrarán por personas físicas, que serán quienes controlen a la propia sociedad y cuando se cometen delitos como el FRAUDE por ejemplo, un representante de la citada sociedad, será éste a quien castigue la ley respectivamente. En nuestros días, no legisla el derecho, en relación a los animales que delinquen, como sucedía en épocas antiguas en donde determinado animal que cometía algún crimen, era castigado por el hecho cometido, hoy no sucede ello.

El establecimiento de la figura típica del delito de Peculado está agrupado junto a una serie de normas penales en un cuerpo legal de índole penal como lo es el Código Penal.

Además de que se trata de un delito de orden federal conforme a lo previsto en el Artículo 73 fracción XXI de la Constitución Mexicana que en su parte conducente expresa: "El Congreso tiene facultad para definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse". Luego entonces el delito de Peculado se rige por los principios generales que operan para todos los delitos contemplados en el Código Penal.

Ahora bien, es importante fijar varios principios, como sería lo relativo a la teoría del delito, el cual se ubica en la parte general de la ciencia penal, comprendiendo en su estudio los elementos constitutivos del delito y, su aspecto negativo, que originan la inexistencia del ilícito. Por lo que dicha teoría trata sobre las formas particulares en que aparece o se manifiesta el mismo.

Nuestro Código Penal vigente, expresa en su Artículo 7, el concepto de delito en los siguientes términos: "...es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Es decir tal definición comprende solamente como elementos a la acción u omisión y a la pena o sanción, o sea, que el ilícito es meramente una conducta punible.

La existencia de otros elementos del delito además de los anteriormente expresados, se infiere a través del estudio dogmático del mismo. como sería la interpretación, construcción y sistematización de las diferentes normas del ordenamiento penal positivo. De esta manera se obtienen como elementos constitutivos del delito: la conducta o hecho, típica, antijurídica imputable, culpable y punible. Tal como lo señala Raúl Carranca y Trujillo: "Intrinsecamente el delito presenta, las siguientes características: es una acción, la que es antijurídica, culpable y típica. Por ello es punible según ciertas

características o condiciones objetivas, en virtud de que está conminada con la amenaza de una pena. Acción porque es acto u omisión humano; antijurídica porque ha de estar en contradicción con la norma, ha de ser ilícita; típica porque la ley ha de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable porque debe corresponder subjetivamente a una persona". (22)

Ahora bien, el Peculado como figura delictiva se encuentra previsto en el Código Penal para el Distrito Federal, dentro del Título Décimo, Capítulo XII de los delitos cometidos por servidores públicos, Artículo 223; y que literalmente dice: " Comete el delito de Peculado:

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

II.- El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y

(22).-Carrancá y Trujillo, Raúl: "Derecho Penal Mexicano, Parte General" Ed. Porrúa S.A. México, 1986pág. 223.

facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

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

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

Por tanto, concluimos de lo anteriormente expresado, que para obtener una visión integral de esta figura, es necesario aplicar el método dogmático del tipo, o sea, utilizar la teoría del delito en general, a cada ilicitud en particular o en especial, situación en la que se encuentra nuestro tipo, y en consecuencia, corresponde realizar el análisis de la primera esfera del delito, que contiene los elementos del mismo, tanto en su aspecto positivo como negativo. Para comprender y estudiar a la conducta hemos investigado algunas definiciones de la

misma; así como de los elementos que la constituyen:

Castellanos Tena la define: "como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito." (23)

Antonio de P. Moreno textualiza: "La conducta es el hecho humano voluntario, positivo o negativo encaminado a la producción de una pena." (24)

Pavón Vasconcelos nos define a la conducta "Como el peculiar comportamiento humano que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria." (25)

Mezger al referirse al hecho punible que nosotros conocemos como delito, nos expresa: "Es un acto humano, derivado de la conducta por contener ésta la voluntad como elemento." (26)

Porte Petit nos dice: "La conducta no es el único elemento del delito, pues también el hecho es un elemento objetivo de la misma." (27)

(23).- Castellanos Tena Fernando, op.cit., pág. 149.

(24).- De P. Moreno Antonio, "Derecho Penal Mexicano" Ed. Porrúa S.A. México 1979, pág. 31.

(25).- Pavón Vasconcelos Francisco "Manual de Derecho Penal Mexicano" Ed. Porrúa S.A. México D. F. pág. 182.

(26).- Mezger Edmundo "Derecho Penal" Cardenas Editor y distribuido Tijuana Baja California, México 1985 pág. 102.

(27).- Porte Petit "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal" Ed. Porrúa S.A. México 1983; pág. 287.

Veamos que la conducta tiene tantas y diferentes definiciones de acuerdo al criterio jurídico de cada autor, y no sólo de nuestra doctrina mexicana, sino de otras como la doctrina alemana, como es el caso de la definición dada por Mezger, pues sabemos que sinónimamente es la conducta.

Hemos citado algunas definiciones de la conducta, y observamos que los autores caen en que es un hacer humano, por medio de la voluntad, y que en ocasiones el hacer puede ser positivo o negativo, por lo que podemos decir que los elementos que constituyen a la conducta son:

- ACCION (hecho positivo);
- OMISION (hechos negativos) y
- RESULTADO MATERIAL.

Nos hemos referido a tres elementos únicamente, porque dentro de la Acción y la Omisión, integraremos a la voluntad pues el aspecto volitivo, forma parte de las acciones u omisiones humanas dado que si se carece de voluntad, nos encontraremos frente al aspecto negativo de la conducta, que viene a ser la ausencia de conducta, elemento negativo del delito, al que con posterioridad haremos referencia. Cabe aclarar que dentro de la omisión, integraremos a la OMISION IMPROPIA O COMISION POR OMISION. Y respecto al resultado material, lo citamos, porque es obvio y lógico pensar que toda conducta humana

como dice Castellanos Tena tiene una finalidad, y afirmando lo dicho por Cuello Calón, "La conducta humana hará un cambio al mundo exterior que será el resultado." (28)

Como podemos ver se han citado a los elementos que integran a la conducta; según Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, opinan: "Las formas de manifestarse la conducta humana para constituir un delito son: LA ACCION Y LA OMISION, hablando también de la OMISION IMPROPIA, que vienen a ser los delitos de COMISION POR OMISION". (29); en consecuencia hablaremos singularmente de ACCION, OMISION y OMISION IMPROPIA e iremos estudiando todos los elementos que constituyen a las mismas.

Acción para Castellanos Tena es : "'Todo hecho humano voluntario con violencia de una norma prohibitiva". (30)

Cuello Calón expresa: "La acción consiste en la conducta exterior voluntaria, encaminada a la producción de un resultado". (31)

Forte Petit dice: "Acción es una forma de conducta, la

(28).- Cuello Calón Eugenio, op.cit.,pág. 340.

(29).- Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas," Código Penal Anotado" Ed. Porrúa S.A.,México 1985, pag. 29.

(30).- Castellanos Tena Fernando Op. cit., pag. 150.

(31).- Cuello Calón Eugenio Op. cit., pag. 333.

cual consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o hacer extratípico, dando lugar a un tipo de prohibición". (32)

Jiménez de Asúa textualiza: "Es la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior". (33)

Para Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas "La acción viene a ser el aspecto positivo de la conducta, es el hacer efectivo corporal voluntario, por lo que no son los reflejos ni los accidentes, ni los pensamientos, ideas o intenciones". (34)

Favón Vasconcelos nos dice: "La acción consiste en la conducta positiva expresada mediante un hacer, una actividad un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibida". (35)

Como podemos apreciar los juristas citados, al hablar de la Acción, se apegan a que es un hacer humano voluntario, manifestado por medio de un movimiento corporal

(32).-Forte Petit Candaudap Celestino, Op.,cit.,pág. 206.

(33).-Jiménez de Asúa Luis, Op.,cit.,pág. 300.

(34).-Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, Op.,cit.,págs. 32,33.

(35).-Favon Vasconcelos Francisco, Op.,cit.,pág. 183.

del ser humano, en efecto nosotros diremos que la acción es una manifestación humana voluntaria que produce un resultado material. De lo anterior se desprende que los elementos de la Acción como muchos auto.es opinan son:

- LA VOLUNTAD DE QUERER HACER ALGO;
- UNA VOLUNTAD HUMANA;
- UN DEBER JURIDICO DE ABSTENERSE ; Y
- UN RESULTADO MATERIAL.

Cuello Calón nos dice: "Los elementos de toda Acción son: Un acto de voluntad y una Actividad corporal". (36) Para Jiménez de Asúa la Acción se integra "con la voluntad, un resultado y la relación causal". (37)

El aspecto voluntario, llamado por Mezger "Acto de voluntad: (38), es punto de partida y fundamento de la acción en sentido amplio, es la causa del suceso externo. En el hacer activo, éste acto de voluntad constituye siempre un querer algo, o sea siempre e incluso en el hacer culposo, es un suceso psicológico real referido a un fin". (39) Así pues el aspecto volitivo, es elemento

(36).-Cuello Calón Eugenio, Op.,cit.,pág. 334.

(37).-Jiménez de Asúa Luis, Op.,cit.,pág. 210 y ss.

(38).-Mezger Edmundo, Op.,cit.,pág. 104.

(39).-IDEM.

indispensable de la conducta, pues al carecerse de voluntad, nos encontramos con el aspecto negativo denominado doctrinariamente AUSENCIA DE CONDUCTA.

Los juristas citados, al hablar de la conducta humana, se refieren a la ACCION, como elemento positivo, pero además expresan que puede darse un elemento negativo de un no hacer que tambien constituye delito, que es la OMISION, que consecuentemente esta no acción u omisión constituirá delito, al infringir una ley penal como en los casos de "OMISION DE DAR ALIMENTOS, OMISION DE AUXILIO A LOS LESIONADOS" etcétera, y que al igual que en la acción, la omisión también debe tenerse voluntad para llevar a cabo tal conducta negativa con un fin determinado como en el caso de los ejemplos citados.

Sánchez Tejerina autor citado por Márquez Piñero dice: "La voluntad omite ordenar el movimiento corporal que pudo impedir el mal que amenaza a un semejante en condiciones y precisamente que nos opongamos a el; concluyendo que la omisión exterioriza una actividad psíquica del agente, justificándose la punibilidad de los delitos omisivos en función de la finalidad de defensa y prevención sociales".

(40)

(40).- Márquez Piñero Rafael, "Derecho Penal" Ed. Trillas, México, D. F. 1986, pag. 167.

La omisión, opuestamente a la Acción, es como dijimos el aspecto negativo de la conducta humana voluntaria, manifestada en un no hacer, teniendo el deber legal de hacerlo, es decir, en la Acción existe un deber legal de abstenerse realización de ciertos hechos, como EL NO MATAR, contrariamente a ello, la omisión, se integra con el deber jurídico de realizar determinados actos como el de prestar auxilio a los lesionados; Carrancá y Trujillo junto con Carrancá y Rivas, definen a la Omisión "Es un no hacer activo corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de hacerlo". (41)

Para Pavón Vasconcelos, "Omisión es la inactividad voluntaria, frente al deber de obrar consignado en la norma penal". (42)

Porte Petit manifiesta : "La omisión consiste en el no hacer voluntario, o involuntario (culpa), violando una norma receptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar, a un tipo de mandamiento o imposición". (43)

Al referirnos a la omisión, encontramos que ésta también se integra con la voluntad humana, pues el no hacer

(41).-Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, op. cit.,pags. 32 y 33.

(42).-Pavón Vasconcelos Francisco, Op.,cit.,pág., 176.

(43).-Porte Petit Candaudap Celestino, Op.,cit.,pág., 306.

determinado acto se realiza con la voluntad de querer, como en el caso de la Acción y al respecto Pavón Vasconcelos dice: "Los elementos que integran a la Omisión son: Voluntad, Conducta inactiva o inactividad; y un Deber Jurídico de Obrar". (44) En igual postura que Pavón Vasconcelos opinan: Castellanos Tena, Mezger, Cuello Calón entre otros.

Nosotros apoyamos a los juristas que anteceden, pues igualmente que la Acción y como se ha repetido al carecer de voluntad humana se está frente a una AUSENCIA DE CONDUCTA.

Como ha quedado escrito. tanto la Acción como la Omisión son manifestaciones humanas voluntarias que consecuentemente producen un resultado material; cabe hacer mención que dentro de la omisión se encuadra la OMISION IMPROPIA O COMISION POR OMISION, que es otra manifestación de la conducta humana a la que la mayoría de autores consideran como la inactividad o el no hacer voluntario, que infringe la ley, a través de la violación de determinada norma, pues al abstenerse de realizar determinada conducta en forma voluntaria no realizan un deber jurídico y requerido legalmente que consecuentemente

(44).-Pavón Vasconcelos Francisco, Op.,cit.,pág. 197.

dará un resultado típico o jurídico material.

De lo enunciado se desprende que los elementos a la OMISION IMPROPIA O COMISION POR OMISION son:

INACTIVIDAD VOLUNTARIA.

ABSTENCION DE UN DEBER JURIDICO QUE OBLIGATORIAMENTE DEBE HACER;

VIOLACION DE DETERMINADA NORMA (INFRACCION DE LA LEY);

RESULTADO MATERIAL Y RESULTADO TIPICO.

Pues como afirma Castellanos Tena: "La Comisión por Omisión es un no obrar teniendo obligación de hacerlo, pero violándose no sólo la norma preceptiva sino, también una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir un resultado típico material". (45)

En toda conducta cualesquiera que sea su forma, habrá una relación entre el hecho y el resultado material; relación que Jiménez de Asúa llama RELACION CAUSAL, y otros juristas como Carrancá y Trujillo denomina NEXO CAUSAL; nosotros al igual que Von Liszt, Pavón Vasconcelos, Castellanos Tena, etcétera, la llamaremos RELACION CAUSAL, que viene a ser la redundancia, una relación entre LA ACCION U OMISION SIMPLE O IMPROPIA Y EL RESULTADO MATERIAL PRODUCIDO.

(45).-Castellanos Tena Fernando, Op.,cit.,pág. 156.

Von Liszt dice: "Existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando éste no hubiera tenido lugar sin aquel". (46)

Mezger textualiza: "La causalidad o relación de causalidad presupone que no se puede suprimir un suceso determinado" (47); el mismo Mezger dice: "En el derecho penal es la relación causal la que atiende a toda causa y un efecto, estimando a la propia causalidad la condición SINE QUA NON". (48)

La doctrina refiriéndose a la relación causal, ha creado diversas teorías; de las que haremos referencia:

"TEORIA DE LA EQUIVALENCIA O CAUSAS DE LA CONDITIOE SINE QUA NON".

Que viene a ser la que se apega a la expresión de Mezger pues en ésta teoría es causa la totalidad de condiciones positivas y negativas que producen un fenómeno". (49)

(46).-Von Liszt Franz, "Tratado de Derecho Penal" t. II traducido por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Español por Quintiliano Saldaña, Instituto Editorial REMS S.A., Madrid España pag. 304.

(47).-Mezger Edoardo, Op., cit., pag. 108.

(48).-Idem, pág., 107.

(49).-Carrón y Trujillo Paul, op. cit., págs. 310 y 311.

"TEORIA DE LA PREPONDERANCIA.- Es elaborada por Binding y en ella tiene relevancia y opera la última condición". (50)

"TEORIA DE LA CONDICION EFICAZ.- Se reduce el valor de la causa, pues según tal teoría es cualitativo a su expresión cuantitativa". (51)

"TEORIA DE LA CAUSA EFICIENTE O DE LA CUALIDADn.- Es aquella cuya eficacia radica en la fuerza con que actúa en la persona que con su acción se produjo el hecho". (52)

"TEORIA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA.- En ella la causa es normalmente adecuada al surgir el resultado, atendiendo a lo normal y común de la vida". (53)

Hemos hablado pues de la conducta humana, misma que es elemento necesario para cualquier delito o hecho punible, como expresa Mezger; haciendo referencia a sus formas de expresarse y los elementos que la constituyen, siendo como vimos el elemento voluntad uno de los indispensables, sin excluir claro a los movimientos corporales; y los resultados que producen en el mundo exterior.

(50).-Binding, autor citado por Carrancá y Trujillo Raul op. cit., pág. 308.

(51).-Ibidem. págs. 308 y 309.

(52).-Idem. pág. 309.

(53).-Idem. pág. 309 y 310.

Ahora singularmente atenderemos a la conducta en relación al Peculado, señalando cuáles son las ACCIONES Y OMISIONES IMPROPIAS.

En el delito de Peculado, la ACCION, se manifiesta en:

- I.- EL DISTRAER DE SU OBJETO DINERO, VALORES, FINCAS O CUALQUIER OTRA COSA PERTENECIENTE AL ESTADO POR PARTE DEL SERVIDOR PUBLICO.
- II.- EL UTILIZAR FONDOS PUBLICOS U OTORQUE ALGUNO DE LOS ACTOS A QUE SE REFIERE EL ARTICULO DE USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES, POR PARTE DEL SERVIDOR PUBLICO.
- III.- EL SOLICITAR O ACEPTAR REALIZAR LAS PROMOCIONES O DENIGRACIONES A QUE SE REFIERE LA FRACCION ANTERIOR POR PARTE DE CUALQUIER PERSONA.
- IV.- EL DISTRAER DE SU OBJETO PARA USOS PROPIOS O AJENOS O EL DARLES UNA APLICACION DISTINTA A LA QUE SE LES DESTINO, A LOS RECURSOS PUBLICOS FEDERALES, POR PARTE DE CUALQUIER PERSONA SIN TENER EL CARACTER DE SERVIDOR PUBLICO.

De lo anterior se desprende de las fracciones: I, II, III Y IV del precepto penal 223 de la legislación vigente en el Distrito Federal.

La OMISION IMPROPIA, se manifiesta al encubrir o permitir las actividades ilicitas por parte de los servidores públicos o cualquier otra persona que incurra en el delito de Peculado. Pues no únicamente se castiga al que comete tal ilícito, sino a las personas que no denuncien tal ilícito a la autoridad respectiva, e incurren en un delito de comisión por omisión, al abstenerse de la denuncia.

" AUSENCIA DE CONDUCTA "

Sabemos que la conducta es un hacer o no hacer voluntario, que indispensablemente ése hacer o no hacer radica en la voluntad humana del agente. Consecuentemente al no existir el aspecto volitivo, nos encontramos ante el aspecto negativo de la conducta que la doctrina denomina "AUSENCIA DE CONDUCTA"; que además de ser el aspecto negativo de la conducta, es aspecto negativo de cualquier delito.

Autores como Jiménez de Asúa expresan que la ausencia de conducta es ausencia de acción, manifestando al respecto lo siguiente: "Toda conducta que no sea voluntaria en el sentido de espontaneidad y motivada, supone ausencia de acto humano". (54)

Pavón Vasconcelos dice: "Hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son suyos por faltar en ellos la voluntad". (55)

(54).-Jiménez de Asúa Luis, op. cit., pág. 220.

(55).-Pavón Vasconcelos Francisco, op. cit., pág. 254.

Porte Petit enuncia: "Si la conducta comprende tanto la Acción como la Omisión, la ausencia o falta de aquella, abarca la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo, entraña la actividad o inactividad y son involuntarias". (56)

Así entonces comprendemos claramente que el aspecto negativo del delito, denominado "Ausencia de Conducta", radica esencialmente en la ausencia de voluntad, es decir, la involuntariedad.

Los casos de Ausencia de Conducta son:

- I.- VIS ABSOLUTA;
- II.- VIS MAIOR;
- III.- MOVIMIENTOS REFLEJOS;
- IV.- EL SUEÑO;
- V.- EL SONAMBULISMO Y
- VI.- EL HIPNOTISMO.

Castellanos Tena nos define a la VIS ABSOLUTA: "Como una de las causas impeditivas de la integración del delito, denominada también fuerza física irresistible que no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de la voluntad". (57)

Favón Vasconcelos dice: "La fuerza absoluta llamada

(56).- Porte Petit Candaudap Celestino op.,cit.,pág. 405.

(57).- Castellanos Tena Fernando op.,cit.,pág. 162.

igualmente violencia, constreñimiento físico o fuerza irresistible, ausencia de coeficiente psíquico-voluntad en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física no pueda integrar por sí una acción u omisión relevantes para el derecho". (58)

Por su parte Carranca y Trujillo considera a la Vis Absoluta como una causa de inimputabilidad, situación que explica de la siguiente manera: "el que por virtud de la violencia física que sufre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito, no es causa psíquica, sino sólo física; no ha querido el resultado producido, que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa; non agit, sed agitur, por cuanto no es él mismo el que obra sino que obra quien ejercita sobre él la fuerza física". (59) Por ello la acción no existe.

Porte Petit habla de un VIS ABSOLUTA, que viene a ser: "Un aspecto negativo de la conducta, en donde el sujeto realiza un hacer o no hacer por una violencia física humana e irresistible". (60)

(58).- Pavón Vasconcelos Francisco, op.cit., pág., 254,255.

(59).- Carranca y Trujillo Raúl, op.,cit., pag. 495.

(60).- Forte Petit Candaudap Celestino, Op.,cit.,pág. 416.

De las definiciones que anteceden, se desprende que los elementos integrantes de la VIS ABSOLUTA O FUERZA FISICA IRRESISTIBLE son:

- a) REALIZAR DETERMINADA CONDUCTA (acción u omisión);
- b) QUE EL SUJETO O AGENTE DEL DELITO ESTE IMPULSADO POR UNA FUERZA FISICA IRRESISTIBLE; Y
- c) QUE LA FUERZA FISICA IRRESISTIBLE SEA EXTERIOR Y HUMANA.

Otro de los casos de ausencia de conducta, lo conforma la VIS MAIOR; en donde en forma similar al de la VIS ABSOLUTA, el agente que realiza determinada conducta, provocando consecuentemente un delito llevará a cabo tal acción u omisión, motivado por una fuerza física exterior e irresistible, que a diferencia de la Vis Absoluta, la fuerza irresistible es originada por la naturaleza o por seres irracionales como pueden ser los animales.

Porte Petit expresa: "La Vis Maior es una de las hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana". (61)

Por otro lado la Vis Maior su peculiaridad consiste en que la fuerza física la ocasiona un fenómeno natural o

(61).- Porte Petit Candaudap Celestino, Op. cit., pág. 417.

animal. En la fuerza mayor, sostiene Vasconcelos se presenta similar fenómeno al de la Vis Absoluta. es decir, "actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales". (62)

Para Castellanos Tena la Vis Maior "adquiere un carácter supralegal, por no estar expresamente destacada en la ley, pero puede operar, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo indispensable para la aparición de la conducta, pues como se ha dicho es siempre un comportamiento humano voluntario".

Dentro de nuestro delito nosotros consideramos, que no se puede originar la Ausencia de la Conducta por la Vis Absoluta o Vis Maior, en virtud de que, la comisión del mismo requiere de una preparación intelectual muy especial.

Los elementos que integran la VIS MAIOR son:

- 1) UNA ACTIVIDAD O INACTIVIDAD;
- 2) UNA FUERZA FISICA IRRESISTIBLE; Y
- 3) QUE LA FUERZA SEA SUB-HUMANA.

Los Actos o Movimientos Reflejos es otro de los casos de Ausencia de Conducta; que se da cuando alguien actúa

(62).- Pavón Vasconcelos, Francisco Op., cit., pág. 257.

manejado por un reflejo, careciendo de su propia voluntad; pues aún cuando prevee un resultado material de su conducta puede o no ser culpable, ya que no puede dominar sus impulsos y realiza su conducta, sin pensar que con ello ocasiona un delito sancionable.

Algunos autores consideran también como verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad. Otros los sitúan entre las causas de inimputabilidad.

El sueño, considerado como un caso de Ausencia de Conducta, según Pavón Vasconcelos es "Un estado fisiológico normal humano de descanso del cuerpo y de la mente, que puede originar movimientos involuntarios del sujeto, con resultados dañosos". (63).

Carrancá y Trujillo sostiene que el origen de los sueños "Se atribuye a la subconciencia, que está durante la vigilia sometida a poderosas inhibiciones, pero que durante el sueño se liberta de ellas y aflora con su acervo de incompletas voliciones; también en este caso se sostiene que hay inimputabilidad". Es decir, no puede existir una acción en virtud de existir involuntariedad en el sujeto.

(63).- Pavón Vasconcelos Francisco, Op., cit., pág. 259.

El Sonambulismo, considerado también como un caso de Ausencia de Conducta, pues al igual que en el sueño, el sujeto puede crear movimientos involuntarios corporales que constituyen un delito, sólo que en el sonambulismo, el sujeto camina dormido.

Finalmente atenderemos al Hipnotismo, caso de Ausencia de Conducta, que se considera un fenómeno natural, en donde el agente del delito, al caer en tal estado hipnótico, prácticamente carece de su propia voluntad; y en el estado de hipnotismo, también se realizan actividades o inactividades consideradas como delito. Aunque existen situaciones en donde el propio sujeto activo del delito solicita caer en estado hipnótico y con tal situación delinquir, atendiendo a ello, Forte Petit nos da las siguientes hipótesis:

- " A) Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una conducta o hechos tipificados por la ley penal;
- B) Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictivos; y
- C) Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento sin intención delictuosa por parte de éste." (64)

(64).-Forte Petit Candaudap Celestino, op.,cit.,pág. 421.

En el hipnotismo infiere Villalobos, "La inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una obediencia automática hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia el argumento, comúnmente esgrimido, respecto a que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia."

El mismo autor expresa que en el "sonambulismo sí existe conducta, más falta una verdadera conciencia: el sujeto se rige por imágenes de subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes sólo producen una especie de conciencia no correspondiente a la realidad". Presentándose una inimputabilidad. (65)

Sin embargo, Jiménez de Asúa, los coloca como casos de ausencia de conducta, en los mismos términos lo hace Favón Vasconcelos.

Ahora bien, aplicándolos al caso concreto, es decir, al delito de Peculado, es difícil que se puedan presentar los mismos en virtud, de la capacidad intelectual que posee el individuo pero sí se da el hipnotismo como única causa de

(65).-Villalobos Ignacio: " Derecho Penal Mexicano "Ed. Porrúa S.A. México 1975,pag. 408.

ausencia de la conducta en el supuesto de que se le hipnotice en contra de su voluntad.

Nos hemos referido a los casos de Ausencia de la Conducta, que la doctrina penal maneja: ahora haremos incapie, al fundamento legal que los consagra, en el artículo 15 fracción I, del Código Penal vigente en el Distrito Federal, considerados como "Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad".

Art. 15 C.P.D.F.- Son Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad:

I.- Incurrir el Agente en actividad o inactividad involuntarias.

Avocándonos directamente al caso concreto con respecto a nuestro delito tema de estudio, consideramos que si se puede dar Ausencia de Conducta ya que el servidor público encargado de cometer tal ilícito posee la capacidad intelectual para desempeñar el mismo.

B) TIPICIDAD

ATIPICIDAD.

Es conveniente antes de entrar al estudio de la tipicidad, efectuar un análisis del tipo penal, con la finalidad de distinguir ambas nociones, en virtud, de que a menudo se les confunde.

El Peculado es una figura delictiva, prevista y sancionada por el precepto penal; 223 del Código Penal vigente en el Distrito Federal: Delito que en particular nos ocupa. Para dar inicio a nuestra exposición comenzaremos hablando del TIPO PENAL, en virtud de que éste desempeña un papel predominante en el ámbito penal, pues constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula " NULLUM CRIMEN SINE TIPO", pues el tipo es la descripción legal de determinado delito.

El contenido del tipo puede ser meramente objetivo, u objetivo y normativo: conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo, de tal manera que el concepto del mismo será en el sentido que sea la conducta humana, y que la ley a través de sus ordenamientos penales describa como delito, que en ocasiones y según el caso contendrá elementos normativos o subjetivos.

La H. Suprema Corte de Justicia manifiesta: " el tipo delictivo en concordancia con la doctrina se define como el

conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena" (66)

En otra de las Ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia nos dice: "El tipo es el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley, en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue una acción por el sólo hecho de ser típica y no necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos, es inconcluso que el tipo penal no llega a configurarse." (67)

Pero no solamente nos avocaremos a las Jurisprudencias de la H. Suprema Corte de Justicia, para el conocimiento del tipo penal, pues existen tantas definiciones del mismo, como Juristas penales se conozcan, tanto mexicanos como extranjeros, por lo que hablaremos de algunos de ellos, respecto de las definiciones que se dan acerca del tipo.

Castellanos Tena da la siguiente definición: "El tipo es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales". (68)

(66).- Semanario Judicial de la Federación, p. 2887.

(67).- Semanario Judicial de la Federación CXIX p. 2884.

(68).- Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 165.

El tratadista Luis Jiménez de Asúa define al tipo "como la descripción del acto o del hecho injusto antisocial en su aspecto objetivo y externo", y en cuanto al tipo legal nos dice: "es la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". (69)

El autor penal Eugene Zaffaroni textualiza: "El tipo es el instrumento legal necesario de naturaleza descriptiva, cuya función es la individualización de conductas humanas penalmente relevantes." (70)

Mariano Jiménez Huerta expresa: "El tipo es el injusto recogido y descrito en la ley penal." (71)

Marcela Martínez Roaro dice; "El tipo es la descripción de una conducta o resultado de la misma, prevista en un ordenamiento jurídico en forma general y abstracta que convencionalmente llamamos delito." (72)

Ignacio Villalobos manifiesta: "Tipo es una forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas

(69).- Jiménez de Asúa Luis, pag. 235.

(70).- Zaffaroni Eugene; "Teoría del Delito"; Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina 1973 pag. 171.

(71).- Jiménez Huerta Mariano; pag. 27.

(72).- Martínez Roaro Marcela; "Delitos Sexuales". Editorial Porrúa S. A. México 1985, pag. 172.

condiciones normales en la conducta que se describe." (73)

Como se observa el tipo tiene diversas definiciones, pues cada jurista emite la suya, dependiendo de su criterio propio, y al analizar cada una de ellas hemos encontrado que la mayoría de los estudiosos del derecho en materia penal, coinciden en expresar que el tipo es la descripción del delito cualesquiera que sea; tomando en cuenta ello, consideraremos al tipo como el delito mismo, es decir la acción u omisión de la conducta humana que la ley ya tiene prevista y el resultado de ello es la sanción que se impone a tales acciones y omisiones.

Sabemos que el delito es una acto humano y que el tipo de cada delito es la descripción legal prevista y sancionada por el ordenamiento penal respectivo, partiendo de ello, continuaremos con los elementos que integran al tipo en forma general, y consecuentemente en forma particular diremos cuáles son los elementos del Peculado.

Uno de los elementos del tipo penal es el SUJETO ACTIVO o Agente del Delito; éste será el que interviene directa o indirectamente en la realización del delito, es decir, será el autor del delito, o bien su cómplice de éste, y esto dependerá de las exigencias que la ley

(73).-Villalobos Ignacio; op. cit., pág. 267.

enuncie, pues sabemos que existen delitos simples, delitos especiales, exclusivos, de los que con posterioridad nos referiremos, cuando hablemos de la clasificación de los delitos: Apoyados en Pavón Vasconcelos, acerca de que "el delito es por excelencia un acto humano, consecuentemente el hombre será generalmente sujeto activo del delito dado que es él a quien la ley considera con capacidad y voluntad y que mediante determinada acción u omisión puede infringir la ley penal establecida en una sociedad". (74) De lo anterior se desprende que quien realiza lo previsto por el tipo, será Sujeto Activo Y/O autor material del delito, comprendiendo que será la persona o personas que violan determinada norma, encuadrando dentro de lo establecido por la ley penal.

Doctrinariamente y siguiendo los lineamientos de Porte Petit, clasificaremos al sujeto activo, dependiendo del número de personas que participan en la comisión de un delito:

- "a).-SUJETO UNICO O MONOSUBJETIVO: Será aquel donde el tipo se realiza por una o más personas;
- b).-PLURISUBJETIVO: Es cuando el tipo penal requiere de la

(74).-Pavón Vasconcelos Francisco, op.cit., pág. 163.

participación de dos o más personas." (75)

Otro de los elementos que integra el tipo penal es el SUJETO PASIVO, que viene a ser el titular del bien jurídicamente protegido o tutelado por la ley penal; por ejemplo: La Sociedad, El Estado o las personas singularmente.

Bettioli autor citado por Porte Petit nos dice: " En todo delito existen dos sujetos pasivos, uno constante que es el Estado Administración; en virtud de que se haya presente en todo delito, pues el delito en forma general es la violación de un interés Público Estatal, y el otro sujeto Pasivo es el eventual que es dado por el titular del interés concreto violado por la infracción, y que se toma especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento del derecho habiente, de la querrela y de la acción civil que puede hacerse valer en el cuerpo procedimental penal". (76)

Generalmente el sujeto pasivo y activo son diferentes, aunque doctrinariamente y atendiendo a lo textualizado por

(75).-Porte Petit Candaudap Celestino; op.cit., pág. 441.

(76).-Bettioli; autor citado por Porte Petit Candaudap Celestino, op. cit., pag. 441.

Forte Petit se pueden dar las siguientes hipótesis:

- a) Que el Sujeto Activo y Pasivo sean los mismos;
- b) Que el Sujeto Activo y Pasivo sean diferentes;
- c) Que el Sujeto Pasivo sea objeto material;
- d) Que el Sujeto Pasivo sea distinto al Objeto Material
- e) Que el Sujeto Pasivo sea distinto de la persona

sobre la cual se lleva a cabo la conducta o hecho."

(77)

Cabe hacer mención que al tipo no solamente lo conforman el Sujeto activo y Pasivo, como hemos estudiado, pues autores como Argibay y Molina y Villalobos Ignacio, opinan que dentro de los elementos del tipo necesariamente se encuentra un verbo que viene a ser el núcleo del tipo, pues en efecto el verbo indica la acción u omisión que al realizarse constituirán un delito, como en el caso singular del Peculado el verbo es distraer; utilizar u otorgar y el solicitar o aceptar.

Los mismos autores citados, manifiestan que los sujetos pasivo y activo del tipo son considerados elementos, pero considerados como requisitos o circunstancias que contemplan el tipo. (78)

(77).-Forte Petit Candaudap Celestino, op.,cit., pág. 441.

(78).-Argibay y Molina:"Derecho Penal"Ed. Ediar, Argentina 1972,pág. 210 y Villalobos Ignacio,"Derecho Penal", pág. 270.

Autores como Mezger y Jiménez de Asúa, nos hablan de otros elementos como son: "Elementos subjetivos, típicos normativos y típicos cognitivos pues según Mezger los elementos típicos subjetivos son sucesos psíquicos, que se realizan en el alma del autor, y así mismo al hablar de elementos típicos de juicio cognitivo los define como aquéllos que se derivan atendiendo a los conocimientos generales que da la experiencia. Tales definiciones son apoyadas por el tratadista Jiménez de Asúa, y ambos al referirse a los elementos normativos hacen una clasificación de éstos y manifiestan que son elementos de valoración cultural y elementos de valoración jurídica, los primeros creados por las normas culturales; y los segundos creados por las leyes de determinada sociedad". (79)

También son elementos del tipo: EL OBJETO MATERIAL, EL OBJETO JURIDICO, ASI COMO LAS MODALIDADES DE LA CONDUCTA QUE SON: LA REFERENCIA TEMPORAL Y LE REFERENCIA ESPACIAL.

EL OBJETO MATERIAL.- Es la persona sobre la que recae el delito, que bien puede ser una cosa o una persona, nosotros podemos decir que el objeto material también puede ser el sujeto activo.

(79).- Mezger Edmundo, op. cit. pág. 134 y ss. Cfr. Jiménez de Asúa Luis op. cit., pág. 264.

EL OBJETO JURIDICO.- Es o son los bienes que la ley tiene jurídicamente tutelados y protegidos, como lo son la vida, el honor, la libertad, etcétera.

En cuanto a las modalidades de la conducta, autores como Jiménez de Asúa no aceptan que existan en el tipo, pues dice: "En principio y en la mayoría de los casos, las modalidades de la acción como las referencias temporales, de espacio así como los medios empleados, no interesan para el proceso de subsumir el hecho en un tipo legal". (80)

En cuanto a ello Mezger opina: "Las referencias citadas como el lugar, el tiempo y los medios determinados que se emplean para la comisión de un delito, sino específicamente no se caerá bajo el tipo y por tanto no se encuadraría dentro de lo establecido por la ley". (81): apoyan tal opinión autores como Porte Petit.

En México la ley penal hace la referencia temporal en el caso de el delito de traición, pues es predominante la existencia de tiempo de guerra, para poder encuadrar el tipo.

Relativo a lo de referencia espacial o que también se

(80).- Jiménez de Asúa Luis, op. cit., pág. 807.

(81).- Mezger Edmundo, Op. cit., pág. 82.

conoce como referencia de lugar, es también indispensable para la integración de un delito, el lugar en donde se realiza como en el caso de el delito que nos ocupa (Peculado) se requiere que aún cuando se trata de una oficina de gobierno la cual ha sido destinada para prestar su servicio o servicios a la sociedad, y que indebidamente el servidor público es encargado de la administración de bienes pertenecientes al Estado los utilice o haga uso de ellos para lucrar inbebidamente a favor suyo.

En el caso de los medios así como las circunstancias que se dan en un tipo son indispensables, para la integración de un delito, en el caso del homicidio por ejemplo necesario es investigar si el delito se cometió con ventaja, es decir con alguna arma blanca o de fuego, o bien cuales fueron las circunstancias que originaron el ilícito, y según Porte Petit de los medios utilizados, la doctrina precisa los elementos de juicio cognitivo, normativos, culturales de valoración jurídica, etcétera.

"ELEMENTOS DEL TIPO PENAL PECULADO".

Los elementos que constituyen el tipo penal del Peculado están contenidos en la legislación penal para el Distrito Federal, en su artículo 223 está contenido el tipo básico fundamental, en cambio los subtipos estarían contenidos en el artículo 224 ya que nos habla del servidor público que se enriquece ilícitamente a base de bienes pertenecientes al Estado o haciendo uso de su cargo como servidor público.

Así pues el Objeto Jurídico Protegido: en dicha legislación será el PATRIMONIO perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular.

El Objeto Material es : EL DINERO, VALORES, FINCAS o cualquier otra cosa que el Servidor Público, que se encuentra encargado de la administración, ha recibido en depósito pertenecientes al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, pues sobre aquélla recae la conducta de disponer, distraer o utilizar indebidamente.

En cuanto a los SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS, en dicha legislación vigente para el Distrito Federal será: SUJETO ACTIVO: EL SERVIDOR PUBLICO QUE ES QUIEN REALIZA LA CONDUCTA DE DISTRAER, O UTILIZAR INDEBIDAMENTE. EL SUJETO PASIVO SERA EL ESTADO, EL ORGANISMO DESCENTRALIZADO O UN

PARTICULAR, QUIENES SON LOS TITULARES DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO ESTAN EL PATRIMONIO AFECTADO.

EL ELEMNTO NORMATIVO CULTURAL SERA: DISTRAER DE SU OBJETO DINERO, VALORES, FINCAS O CUALQUIER OTRA COSA, PARA DICHA LEGISLACION.

EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO DE LA CITADA LEGISLACION ES : EL USO PARA SU BENEFICIO O EL DE OTROS QUE HAGA DEL DINERO, VALORES O FINCAS O CUALQUIER OTRA COSA PERTENECIENTE AL ESTADO, AL ORGANISMO DESCENTRALIZADO O A UN PARTICULAR.

LA CONDUCTA ES EL DISTRAER, UTILIZAR U OTORGAR, SOLICITAR O ACEPTAR, DE ACUERDO A LA LEGISLACION PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

" FUNCIONALIDAD DEL TIPO".

El tipo generalmente tiene una función predominantemente descriptiva, y ya hemos dicho que, "NO HAY DELITO SIN TIPO". Haciendo un estudio más profundo respecto a la funcionalidad del mismo, hemos encontrado diversos criterios doctrinarios así como diferentes opiniones de los penalistas, algunos que se apegan, otros que hacen severas críticas; a continuación textualizaremos algunas doctrinas respecto a la citada funcionalidad del tipo.

" EL TIPO COMO FUNCION INDICIARIA ".- Ernesto Mayer, autor citado por Forte Petit, apoya ésta doctrina, atribuyendo al tipo penal un valor indiciario de la antijuridicidad, expresando que toda conducta debe conformarse a un tipo penal, y en consecuencia se le estima presuncionalmente antijurídica". (82)

" EL TIPO COMO FUNDAMENTO DE LA ANTIJUDICIDAD ".- Mezger apoyado por Puig Peña, considera que el tipo es el fundamento de la antijuridicidad, dado que el que actúa lo hace antijurídicamente, en tanto no exista una causa de

(82).-Forte Petit Candaudap Celestino op. cit.,pág. 426.

justificación o exclusión del injusto penal; Mezger llamó también a su doctrina "TESIS DE LA IDENTIDAD O SUPERACION".

" EL TIPO COMO ELEMENTO DE CONCRECION Y DE CONOCIMIENTO. Esta doctrina es sostenida por Rodríguez Muñoz, quien entiende que hay concreción en el tipo cuando éste se delimita a la tipicidad, encuadrando a la antijuricidad; en cuanto al tipo como conocimiento cuando coincide la antijuricidad y el tipo, siendo la primera necesaria e indispensable para el tipo " (83). Hemos enunciado que el tipo además de tener una función descriptiva como ya dijimos, también tiene una función indiciaria de la antijuricidad como dice Mayer, por lo propia H. Supreme Corte de Justicia apoya el sentido de que " el tipo delictivo es indicio de antijuricidad, más no fundamento de culpabilidad". (84)

Nosotros también apoyamos que el tipo sea un indicio de la antijuricidad, más no la esencia del tipo es la antijuricidad, pues una conducta puede ser típica en cuanto

(83).-Rodríguez Muñoz Javier; "Problemas de la Teoría del delito"; Revista de Derecho Público, México 1976, pág. 150 y ss.

(84).- Semanario Judicial de la Federación; t.XXXIII; 6a. época, 1979 pág.103.

encuadre a lo establecido por la ley, y se considerará tal conducta como antijurídica en tanto no existan excluyentes de responsabilidad que doctrinariamente se conocen como causas de justificación, como opinan MEZGER y MAYER en sus trabajos con lo anteriormente expuesto también apoyamos lo que Porte Petit manifiesta: "El tipo existe previamente a la realización de una conducta, e igualmente preexisten las hipótesis del aspecto negativo de la antijuridicidad o sean las causas de justificación o de licitud, la conducta realizada, será antijurídica o ilícita, tan pronto como se conforme al tipo descrito por la ley".

" CLASIFICACION DEL TIPO ".

Continuaremos nuestro trabajo, hablando ahora de la clasificación del tipo, tomando en cuenta distintos criterios como el de Jiménez Huerta; Jiménez de Asúa; Castellanos Tena entre otros.

CLASIFICACION DE JIMENEZ HUERTA. (85)

A.- Por su ordenación metodológica:

- a) BASICOS PRIVILEGIADOS.
- b) ESPECIALES AGRAVADOS.
- c) COMPLEMENTADOS PRIVILEGIADOS.
AGRAVADOS.

B.- En torno al alcance y sentido de la tutela penal:

- a) DE DAÑO DE PELIGRO EFECTIVO O PRESUNTO
- b) DE PELIGRO DE PELIGRO INDIVIDUAL Y COMUN.

C.- En torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados:

- a) SIMPLES
- b) COMPLEJOS

(85).- Clasificación tomada del texto: " Lineamientos Elementales de Derecho Penal" del autor: Castellanos Tena Fernando, op. cit.,pág. 170.

CLASIFICACION DE JIMENEZ DE ASUA. (86)

- a) TIPOS FUNDAMENTALES Y ESPECIALES: Dentro de los fundamentales integra a los cualificados y privilegiados.
- b) TIPOS INDEPENDIENTES Y SUBORDINADOS: Dentro de éstos los TIPOS BASICOS Y COMPLEMENTADOS.
- c) Clasificación atendiendo al acto; existen los siguientes tipos:
- 1.- DE FORMULACION LIBRE, CASUISTICOS, ALTERNATIVOS O ACUMULATIVOS.
- d) Clasificación, atendiendo al resultado existen:
- 1.- DELITOS CONDICIONALES.
 - 2.- DELITOS DE RESULTADO CORTADO.

CLASIFICACION DEL TIPO SEGUN CASTELLANOS TENA. (87)

TIPOS NORMALES Y ANORMALES;

(86).-Jiménez de Asúa Luis, op. cit., pág. 657 y ss.

(87).-Castellanos Tena Fernando, op.cit., pág.172.

TIPOS FUNDAMENTALES O BASICOS;
TIPOS ESPECIALES;
TIPOS COMPLEMENTADOS;
TIPOS AUTONOMOS O INDEPENDIENTES;
TIPOS SUBORDINADOS;
TIPOS CASUISTICOS;
TIPOS AMPLIOS;
TIPOS DE DAÑO (o de lesión); y
TIPOS DE PELIGRO.

De las anteriores clasificaciones, haremos un breve estudio respecto a cada tipo:

TIPOS FUNDAMENTALES O BASICOS. Son aquéllos cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo, es decir, que no deriva de ningún tipo en particular. Jiménez Huerta, expresa que éstos son los que constituyen la espina dorsal del Código Penal.

TIPOS ESPECIALES. Son aquéllos que se forman autónomamente y se agregan al tipo fundamental como requisito, para la existencia del delito. Dentro de los especiales, se pueden dar tipos especiales privilegiados y especiales cualificados o gravados.

TIPOS ESPECIALES PRIVILEGIADOS. Es aquel que se forma autónomamente agregando al tipo fundamental otro requisito que implica desminución o atenuación de la pena.

Los Especiales cualificados o agravados son: Los que implican una agravante o aumento de la penalidad.

TIPOS COMPLEMENTADOS. Son aquéllos que se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta.

TIPOS INDEPENDIENTES Y AUTONOMOS. Los entendemos como aquéllos donde cada uno tiene su propia autonomía y consecuentemente son independientes, encuadrando dentro de ellos a los fundamentales o básicos, es decir existen por sí mismos, sin que necesariamente sean complementados por circunstancias, o se agraven como el caso de los privilegiados, y los complementados.

TIPOS SUBORDINADOS. Son aquéllos que necesariamente van a depender de otro tipo básico, es decir, no podrán ser autónomos, pues estarán subordinados a otro, y sólo serán tipos complementarios.

TIPOS DE FORMULACION LIBRE. Son realizados por cualquier actividad que produce un resultado determinado.

TIPOS DE FORMULACION CASUISTICA. Los comprendemos como aquellos tipos en donde se establece una modalidad no única, sino que podrán ser varias las empleadas para integrar el tipo casuístico, pues en este caso la ley no describe

particularmente un caso específico, por ello consecuentemente los tipos de formulación casuística se suelen dividir en: TIPOS CASUÍSTICOS ALTERNATIVOS O ACUMULATIVOS.

TIPOS DE FORMULACION AMPLIA. Se les denomina así, porque se puede dar en un mismo tipo diversos actos para ejecutar en delito.

TIPOS DE DAÑO. Esta clasificación se da atendiendo a la tutela penal que se tiene de los bienes de una Sociedad valga la redundancia en tanto al daño que ocasionan tales tipos penales, al bien Jurídico protegido.

En los tipos de daño, se protege la disminución o destrucción del bien jurídicamente tutelado.

TIPOS DE PELIGRO.- Son similares a los de daño, salvo que éstos, los bienes tutelados, se prevé la posibilidad de que sea dañado.

TIPOS NORMALES.- Son aquéllos donde se limita el tipo a situaciones meramente objetivas.

TIPOS ANORMALES.- Se entienden como aquéllos donde es necesario hacer referencia no sólo a hechos objetivos, sino también subjetivos, es decir, situaciones con un valor cultural además de jurídico.

Ahora nos referiremos al Feculado particularmente, de acuerdo a la clasificación del tipo en forma general.

Se considera como TIPO FUNDAMENTAL O BASICO, pues el Peculado, es un delito independiente, en cuanto a que no requiere de otro tipo penal para su integración, Para mejor comprensión, ver el artículo 223 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

El Peculado también se clasifica como tipo anormal pues contiene tanto factores objetivos, que son el distraer, el utilizar fondos públicos u otorgar, el solicitar o aceptar realizar las promociones o denigraciones, y además factores Normativos, como son el haber recibido los bienes en administración o en depósito, también contiene elementos subjetivos como son el promover la imagen política o social de su persona, entre otros.

La clasificación que también se da del Peculado es la de DAÑO, pues con la práctica de la comisión de tal delito, se DAÑA el Patrimonio nacional o el de la empresa descentralizada o del particular.

La clasificación que se ha dado respecto del Peculado, es atendiendo a la clasificación que nosotros creemos es la más concreta que fue la de CASTELLANOS TENA, pues si atendieramos a Jiménez de Asúa, hablaríamos de tipos independientes o autónomos que comprendemos como tipo fundamental o básico.

De lo anteriormente expuesto, concluimos que la tipicidad viene a ser la relación conceptual que se efectúa cuando hay un encuadramiento de la conducta o hecho, así como de otros elementos a las exigencias formuladas por el tipo. Por tanto, consecuentemente con lo dicho, se hace necesario para establecer la tipicidad en el delito de peculado, asentar los requerimientos del tipo penal que lo describe.

Por principio, tenemos una descripción objetiva de la conducta, tratándose de un delito formal o de simple actividad; esta conducta constituye el núcleo del tipo que define al ilícito por el empleo de las fracciones I, II, III, y IV del artículo 223 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que expresa:

I.- Todo servidor público que para usos propios o ajenos DISTRAIGA de su objeto...;

II.- El servidor público que indebidamente UTILICE...;

III.- Cualquier persona que SOLICITE O ACEPTE REALIZAR LAS PROMOCIONES...;

IV.- Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligado legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los DISTRAIGA DE SU OBJETO...;

Con la inclusión del elemento normativo, la figura típica acude al reenvío receptivo de otra norma de carácter extrapenal, o a un reglamento e inclusive a un decreto. Este complemento no es parte integrante del tipo, sino sólo es una referencia para fijar el sentido del elemento normativo, aportando datos para el proceso, que tiene como consecuencia la emisión del juicio sobre la ilicitud de la conducta.

Luego entonces, todo tipo penal requiere como elemento indispensable, a los sujetos del ilícito y a uno o varios bienes jurídicos.

Nos hemos referido a la conducta como elemento y aspecto positivo del delito; desprendiendo de la lógica jurídica que para que determinada conducta humana constituya delito, debe estar rechazada y sancionada por las leyes penales respectivas; consecuentemente, el sujeto que realice conductas consideradas para la ley como delito, actuará típicamente. pues su acción u omisión se adecuará y encuadrará a lo establecido en un tipo penal. No debemos confundir al tipo penal con la tipicidad como sinónimo, pues al inicio de nuestra exposición hablamos del tipo penal, dejando escrito que era el delito mismo, y la tipicidad es un elemento esencial de éste, o bien su aspecto positivo. La mayoría de los juristas penales

definen a la tipicidad: como la adecuación de la conducta al tipo, penal, nosotros apoyamos ello, porque como ya enunciamos actúa típicamente quien se adecúa y encuadra a lo establecido por la ley como delito.

Jiménez Huerta textualiza: "La tipicidad es, pues una genuina expresión conceptual del moderno derecho punitivo que hace referencia al modo y forma de la fundamentación política y técnica del derecho penal" (88); el mismo autor nos dice: " Una conducta no podrá ser delictiva, no obstante su diáfana ilicitud, mientras que no esté contemplada en un tipo penal" (89).

Así entonces la adecuación típica da lugar a que una conducta humana se unifique al tipo penal, toda vez que se subordina y vincula con la descripción dada por la ley.

Castellanos Tena afirma: "La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; coincidencia del comportamiento humano descrito por el legislador." (90)

(88).-Jiménez Huerta Mariano, "La Tipicidad",Ed. Porrúa S.A., México 1955 pág 14 y 15.

(89).- Ibidem, pág. 15.

(90).- Castellanos Tena, op.cit.,pág. 166.

Ignacio Villalobos manifiesta: "La tipicidad es un elemento en la definición del delito, desde un punto de vista dogmático y supuesto apotegma LIBERE NULLUM CRIMEN SIEN LEGE" (91)

Jiménez de Asúa dice: "La tipicidad es elemento esencial del delito" (92).

Argibay y Molina expone: "Aunque la subsunción de la conducta efectiva en el conjunto de elementos que integran prevista por la ley, es la tipicidad". (93)

Laureano Landeburu, autor citado por Porte Petit manifiesta: "La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos penales de la ley". (94)

El propio Porte Petit textualiza: "La tipicidad consiste en la adecuación o conformidad a lo preescrito por el tipo." (95)

Carrancá y Trujillo dice: "La acción antijurídica ha

(91).-Villalobos Ignacio, op.cit.,pág. 258.

(92).-Jiménez de Asúa,op. cit., pág. 248.

(93).-Argibay y Molina, op.,cit.,pág. 191.

(94).-Autor citado por Porte Petit Candaudap Celestino, op. cit., pág. 470.

(95).-IDEM.

de ser típica para considerarse delictiva." (96)

Como podemos ver, la mayoría de los juristas, caen en definir a la tipicidad como la adecuación o encuadramiento de la conducta al tipo penal establecido en la ley penal. Nosotros también apoyamos tal situación, pues el sujeto que con su conducta se encuadre a lo expreso por la ley como delito, actuará típicamente.

Al referirnos al tipo penal, hablamos de la funcionalidad del mismo, dejando escrito que tenía una función predominantemente descriptiva; en el caso de la tipicidad, su funcionalidad, la consideramos como el indicio de la antijuridicidad como Mezger afirma; porque al existir tipicidad, entonces nos indicará también la antijuridicidad. Existen doctrinarios que opinan que la tipicidad es la RATIO ESCENDI de la antijuridicidad, pero nosotros creemos que puede no darse la antijuridicidad, aún actuando típicamente, cuando se encuentra una causa de justificación. En el Peculado, la tipicidad se dará al encuadrar en cualquiera de las fracciones I, II, III y IV, del artículo 223 del ordenamiento penal vigente en el Distrito Federal, dado que el precepto citado, expresa el tipo legal así como los subtipos del singular delito en estudio: Peculado.

(96). -Carrancá y trujillo Radl, Op. cit., pág. 406.

" LA ATIPICIDAD ".

Hemos hablado de la tipicidad, y sabemos que ésta es un elemento esencial del delito, y que no hay delito sin tipo penal, que además la tipicidad es un elemento y aspecto positivo del delito, mas sin embargo también existe el aspecto negativo de la tipicidad, que viene a ser LA ATIPICIDAD, es decir, hay ausencia de tipicidad.

" El caso de atipicidad general es el que con más motivo ha de quedar impune, que no existe delito sin tipo legislado, la ausencia de tipo, presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución en contra el autor de una conducta no descrita por la ley, e incluso aunque sea antijurídica." (97)

Según Parte Petit, " para encontrarnos frente a la atipicidad, nos tenemos que colocar en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes al tipo, manifestando además que en la atipicidad se pueden dar las siguientes consecuencias:

- 1) Que no se integre el tipo;
- 2) Traslación de un tipo a otro (variación del tipo); y

(97).-Jiménez de Asúa ,op. cit., pág 263.

3) Existencia de un delito imposible." (98)

Argibay Molina expresa: "Faltará tipicidad cuando a la acción le haya faltado cualquiera de los elementos previstos en el tipo legal, cuando la subsunción no ha sido cabal, perfecta". (99)

Castellanos Tena nos dice: "La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada" (100).

En el caso del PECULADO, estaremos frente a la Atipicidad:

1) Cuando haya ausencia de la Economía Nacional, o de afectar el patrimonio o bienes ya sea de un organismo descentralizado o los de un particular. (art. 223 C.P. del Distrito Federal).

2) Cuando no hay el propósito de enriquecerse o beneficiarse a base de propiedades o bienes pertenecientes al Estado, el organismo descentralizado

(98).-Porte Petit Candaup Celestino, op.cit.pags. 477 y 478

(99).-Argibay y Molina, Op.cit.,pág. 217 y ss.

(100).-Castellanos Tena Fernando,op,cit.,pág. 17..

a un particular. Pero como en tales casos ya no se integraría el tipo penal del Peculado, pues como afirma Porte Petit se variaría el tipo penal, porque al no integrarse los elementos antes citados, no se encuadra al tipo penal en estudio.

C) ANTIJURIDICIDAD

CAUSAS DE LICITUD.

De acuerdo con la consecuencia lógica entre los elementos de nuestro delito, el tercero de ellos se encuentra representado en la antijuridicidad, que viene a ser el elemento esencial valorativo del ilícito, tal valoración supone un carácter externo y objetivo sobre la conducta o hecho que transgrede el interés protegido por la norma penal preceptiva o imperativa.

Para Carrancá y Trujillo la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado, es decir, "la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado". (101)

Al hablar de oposición, no es referirse a la ley, sino a las normas de cultura, o sea aquellas órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses, cuya oposición constituye lo antijurídico.

Por su parte Villalobos sostiene, "la antijuridicidad es oposición al derecho; y como el derecho puede ser legislado, declarado por el Estado y formal, bien de fondo,

(101).-Carrancá y Trujillo Radl, Op.cit.,pág. 353.

de contenido o material, también la antijuridicidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley". (102)

Cabe indicar que ambas van unidas, y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de una misma cosa.

Jiménez Huerta dice: "Para calificar una conducta de antijurídica, preciso es comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita" (103), el citado autor conceptualiza la antijuridicidad " como la concretización de intereses jurídicos y en una ofensa de los ideales valorativos de la comunidad; obvio es que no puede juzgarse antijurídico la acción que no lesiona bienes e intereses jurídicos y que no ofende los ideales de la comunidad" (104).

Welsel, autor alemán dice: "antijuridicidad es el desacuerdo de la acción con las exigencias que imponen el

(102).-Villalobos Ignacio, Op.cit., pág. 258.

(103).-Jiménez Huerta Mariano, "La antijuridicidad", pág. 10
y ss.

(104).-Ibidem, pág. 12.

derecho para las acciones que se realizan en la vida social" (105).

Mezger textualiza: "una acción es punible, sólo si es antijurídica, pues la antijuridicidad significa el juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico, en tanto que la culpabilidad destaca la imputación personal de un hecho del actor" (106).

Para Cuello Calón: "la antijuridicidad, presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recae sobre la acción realista excluyendo toda valoración de carácter objetivo" (107).

Castellanos Tena afirma: "La antijuridicidad, radica en la violación del valor o bien protegido que se contrae al tipo penal respectivo." (108)

(105).-Welsel Hans. "Derecho PenalRoque Ed., Argentina 1956,,pág. 57.

(106).-Mezger Edmundo,op.cit.,pFag. 131.

(107).-Cuello Calón,op.cit.,pag. 351.

(108).-Castellanos Tena, op.,cit.,pág. 176.

Carlos Binding, autor citado por Castellanos Tena dice: "La antijuridicidad es creada por la norma, y que el delito no es lo contrario a la ley, pues es ajustarse a lo establecido por la misma" (109).

Argibay y Molina expresa: "Antijuridicidad es la relación de conflicto entre la acción humana y el orden jurídico" (110).

Jiménez de Asúa opina: "será antijurídico todo hecho definido por la ley, y no protegido por las causas de Justificación" (111).

Ignacio Villalobos habla de antijuridicidad, expresando: "Es la infracción legal, con la violación de los preceptos positivos provenientes del Estado o bien de sus órganos" (112).

Asimismo Castellanos Tena, nos cita a dos autores muy importantes como son: Max Ernesto Mayer y Franz Von Liszt de los cuales nos menciona lo siguiente:

Max Ernesto Mayer.-"Partiendo del antecedente romano,

(109).-Autor citado por Castellanos Tena Fernando,op.cit.,
pág. 176.

(110).-Argibay y Molina,op.cit.,pág. 236.

(111).-Jiménez de Asúa Luis,op.cit.,pág. 268.

(112).-Villalobos Ignacio,op.cit.,pág. 250.

pero indudablemente influido por las ideas de Binding, Max Ernesto Mayer da un contenido específico, concreto a la antijuridicidad. Dice que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Mayer pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente jurídico: para él, la norma cultural comprende costumbre, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos, etc" (113).

Franz Von Liszt.- "Ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos". (114)

Hemos enunciado diversas definiciones, y nosotros nos avocaremos a decir que la antijuridicidad es efectivamente un elemento y aspecto positivo del delito; y que necesariamente obrar antijuridicamente no es ir contra la ley, sino más bien ajustarse a ella, y seguimos afirmando

(113).-Autor citado por Castellanos Tena Fernando, op.cit.
pág. 179.

(114).-Autor citado por Castellanos Tena Fernando, op.cit.
pág. 180.

como cuando hablamos de la tipicidad que ésta será el indicio de la antijuridicidad, ya que pueden existir conductas típicas no antijurídicas al existir una causa de justificación, que viene a ser lo contrario a la antijuridicidad o sea su aspecto negativo de la misma.

La doctrina enuncia a la Antijuricidad, la dualidad de ser formal y material, pues dicen que existe la Antijuricidad formal, y la Antijuricidad Material; quienes apoyan esto son Jiménez de Asúa, Villalobos Ignacio, Castellanos Tena, Cuello Calón, Mezger, Argibay y Molina, Portre Petit, Carrancá y Trujillo; entre otros autores mismos que coinciden en que la Antijuricidad Formal, se estima como aquélla relacionada con los preceptos legales comprendidos en las leyes penales, es decir, la contravención a la ley penal respectiva, será antijuricidad formal; y la material se da cuando son dañados los aspectos sociales no emanados por el Estado ni sus órganos, es decir, "conductas socialmente dañosas como opina Cuello Calón" (115).

Porte Petit supone respecto a la antijuricidad formal y material las siguientes hipótesis:

"a) Antijuricidad material sin antijuricidad formal;

(115).-Cuello Calón, op.cit., pág. 353.

- b) Antijuricidad formal sin antijuricidad material;
- c) Antijuricidad formal con antijuricidad material;
- d) Antijuricidad formal en pugna con la antijuricidad material." (116)

En el caso singular del PECULADO, la conducta antijurídica es tanto formal como material, pues al cometerse tal ilícito se viola el artículo 223 del Código Penal vigente en el Distrito Federal; dañando tanto aspectos legales como los citados, así como aspectos sociales como la administración pública, las buenas costumbres, la dignidad humana y principalmente la credibilidad que la sociedad puede tener en sus gobernantes. Redondeando lo antes dicho, cabe mencionar que se presenta a su vez una antijuricidad formal y material, por cuanto a la primera, en virtud de transgredir una norma establecida por el Estado, y es material, en cuanto contradice intereses colectivos, en este caso la economía nacional es de interés general.

Ahora bien en nuestro ilícito, la conducta delictiva no sólo está en contradicción con la disposición penal, sino que además con las de carácter administrativo, de lo que podemos decir, que existe co-relación al lado de la antijuricidad penal administrativa.

(116).-Forte Petit Candaudap Celestino, op., cit., pág. 485.

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Al referirnos a cada uno de los elementos del delito, también vimos su aspecto negativo, y en la antijuridicidad lo haremos así también, siendo ahora las causas de justificación el aspecto negativo de la propia antijuridicidad, hay quienes a tales causas también las denominan Excluyentes de Incriminación; Causas de Licitud; Causas que excluyen la antijuridicidad; o como las llama nuestra legislación mexicana "CIRCUNSTANCIAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD", pues como ya enunciamos que si se actúa típicamente no necesariamente a tal conducta se considera antijurídica, pues puede probarse que se actúa con una justificación, como puede ser: Una legítima defensa Un estado de necesidad; u otra justificante dado que cuando haya falta de antijuridicidad podemos decir que el hecho se justifica.

Cabe hacer mención que no todas las fracciones contenidas en el artículo 15 del ordenamiento penal vigente en el Distrito Federal, son considerados Causas de Justificación, pues por ejemplo la fracción I de la legislación antes citada, constituye Ausencia de Conducta o de Acción como ya se dijo en páginas anteriores; por lo que apoyándonos en los que textualiza Castellanos Tena, las

Causas de Justificación serán:

* LEGITIMA DEFENSA;

ESTADO DE NECESIDAD (si el bien salvaguardado es de más
valía que el sacrificado);

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER;

EJERCICIO DE UN DERECHO;

OBEDIENCIA JERARQUICA (si el inferior está legalmente
obligado a obedecer);

IMPEDIMENTO LEGITIMO (117).

Sobre el fundamento de las causas de justificación existen innumerables opiniones. Vamos a referirnos a los criterios sustentados por Carrancá y Trujillo, Porte Petit y Jiménez de Asúa.

Carrancá y Trujillo, utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación, en lugar de (causas de justificación), al respecto sostiene: "toda vez que el concepto de delito, atendiendo a su contenido jurídico sustancial, no es otro que el de una acción antijurídica, típica, culpable y punible dentro de las condiciones objetivas de punibilidad; y que sin la antijuridicidad entendida como oposición a una norma de cultura no puede

(117).- Castellanos Tena Fernando, op., cit., pág. 167.

darse la acción inculminable; por todo esto las acciones que carecen de anti jus estarán plenamente justificadas, pues el acto u omisión humanos serán conforme a derecho". (118)

Al respecto Porte Petit, con relación a la fundamentación de las causas de justificación sostiene, "que existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante." (119)

Sin embargo Jiménez de Asúa considera "que se debe rechazar toda zona intermedia entre lo justo y lo injusto, no existiendo más que una base de las causas que deben admitirse como justificantes: la preponderancia del interés, era porque sea de mayor importancia jurídicosocial, el que triunfa en la colisión de la legítima defensa o el que se actúa al ejecutar un derecho o cumplir un deber, ora porque es superior el bien jurídico que se salvaguarda en el estado de necesidad y en los casos de justificación supralegal, anotando, que en suma sólo la

(118).-Carrancá y Trujillo Raúl, op.cit.,pág. 475.

(119).-Porte Petit Candaudap,op.,cit., pág. 493.

preponderancia del interés que se actúa (ejercicio de un derecho), protege (estado de necesidad) o defiende (legítima Defensa), o el deber que se cumple, fundamentan las causas de justificación". (120)

Autores como Mezger consideran otras causas de Justificación que él denomina Causas de Exclusión del injusto, y son las siguientes:

"No actúa antijurídicamente el que obra con el consentimiento del ofendido;

No actúa antijurídicamente el que obra en circunstancias tales que de conocer el lesionado la situación del hecho habría consentimiento eficazmente en la acción;

No actúa Antijurídicamente el que obra en el Estado de Necesidad, previsto por el derecho civil;

No actúa antijurídicamente el que obra con situación de legítima defensa;

No se actúa Antijurídicamente cuando la acción está protegida por otro derecho privado o público;

No actúa Antijurídicamente el que en virtud de su situación oficial de servicio, está obligado a obrar en la forma en que lo hace;

(120).-Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal, III", pág.

No actúa Antijurídicamente el que procede con la autorización lícita de autoridad competente;

No actúa Antijurídicamente el que procede en virtud de un mandato legítimo obligatorio;

No actúa Antijurídicamente el que ejecuta en forma adecuada un derecho de corrección que le compete;

No actúa Antijurídicamente el que al existir una colisión de deberes cumple con el deber más alto y equivalente;

No actúa Antijurídicamente el que sacrifica un bien de menor valor por uno más importante." (121)

Veamos que la doctrina Mezgeriana, atiende a cuatro causas excluyentes del injusto, más que en la legislación mexicana, pues según lo textualizamos en la legislación alemana existen diez causas excluyentes del injusto, y para la legislación mexicana son únicamente seis, mismas que han sido enunciadas, mismas que a continuación estudiaremos.

(121).-Mezger Edmundo, Op., cit., pág. 163-163.

LEGITIMA DEFENSA:

Primeramente nos ocuparemos de la Legítima Defensa, justificante contemplada en el artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Múltiples son las definiciones dadas sobre la legítima defensa, pero nosotros atenderemos a lo señalado por Carrancá y Trujillo, al expresar: "la defensa es legítima cuando contra-ataca a fin de que una agresión grave no consume el daño con que amenaza inminentemente". (122)

La Escuela Clásica, funda su punto de vista en la llamada defensa pública subsidiaria, al sostener la titularidad del estado sobre el derecho de defensa, es decir, la defensa individual adquiere todo su imperio cuando la pública está imposibilitada de actuar.

Entonces, la legítima defensa se hace consistir en el contra ataque o repulsa necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada injustamente. Por lo que toca al Peculado ésta hipótesis no puede aplicársele, dada la naturaleza del bien protegido y sujetos que lo componen.

Pavón Vasconcelos nos dice: "La Legítima Defensa, es

(122).-Carrancá y Trujillo Raul. Op.cit.,pág. 531.

la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho" (123).

Jiménez de Asúa, la define "como la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla" (124).

En la legislación penal vigente en el Distrito Federal nos dice el artículo 15 en su fracción III; lo siguiente:

ARTICULO 15 C.P.D.F., en su fracción III.- Son causas excluyentes de responsabilidad:

III.- "Repeler el acusado una agresión real, actual e inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no media provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a que se defiende.

PRIMERA.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

SEGUNDA.- Que previo la agresión y pudo fácilmente

(123).-Pavón Vasconcelos Francisco, op.cit., pág.315.

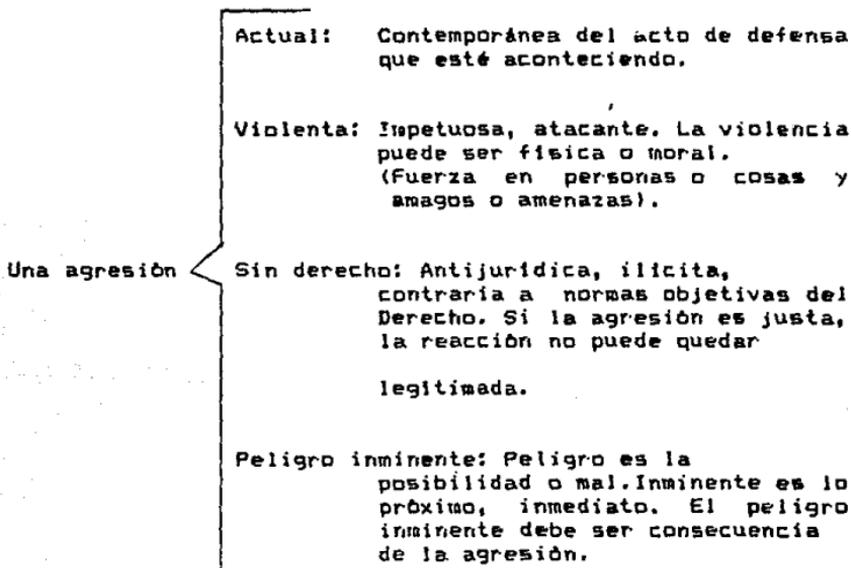
(124).-Jiménez de Asúa Luis, op. cit., pág 285.

evitarla por medios legales;

TERCERA.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; y

CUARTA.- Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa".

El siguiente cuadro esquemático, nos da una visión más completa respecto a la legítima defensa (").



La propia persona: Los ataques a la persona pueden ser en su vida, integridad corporal y en su libertad física y sexual.

El honor: La ley confunde al concepto de honor con el de reputación. El homicidio o las lesiones a los adúlteros no constituyen defensa

La agresión

debe recaer en ciertos bienes jurídicos.

legítima del honor.

Los bienes: Todos los de naturaleza patrimonial, corpórea o incorpórea y los derechos subjetivos susceptibles de agresión.

Otra persona

o sus bienes: Defensa de terceros o de sus bienes. Los bienes pueden pertenecer a personas físicas o morales.

(") Cuadro Esquemático, citado por Castellanos Tena, op. cit., pág. 197.

Según el artículo citado, se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquel que causa un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento ó por cualquier otro medio trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia a sus dependencias o a las de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren sus bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentren a alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Vemos que en los elementos que conforman a la legítima defensa se contempla la existencia de :

- a.- Una agresión actual sin derecho;
- b.- Violenta;
- c.- Encaminada a lesionar bienes jurídicamente tutelados por la ley y la propia sociedad, para la salvaguarda del bien común, bienes que pueden ser: la vida, el honor, el matrimonio, etc.

De la legítima Defensa, podemos decir que se dan las siguientes hipótesis:

- 1) Conflicto entre bienes de desigual valor, siendo de mayor entidad del bien injustamente atacado;
- 2) Conflicto entre bienes de igual valor, del agresor y del injustamente atacado;

3) Conflicto de bienes de desigual valor, siendo de mayor entidad el bien del agresor. (125)

Es necesario decir que la legítima defensa no se debe confundir con una venganza consumada, pues como dijimos uno de los elementos que conforman la legítima defensa es la agresión actual que contrariamente es lo que sucede en una venganza, dado que en esta última, la agresión ya no es actual, sino preterita, es decir que el daño o lesión de determinado bien ya ha sido consumado, por lo que no se acepta una agresión posterior a la lesión de determinado bien; así mismo tampoco la legítima defensa, se hace sinónimo de riña, en virtud de que en la riña los rixosos aceptan mutuamente la agresión.

Dentro de la doctrina se habla de Defensa Putativa, que viene a ser la defensa legítima imaginaria, es decir, el defensor imagina una agresión no existente por parte del supuesto agresor por lo que es poco aceptable la defensa legítima putativa en virtud de que se hace defensa repeliendo una agresión imaginaria por algún error, y como la agresión debe tomar carácter objetivo es por ello la no

(125).- Porte Petit Candaudap Celestinoop. cit., pág. 500.

aceptación de la citada defensa putativa. (126)

Aplicándolo directamente al caso concreto con relación a nuestro delito tema de estudio, vemos que no se puede dar la legítima defensa ya que el funcionario público que es el directamente responsable del delito de Peculado no podría defenderse de una acción violenta y de peligro eminente, mediante la disposición de los bienes que le han sido dados para su guarda o custodia y por no ser un medio idóneo para ello.

ESTADO DE NECESIDAD:

Otra justificante es "EL ESTADO DE NECESIDAD", cuando se trata de bienes de igual o desigual jerarquía; justificante que en el ordenamiento penal aplicable en el Distrito Federal y que se consagra en su artículo 15, fracción IV.

El Estado de necesidad se caracteriza por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares, al respecto Carrancá y Trujillo sostiene: " en el estado de necesidad está justificante, dentro de ciertos límites precisos, el ataque contra bienes ajenos jurídicamente

(126).-Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl op.cit.,pág. 85.

protegidos, a fin de salvar los propios de igual o de mayor valor" (127).

Artículo 15 C.P.D.F.- En circunstancia excluyente de responsabilidad:

Fracción IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no existe otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

Es necesario recalcar que conforme al principio de valuación de los bienes jurídicos protegidos por el derecho punitivo, cuando se presenta el conflicto entre ellos, esto se resuelve objetivamente mediante el sacrificio del valor menos importante y, es por esta situación como se fundamenta el estado de necesidad como causa de licitud. Luego entonces la justificación puede contemplarse operando también como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en el supuesto de una pugna entre los bienes de igual valía.

Tomando en cuenta la disposición legal citada, se desprenden como elementos conformativos de esta causa de licitud:

(127).- Carranca y Trujillo Radl, op.cit., pág. 569.

I.- Positivos; se presenta la existencia de un peligro provocado por un tercero, real, grave e inminente sobre su persona (salud o vida) o bienes (patrimoniales) o la persona o bienes de otro.

II.-Negativos: se da siempre que no existe otro medio practicable y menos perjudicial y además, que no tenga el deber legal de sufrir el peligro.

"En la justificante Estado de Necesidad, analizamos que se tiene que defender determinada persona, de un peligro grave e inminente que amenaza a lesionar determinado bien protegido ya sea legal o simplemente social: en tal justificante, aunque también es una defensa, no debe confundirse o con la justificante Legítima Defensa pues en la última citada se hace presente una agresión, en el caso del Estado de Necesidad no, pues el defensor se encuentra ante un peligro grave e inminente, pero no ocasionado por una agresión sino por un miedo o temor fundado, miedo que jurídicamente consiste en un estado psicológico provocado por causas externas de gravedad y de inminentes extremos que, obrando sobre el sujeto que las percibe, produce en su mente una reacción de tal manera intempestiva, que anula su raciocinio" (128).

(128).-Ejecutoria citada por Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas op,cit.,pág. 109.

En el Estado de Necesidad, igualmente que en la Legítima Defensa se pueden defender bienes propios o de terceras personas, cuando se observan ante un peligro real, grave e inminente.

Autores como Cuello Calón opinan "que existe un Estado de Necesidad, cuando se está ante un peligro inmediato actual para bienes jurídicamente protegidos, Estado que sólo se puede evitar lesionando bienes jurídicamente tutelados de otra persona" (129)

Los elementos que integran el Estado de Necesidad, para la mayoría de los juristas penales, tanto mexicanos como extranjeros, son:

a) Estar ante la presencia de un peligro real, grave e inminente;

b) Que el peligro esté encaminado a violar o lesionar bienes jurídicamente tutelados, ya sea propios o terceros;

c) Que no exista un medio capaz de reparar el daño ocasionado al peligro real, grave e inminente.

" El peligro real es el objetivamente existente, jamás imaginario, peligro que está por suceder prontamente y que de no ejecutar un acto defensivo, dañaría intereses jurídicamente protegidos, por el que el propio Estado de

(129).-Cuello Calón, op.cit., pág. 412.

Necesidad origina un conflicto de intereses jurídicamente tutelados entre los salvaguardados y los sacrificados, pues debe de subsistir uno de los otros" (130).

En conclusión el estado de necesidad surge cuando para conservar un bien jurídico, se lesiona otro igualmente amparado por la ley.

Aplicándolo a nuestro delito en particular, tema de estudio, si se da el estado de necesidad por encontrarse en una situación real de peligro para salvaguardar el bien, dispone de los bienes que le han sido entregados.

(130).-Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, op.cit., pág. 109 y 110.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER
Y/O EJERCICIO DE UN DERECHO:

Ahora hablaremos del Cumplimiento de un deber, que también es una excluyente de responsabilidad para la legislación penal mexicana, contemplada en la fracción V del precepto 15 del ordenamiento penal vigente en el Distrito Federal.

Fracción V del artículo 15 C.P.D.F.- Es circunstancia excluyente de responsabilidad:

"Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho".

Ante tal justificación observemos que la propia ley manifiesta que se excluirá de responsabilidad, a quien obra en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado legalmente, pues como textualizan Carrancá y Trujillo Radl, y Carrancá y Rivas Radl: "La conducta que se ampare en un derecho consignado en la ley es, así mismo afirmación de la ley y no puede ser antijurídica" (131), y en efecto quien realiza determinada

(131).-Carrancá y Trujillo Radl, Carrancá y Rivas Radl, op. cit.pág. 112.

conducta contemplada legalmente, no obra antijurídicamente, por adecuarse a lo previsto por la ley, y es ilógico pensar que al ajustarse legalmente actúe antijurídicamente, por lo que hay quienes opinan que tal justificante es una excusa absolutoria, dado que no se configura el delito cuando se cumple con un deber consignado en la ley.

Así mismo el que realiza un ejercicio consignado en la ley, actúa justificadamente, por lo que no es ni deberá ser sancionado por ésta. en virtud de que la propia ley lo autoriza.

Toda conducta o hecho tipificados en la ley constituyen situaciones prohibidas, pero cuando se realizan en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho adquieren carácter de licitud, excluyendo la integración del delito, inclusive eliminan toda responsabilidad penal.

Concretamente, el ejercicio de un derecho, como causa de justificación origina, "el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado", situación sostenida por Vasconcelos. (132)

Respecto a la ejecución del ejercicio de un derecho consignado y reconocido como tal en la ley, podemos decir que, debe actuarse dentro de los límites legales, de lo

(132).-Pavón Vasconcelos Francisco, op., cit., pág. 334.

contrario se presentaría tal ejercicio como excesivo.

El cumplimiento de una deber, "comprende tanto la realización de una conducta ordenada, por expreso, mandato de una ley como la ejecución de conductas en ella autorizadas", tal y como lo sostiene Vasconcelos. (133)

Por tanto la obligación de cumplir un deber se deriva de la disposición legal al particular o bien está constituida en el desarrollo de un servicio público. En estos deberes, para lograr su cumplimiento en ocasiones se permite el empleo de medios coactivos, luego entonces, en el caso del Peculado, no pueden aparecer como causa de licitud de ésta.

(133).-Pavón Vasconcelos Francisco..Op, cit., pág. 342.

OBEDIENCIA JERARQUICA:

La obediencia jerárquica, es otra justificante de la antijuridicidad, contemplada en la fracción VII del ordenamiento penal vigente en el Distrito Federal, en su artículo 15.

ARTICULO 15 C.P.D.F., Fracción VII.- Circunstancia excluyente de responsabilidad es : "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituye un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se aprueba que el acusado la conocía".

Las únicas dificultades, comenta Carranca y Trujillo, que en la práctica de esta disposición legal podrán presentarse consistirán en determinar, en cada caso, cuando la causa que motiva la inacción es legítima o justa, cuando es insuperable o incapaz de ser vencida por el esfuerzo del que incurre en omisiones". (134)

"Es esencial al funcionamiento de la excluyente:

- a) Que la jerarquía sea legítima; la relación nacida de ella no supone necesariamente que el mandato gire dentro de la órbita normal y habitual de las relaciones que mantienen el que manda y el que

(134).-Carranca y Trujillo Raúl, op.,cit.,pág. 647.

obedece, pudiendo rebasarla, pues lo que la ley exige es la relación jerárquica legítima y no que el mandato se ajuste a sus límites;

- a) Que el mandato ofrezca a lo menos apariencia de licitud, aunque en sí sea ilícito; la naturaleza del mandato no está limitada por la ley en ninguna forma, pudiendo ser hasta delictuosa; lo que impone al Ministerio Público la carga de la prueba relativa a que el agente conocía la naturaleza delictuosa del acto que le fue ordenado y ejecutó, pues de lo contrario, no estará comprobado el conocimiento por parte del agente, de esa circunstancia". (135)

La excluyente en cuestión, se refiere, solamente a las ordenes ilícitas, dado que las conforme a derecho, no se amparan en la eximentia.

Nosotros consideramos, como la única causa que se adecua al delito de Peculado en forma clara y concreta, ejemplificando tenemos la persona que recibía instrucciones superiores, para distraer de su objeto dinero, valores,

(135).- Comentario de los autores Carrancá y Trujillo Raúl, y su hijo Carrancá y Rivas Raúl, op.cit., pag, 114.

fincas, o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, pero al realizar dicha actividad lo hace cumpliendo una orden que se le ha impuesto, y por lo tanto, aunque la lleva a cabo, no sería una conducta antijurídica, aunque si Típica por adecuarse al tipo respectivo.

IMPEDIMENTO LEGITIMO:

Finalmente respecto a las Causas de Justificación nos ocuparemos del Impedimento Legítimo, que según el español Silvela, autor citado por los autores Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, dice: "El que no ejecute aquéllo que la ley ordena, porque lo impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley, no comete delito". (136). Así mismo los juristas citados, dicen: "el impedimento legítimo es una conducta manifestada en una omisión con causa legítima" (137).

Carrancá y Trujillo Raúl en su obra Derecho Penal mexicano nos dice: "El impedimento legítimo es causa que excluye la incriminación por justificación o ausencia de antijuridicidad, y las dificultades que pueden existir en la práctica en cuanto a tal justificación, consiste en determinar, en cada caso, cuando la causa que motiva la inacción es legítima o justa, cuando es insuperable o incapaz de ser vencida por el esfuerzo del que incurre en omisiones". (138)

(136).-Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, op.cit. pág. 114.

(137).-Ibidem.

(138).-Carrancá y Trujillo Raúl, op. cit., pág.625.

Pavón Vasconcelos nos manifiesta: " El impedimento legítimo es una causa de justificación en donde la conducta enjuiciada será siempre omisiva, pues sólo las normas preceptivas, cuya violación se origina en una omisión, imponen un deber jurídico de obrar". (139)

Ahora bien, cuando se contraviene la ley penal, dejando de hacer lo que ella manda por un impedimento legítimo e insuperable, estamos en presencia del impedimento legítimo como causa de justificación, misma que no se aplica al delito en referencia, ya que sólo funciona tratándose de delitos de omisión.

En nuestra legislación penal, vigente en el Distrito Federal, la justificante en cuestión tiene su fundamento penal en el Artículo 15, fracción VIII.

ARTICULO 15 C.P.D.F., fracción VIII.- Es excluyente de responsabilidad:

"Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo".

Para concluir consideramos necesario, que después de haber analizado las diversas causas de justificación que eliminan la antijuridicidad de determinada conducta, nos

(139).-Pavón Vasconcelos Francisco op. cit., pág. 354.

ocupemos ahora de las justificantes que encuadran en el PECULADO, ilícito que en particular nos ocupa:

Como anteriormente hicimos referencia que las únicas causas de Justificación que puede operar en el delito en estudio son el ESTADO DE NECESIDAD y la OBEDIENCIA JERARQUICA, ya que cuando un servidor público recibe órdenes de un superior jerárquico se ve obligado a cumplir la orden u órdenes que se le han impuesto, ya que así ha quedado establecido en el momento de su contratación por lo tanto, aunque obedece tal orden no sería una conducta antijurídica aunque sí típica por adecuarse al tipo respectivo. Así mismo cuando el servidor público se encuentre ante un peligro cualquiera e inminente y que para salvaguardar dicho bien, como puede ser su vida, para salvarlo de ese peligro opta por sacrificar los bienes dados, en custodia o guarda, pertenecientes al Estado o a un particular.

D) IMPUTABILIDAD

INIMPUTABILIDAD.

Anteriormente se determinó que sólo el ente físico puede ser sujeto activo del delito. Luego entonces, para que la ley pueda hacer recaer sobre él, la consecuencia penal traducida en la sanción, es necesario que dicho individuo sea imputable.

Acertadamente Carrancá y Trujillo manifiesta. "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 jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (140)

Por su parte Pavón Vasconcelos dice, "que la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad". (141)

(140).-Carrancá y Trujillo Raúl, ob. cit. pág. 431.

(141).-Pavón Vasconcelos Francisco, ob.cit.,pág. 373.

mientras algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Sin embargo, se ha considerado en general, que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, estableciéndose en la doctrina que aquella abarca la capacidad de querer y entender. De tal noción se infiere, que el individuo que conoce la ilicitud y significación de su comportamiento por una parte, además de su voluntad para realizarlo, ostente capacidad de imputación para que se le apruebe o reproche su conducta como culpable.

La imputabilidad es por tanto el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

Inclusive Castellanos Tena sostiene: en pocas palabras podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal". (142)

Por otra parte, es menester hacer mención a la responsabilidad, en virtud de que se le considera como el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable

(142).-Castellanos Tena Fernando, op.cit.p&g 218.

de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Es decir, existe una relación entre el sujeto y el Estado, la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

Para Bettiol "la imputabilidad coincide con la capacidad penal ya que el sujeto responsable debe ser imputable". (143)

García Ramírez define "La imputabilidad es la actitud de la persona para determinar de manera autónoma resistiendo a los impulsos." (144)

Así pues se deduce que un sujeto imputable lleva a cabo una conducta delictiva previendo su resultado, esto es en razón al nexo causal que en materia penal es la conducta y el resultado.

En virtud de ser la Imputabilidad la capacidad de que rediscernir y entender en el campo penal, puede también suceder que un ser humano actúe sin esa capacidad de entendimiento, pues puede al momento de delinquir padecer un trastorno mental ya sea permanente o transitorio en su

(143).-Giussence Pettiol, "Derecho Penal parte general", Ed. Temis, Bogotá Colombia 1965, pag. 392.

(144).-García Ramírez Sergio. "La Imputabilidad", Ed. Porrúa S.A., México 1977, pag. 25.

persona, cayendo en una causa de inimputabilidad de la que a continuación nos ocuparemos.

Al aplicar al caso concreto nuestro tema en estudio que es el delito de Peculado mismo que se encuentra regulado en el artículo 223 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal, podemos deducir que si se da la imputabilidad en el mismo ya que el sujeto que lleva a cabo el delito posee capacidad de entendimiento, ya que en el artículo citado anteriormente el cual regula dicho delito, nos expresa claramente que se trata de "servidor público" el encargado de cometer tal ilícito; por lo tanto es susceptible de poseer capacidad de entender y querer dicho sujeto o sujetos al momento de cometer el ilícito.

Ahora bien, cuando se carece de la facultad psíquica de conocer y querer la conducta o hecho realizado, se anula la imputabilidad originándose el aspecto negativo de la misma que conocemos como inimputabilidad, cuya presencia torna imposible la existencia del ilícito.

Así, Pavón Vasconcelos ocupándose de la misma cuestión, ha sostenido "La Inimputabilidad supone la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión". (145)

(145). -Pavón Vasconcelos Francisco, op.cit., pág. 375.

Al respecto consideramos, ajustarnos a lo señalado por Castellanos Tena al expresar: "las causas de Inimputabilidad, son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". (146)

Jiménez de Asúa dice: "Son causas de inimputabilidad, la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que priven o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró." (147)

Nosotros estamos más de acuerdo con la definición dada por Jiménez de Asúa, en virtud de que el citado autor, maneja elementos como falta de desarrollo de la mente, pues en el caso de los menores infractores, son personas inimputables para la ley penal en virtud de que aunque realizan un hecho típico y antijurídico, no se les puede atribuir el hecho, en tanto no sean mayores de edad, porque

(146).-Castellanos Tena Fernando, op. cit. pág. 223.

(147).-Jiménez de Asúa Luis, op. cit., pág. 339.

la ley penal, no los considera sujetos de derecho por carecer de la capacidad de discernimiento, es decir que los menores infractores aún les falta desarrollo mental, más que la salud mental o que estén alterados psicológicamente.

Para la mayoría de tratadistas, las causas de inimputabilidad son:

- a) Trastornos mentales, ya sean transitorios o permanentes;
- b) Estados de inconciencia por el consumo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes;
- c) El miedo grave;
- d) Sordomudez y
- e) La minoría de edad. (menores infractores)

Nosotros aceptamos tales causas de inimputabilidad, pues al cometerse un ilícito, si el agente que lo cometió al momento de delinquir se encontraba en algunas de las causas citadas, sin haberlas provocado el mismo, se considerará un sujeto inimputable que consecuentemente para la ley penal no será culpable.

Cabe hacer mención que si el sujeto se coloca antes de delinquir en cualquiera de las causas de inimputabilidad, excepto la de la minoría de edad que podríamos decir es ilógico pensar en tal situación, entonces la ley aplicará las sanciones correspondientes a la comisión del ilícito

para quien lo cometió, pero si es comprobado que las causas de inimputabilidad son verdaderamente no provocadas, entonces se harán valer de oficio.

Así pues las causas de inimputabilidad se encuentran reguladas legalmente en las fracciones II,VI del artículo 15 del Código Penal Vigente en el Distrito Federal, a pesar de que no todas las consagra, pues faltaría la sordomudez, la embriaguez, o el estado de inconciencia por sustancias tóxicas o estupefacientes, así como a los menores infractores, sin embargo en estos supuestos existe también la ausencia de la capacidad requerida por la imputabilidad.

Artículo 15 C.P.D.F.- Son causas excluyentes de responsabilidad:

II.- "Padece: el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impide comprender el caracter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente"

VI.- "Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

Esta causa de inimputabilidad en relación con el delito de Peculado, indudablemente puede presentarse, cada vez que el individuo no se encuentra en el uso completo de sus facultades mentales en el momento de la consumación de la conducta delictiva, y aplicándolo al caso concreto del Peculado, expresando que la inimputabilidad, será el actuar el servidor público de un trastorno mental o trastorno intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, claro que siempre y cuando el propio servidor público no se haya provocado tal estado inconsciente; tal y como lo establece la fracción II del artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Ya dijimos que las causas de inimputabilidad se harán valer de oficio, como lo establece el artículo 17 del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Cabe indicar que por trastorno mental debe entenderse toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas, innatas o adquiridas, cualquiera que sea su origen.

En tanto, los trastornos mentales transitorios para que opere por estado de inconciencia, precisa la reunión de todos y cada uno de los elementos consignados por el legislador, es decir lo relativo a lo previsto por el Artículo 15, fracción II.

Resumiendo para la integración del delito no basta la sola concurrencia de cierta conducta o hecho subsumible en la figura típica, ni la valoración objetiva realizada sobre aquel elemento que establezca su antijuridicidad, sino que además es necesaria la declaración judicial de que el agente del injusto típico es culpable.

Aplicándolo al caso concreto respecto de nuestro tema de estudio consideramos que si se puede dar en el delito de Peculado, ya que el sujeto que comete el ilícito se puede encontrar en un estado de inimputabilidad como lo mencionamos anteriormente.

E) CULPABILIDAD

INCULPABILIDAD.

Corresponde ahora, delimitado el ámbito respectivo, externar una noción sobre la culpabilidad, por lo que, la misma para Villalobos "la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos prohibidos que tienden a constituirlo y conservarlo desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o dasatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". (148)

La culpabilidad es aspecto positivo y elemento del delito, pues como afirma Cuello Calón: "toda conducta típica, anti-jurídica y culpable es un delito" (149), y para toda figura delictiva hay una pena respectiva, que para poder ser aplicada, necesaria es que exista un sujeto culpable e imputable legalmente, como afirma Castellanos Tena: "para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; pues en la culpabilidad interviene el conocimiento y la voluntad". (150)

(148).-Villalobos Ignacio, op.cit., pág. 232.

(149).-Cuello Calón Eugenio, op.cit., pág. 291.

(150).-Castellanos Tena Fernando, op. cit., pág. 217.

Así pues, el estudiarse a la culpabilidad, también se analizará a la imputabilidad, como un presupuesto de aquella.

Para una mayor visualización del tema en cuestión expondremos algunas acepciones de la culpabilidad.

Mezger opina: "la culpabilidad es : el nexa psicológico entre el acto y el sujeto, entendiendo además que la culpabilidad hace que el acto antijurídico sea reprochable subjetivamente". (151)
advirtiéndose que la culpabilidad presupone a la culpabilidad.

Von Liszt define: "culpabilidad es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado o bien como la relación subjetiva entre el acto y el autor, y ésta sólo puede ser psicológica". (152)

Para Bettiol, "la culpa también es un elemento del delito". (153)

Se han citado diversas definiciones, apoyándonos en que la culpabilidad es un elemento del delito, y que para considerar a un sujeto culpable necesariamente deberá ser

(151).-Mezger Edmundo, op.cit.,pág. 189.

(152).-Von Liszt Frank,op.cit.,págs. 207 y 208.

(153).-Giussepe Bettiol,op. cit.,pag. 392.

imputable, de lo contrario, no podrá ser sancionado ni aplicársele la pena a que al delinquir se hizo acreedor.

Necesario es decir que la culpabilidad no es sinónima de la culpa, toda vez que la última citada, al igual que el dolo y la preterintencionalidad son consideradas jurídicamente como forma de culpabilidad, de las que nos ocuparemos posteriormente.

Con la finalidad de precisar la esencia de la culpabilidad, han surgido en la doctrina dos teorías: la Psicológica y la Normativa. Dentro de la primera, la culpabilidad se fundamenta en un carácter psicológico, consistente en un nexo psíquico entre el sujeto capaz y su conducta o hecho. En esta concepción se da por supuesta la antijuridicidad como valoración jurídica sobre la conducta o el resultado concreto, para circunscribirse al estudio de la subjetividad o psiqué del autor, a fin de determinar su actitud respecto del resultado objetivamente delictuoso.

Al respecto, de acuerdo con la opinión de Vasconcelos, para la teoría psicológica, la culpabilidad "es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa". (154) Es decir, se presenta una relación subjetiva entre el autor y su hecho, el primero implica una valoración normativa, el segundo está privado de toda valoración.

Así, la culpabilidad se presenta integrada por un elemento emocional o volitivo, que abarca el querer la conducta o aceptar el resultado, en concurrencia con el factor intelectual o conocimiento que el propio individuo tenga de la antijuridicidad de su conducta o hecho.

Por su parte, expresa Carrancá y Trujillo, la teoría psicológica, "su fundamento radica en que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica, y de acatarla o no". (155)

De las ideas expuestas con antelación, Jiménez de Asúa señala que "la imputabilidad es de índole psicológica, pero tratándose de la culpabilidad, ésta reviste un carácter valorativo del tipo jurídico penal, toda vez que su contenido es un reproche". (156)

Por lo que, el desarrollo de la citada teoría se enfoca únicamente a la actitud dolosa del sujeto, prescindiendo de la culpa, resultando así insuficiente al no comprender esta segunda especie del género culpabilidad.

La teoría normativa reconoce un contenido psicológico implícito en la culpabilidad, ya que mediante la acción se

(154). -Pavón Vasconcelos Francisco, op. cit., pág. 364.

(155). -Carrancá y Trujillo Raúl, op. cit., pág. 469.

(156). -Jiménez de Asúa Luis, op. cit., pág. 354.

quiere la conducta y el resultado, o bien, solamente la primera, pero expresa que tal contenido no constituye la culpabilidad, puesto que viene a ser el objeto sobre el cual recae el reproche contra su autor. Por tanto el juicio valorativo de reproche se fundamenta en la exigibilidad dirigida al sujeto capaz para comportarse de conformidad al deber establecido en la norma penal. Luego entonces, cuando el juicio reprobatorio se efectúa, surge la culpabilidad entendida normativamente.

A mayor abundamiento, para Carrancá y Trujillo, la teoría normativa, al referirse a la culpabilidad, "no basta una relación psíquica entre el autor y el resultado, sino que es preciso que ella dé lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que se traduzca en un reproche". (157) Es por tanto, infiere el mismo autor, la culpabilidad, una reprobación jurisdiccional de la conducta que ha negado aquello exigido por la norma.

Así, para afirmar que una conducta es culpable es necesario, previamente afirmar, a través del correspondiente juicio, que el injusto típico perpetrado es reprochable a su autor por haberlo realizado intencional o imprudentemente y en circunstancias en que podía exigirsele

(157). -Carrancá y Trujillo Raúl, op.cit., pág. 469.

otra conducta diversa.

Es importante expresar, que en la comisión de un delito la conducta puede ser reprochada por su ejecución intencional o culposa, es decir, la culpabilidad reviste dos formas: Dolo y Culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia, existiendo además como subespecie de las precedentes la Preterintencionalidad.

Dolo y Culpa poseen un factor que les es común, ya en ambos supuestos se debe y se está en posibilidades para obrar de otra manera, o sea, de conformidad a derecho.

Comúnmente, en las figuras típicas, se admite indistintamente cualquiera de las dos formas de culpabilidad, salvo en los casos, en que la propia descripción se haga el señalamiento expreso de una de ellas, para que la conducta pueda ser reprochable exclusivamente en ese sentido.

Como elementos de la culpabilidad podemos mencionar, los que ubica la teoría normativa y son:

- a) La imputabilidad (elemento que ya quedó establecido)
- b) Las formas de culpabilidad (dolo y culpa)
- c) La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, al existir una de ellas desaparece la misma.

Primeramente nos referiremos a la culpa, que Castellanos Tena considera: "que es cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas." (158)

La culpa como segunda forma de la culpabilidad, nos concretaremos a seguir el criterio de Carrancá y Trujillo al expresar: "es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado". (159)

Cuello Calón al hablar de la culpa nos dice: "Existe culpa cuando obrando sin intención y si diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley". (160).

Pavón Vasconcelos dice: "Culpa se define como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los

(158).-Castellanos Tena,op.cit.,pág. 247.

(159).-Carrancá y Trujillo Raúl,op.cit.,pág. 457.

(160).-Cuello Calón Eugenio op. cit.,pág.453.

deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres." (161)

Villalobos expresa: "La culpa es una forma de pensar y de querer por el sujeto; siendo su factor constitutivo de la misma: una conducta, una voluntad no dirigida al resultado típico creado". (162).

Florian dice: "La culpa es la oposición al dolo, pues el agente ha ocasionado un cuanto dañino y peligroso no querido por él". (163)

Consecuentemente de las siguientes definiciones dadas, y apoyándonos en Carnelutti, "en los delitos culposos, la intención entre como un requisito constitutivo del delito, en cuanto paridad del daño, este constituye delito culposo o acto penalmente ilícito, únicamente por la calidad de intención." (164)

Así pues se ha hablado de la culpa como forma de culpabilidad observándose que los elementos constitutivos de la culpa son: Una conducta; Una voluntad no dirigida al resultado típico creado.

(161).-Pavón Vasconcelos Francisco, op.cit. pag. 411.

(162).-Villalobos Ignacio, op.cit., pag. 273.

(163).-Florian Eugene "Derecho Penal", t.I traducido por Ernesto Dihijo y Félix Martínez Giraldo, Ed. Hasona Imprenta y librería La Propagandita, Italia 1929, pag. 457.

(164).-Carnelutti Francesco, "Teoría del delito" Ed. Argos, Cali Colombia, pag. 157.

En la culpa, varios autores, han considerado dos situaciones: la culpa consciente y la culpa inconsciente.

"La culpa consciente existe cuando al agente se representa como posible que su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero las ignora, pensando en que las mismas no se producirán". (165)

"La culpa inconsciente se da cuando falta la representación en el agente de las posibles consecuencias de su conducta". (166)

En el caso particular del Peculado, no se da la culpa, dado que siempre existe una conducta voluntaria, ya que el servidor público teniendo la intención siempre tratará distraer para sí los bienes que le han sido encomendados para su administración, pues siempre lleva tal intención del lucro, y siempre prevé tal situación, encuadrándose en el DOLO, por la intención. El dolo es la otra forma de la culpabilidad, que a continuación nos referiremos.

Como anteriormente señalamos, Florian nos afirma que "el DOLO es el aspecto contrario que la culpa, pues el dolo es la intención de un evento previsto en la ley no del

(165).-Cuello Calón Eugenio op.cit.,pág. 457.

(166).-Ibidem.

cuento causado". (167)

Mezger opina: "El dolo es la comisión del hecho con conocimiento y voluntad". (168)

Jiménez de Asúa dice: "Existe dolo, cuando existe y produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebrante 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 el resultado que se quiere o ratifica". (169)

Cuello Calón define: "El dolo es como la voluntad consciente, dirigida a la ejecución de un hecho que la ley preveé como delito". (170)

El dolo como primera forma de la culpabilidad, puede ser considerado en su noción mas general, sostiene Carranca y Trujillo," como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea dañada. Un querer algo ilícito, voluntaria e intencionadamente, es la base sobre la cual se sustenta

(167).-Carnelutti Francesco, op. cit., pág. 157.

(168).-Mezger Edmundo, op. cit., pág 226.

(169).-Jiménez de Asúa Luis, op. cit., pág. 365.

(170).-Cuello Calón Eugenio, op. cit., pág. 429.

el concepto legal de dolo". (171)

Observemos que la mayoría de los juristas caen en expresar que el dolo es el actuar, consciente y voluntario, con la finalidad de producir un resultado típico y antijurídico.

Nosotros también entendemos el dolo como el comportamiento humano voluntario encaminado a la producción de un delito, dado que el que actúa dolosamente lo hace intencionalmente.

Siendo el dolo la forma más grave de la culpabilidad, su estudio ha dado origen a controversias, considerando a nuestro parecer, que la teoría que conjuga las nociones de representación y voluntad como base en el establecimiento de su contenido es la más acertada.

Tenemos como elementos del dolo, uno intelectual o (ético) y otro emocional o (volitivo). El primero está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, es decir, conocimiento que el sujeto tiene de las circunstancias del hecho, en el cual se representa un proceso causal entre su acción u omisión y el resultado. Ejemplificando tenemos el delito de Homicidio en cuyo caso el autor debe prever que de su acción, disparar un arma de

(171).-Carrancá y Trujillo Radl, op.cit.,pág. 441.

fuego habrá de resultar la muerte de un hombre.

Por tanto, el conocimiento del sujeto debe extenderse al carácter típico y antijurídico del resultado: tal conciencia no es necesario tenerla de modo técnico, sino de manera profana como quebrantamiento del deber de obrar o de abstención consagrada en la norma jurídica.

Con la intervención del elemento emocional se integra el dolo, ya que dicho elemento supone que el sujeto quiere realizar la acción u omisión que constituye la conducta o acepta el resultado que se ha representado como consecuencia de ella.

En el Peculado existiría dolo directo cuando la voluntad del agente se dirige directamente al resultado previsto, existiendo además identidad entre el acontecimiento real y el representado, es decir, no sólo basta el conocimiento de los hechos y su significación antijurídica, sino que además es necesario la presencia del elemento volitivo.

Caso contrario, sucede cuando estamos en presencia del dolo indirecto o eventual, cuando el sujeto dirigiendo precisamente su voluntad hacia un resultado delictuoso, se representa al mismo como contingente o posible, aceptándolo en caso de llegar a realizarse.

El Dolo se puede presentar en cuatro formas, pues doctrinariamente se conocen las siguientes clases de dolo: Directo, Indirecto, Indeterminado y Eventual. Y para una mejor comprensión de las citadas clases de dolo, haremos el siguiente cuadro: (")

DIRECTO: El resultado coincide con el propósito del agente.

INDIRECTO: El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

DOLO

INDETERMINADO: En el dolo indeterminado, la intención de delinquir es genérica sin proponerse un resultado delictivo en especial.

EVENTUAL: En el dolo eventual se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

(") Cuadro sinóptico, presentado por Castellanos Tena Fernando op. cit., pág. 241.

Una vez que nos hemos referido al DOLO, y a sus clases las aplicaremos al caso concreto del PECULADO. Diremos que es un delito DOLOSO en su clase de DIRECTO, pues el servidor público actuará con la voluntad e intención de distraer de su objeto dinero o valores que le hayan sido encomendados para su administración, con el fin de utilizarlos para usos propios o ajenos, dado que su finalidad es el ANIMO DE LUCRO, por lo que conocerá las circunstancias típicas del hecho y aceptará el resultado, pues este coincide con el propósito del agente.

LA PRETERINTENCIONALIDAD.- Esta forma de culpabilidad en algunas ocasiones se asemeja al dolo indeterminado, pues el agente delinque, sin esperar el resultado típico producido con su conducta realizada.

Autores como Cuello Calón, opinan: "La preterintencionalidad se diferencia del dolo eventual, en virtud de que la gente ni quiere el resultado más grave, ni previamente acepta el resultado producido." (172)

La preterintencionalidad encuentra su fundamento legal en el artículo 8º y 9º, párrafo tercero del Código Penal al prescribir: "Obra preterintencionalmente el que cause un

(175).- Cuello Calón Eugenio, op.cit.,pág. 433.

resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia". Sostiene Vasconcelos que la redacción del citado precepto es correcto, en virtud, de la concurrencia del dolo o la intención respecto al resultado querido o aceptado (dolo directo y dolo eventual) y culpa o imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido.

También suele llamarse a la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

Sin embargo, no es posible hablar de una tercera especie de la culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa, toda vez que ambas formas se excluyen.

Si como se precisó, en la formación de la culpabilidad se requiere la existencia de un elemento cognoscitivo, y además el emocional, es indudable que la ausencia de una de los mencionados, hace imposible el nacimiento del cuarto elemento del delito, y por tanto, la integración de éste.

Recordando que las formas de culpabilidad encuentran su fundamento legal en el Código Penal para el Distrito Federal en sus artículos 80 y 90, los cuales nos señalan que: "los delitos pueden ser:

I.-INTENCIONALES;

II.-NO INTENCIONALES O DE IMPRUDENCIA;

III.-PRETERINTENCIONALES."

en cuanto al primero de los citados artículos y en lo que respecta al segundo nos explica "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia".

De lo anteriormente citado vemos que la legislación del Distrito Federal, da una explicación de las formas de culpabilidad en el artículo 90, y que no emplea las palabras: DOLO Y CULPA en su artículo 80.

Después de habernos referido a la culpabilidad y las formas en que esta se presenta; así como de los presupuestos de la misma que son la Imputabilidad y su aspecto contrario a ella que es la Inimputabilidad, continuaremos ahora con la inculpabilidad, aspecto negativo de la culpabilidad, Carrancá y Trujillo apoyado por Carrancá y Rivas, manifiestan: "La ausencia de culpabilidad fundan la excluyente de responsabilidad que es el Estado de Necesidad, tratándose de bienes de igual o

desigual jerarquía; así como el delito consecuencia de un miedo o temor fundado; de la ignorancia o error del inculpaible; la obediencia jerárquica y el caso fortuito". (173)

Las causas genéricas de inculpaibilidad son: el error y la no exigibilidad de otra conducta.

Se debe entender que estamos en presencia del error cuando se tiene una idea falsa de la representación objetiva, misma realidad que puede darse en una cosa o bien, en una situación.

Para los efectos jurídicos penales, el error se subdivide; en error de derecho y de hecho.

Su fundamento legal lo encontramos conforme a lo dispuesto por el Artículo 15 fracción II, del Código Penal, al expresar: "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta. No se excluye la responsabilidad si el error es vencible".

(173).-Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, op. cit., págs. 111-117.

Cabe aclarar aquí, que lo expresado en el párrafo anterior, se refiere tanto al error de derecho (error juris), como al error de hecho (error facti).

El error de derecho, diremos que se ha seguido el principio casi universal de que la ignorancia de las leyes a nadie beneficia, como puede verse, se equipará la ignorancia al error, haciendo consistir a éste en la ignorancia de la ley o en el falso conocimiento de la misma. Esta especie en el Derecho Punitivo Mexicano, no es considerada como causa de inculpabilidad, conforme a la presunción legal de intencionalidad establecida en el Artículo 9º del Código Penal.

Analizando el principio rigorista que regula al error de derecho, así como la actitud seguida al respecto por nuestro ordenamiento penal, tenemos que el mismo se encuentra en correlación con el establecimiento del Artículo 52 del mismo Código, mediante el cual se puede disminuir la penalidad conforme al arbitrio del juzgador, quien al efecto valorará en el caso concreto las circunstancias del hecho y del sujeto.

Lo referente al error de hecho, Vasconcelos infiere: "que el mismo recae sobre circunstancias del hecho típico, cuando es insuperable, tiene la virtud de eliminar el dolo, pero si no es invencible, el agente responderá del hecho

típico a título de culpa, si la figura admitiere dicha culpabilidad". (174)

Ahora bien, el error de hecho admite como subespecies a: el error esencial y al error accidental o unisencial.

El error accidental, no funciona como causa de inculpabilidad ya que recae sobre los elementos accidentales del delito.

Este error comprende a la "aberratio ictus" y a la "aberratio in persona". El primero se presenta cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente, mientras que en el segundo se da cuando el error versa sobre la persona objeto del delito.

El error de hecho esencial e invencible, origina la inculpabilidad por ausencia del dolo, cuando se tiene desconocimiento:

I.- De los elementos del tipo;

II.- De la realidad fáctica, jurídica penal o extrapenal concernientes a las causas de licitud.

La eximente putativa del inciso I, opera cuando el individuo a consecuencia de un error de hecho esencial e invencible, o bien por un error de derecho no penal, considera encontrarse bajo una causa de justificación, de

(174).-Pavón Vasconcelos Francisco, op.cil., pág. 437.

inculpabilidad o excusa absolutoria.

Lo relativo a las eximentes putativas tenemos a: la defensa putativa, el estado de necesidad putativo, el consentimiento putativo, la obediencia jerárquica putativa, el ejercicio de un derecho putativo, el cumplimiento de un deber putativo, el impedimento putativo y la no exigibilidad de otra conducta putativa.

Luego entonces, el error de hecho esencial e invencible, aún cuando no se reglamenta en el Código Penal, sin embargo, consideramos como se ha sostenido por los tribunales que, el mismo se encuentra a través de la interpretación a contrario sensu del Artículo 8º, que habla de las formas de culpabilidad.

Creemos que los elementos descritos anteriormente no se configuran plenamente al delito de Peculado, toda vez, que aplicándolos al caso concreto no se presenta la aberratio ictus, ni la aberratio in persona, como consecuencia tampoco puede existir el error de hecho esencial e invencible.

Otro de los aspectos negativos de la culpabilidad es la no exigibilidad de otra conducta, donde encontramos el estado de necesidad (cuando los bienes en conflicto son de igual valor), la violencia moral o vis compulsiva, llamada por la ley temor fundado irresistible. Estas

excluyentes de responsabilidad, las recoge el ordenamiento punitivo en el Artículo 15, fracciones IV y VI respectivamente, regulándose dentro del mismo precepto legal algunos otros casos específicos, de los cuales ya se hizo mención.

Villalobos opina al respecto, cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta," nos referimos sólo a consideraciones de nobleza o emotividad pero no de derecho, por los cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y con el orden social". (175)

En el Peculado tenemos que, la inculpabilidad puede presentarse en, la no exigibilidad de otra conducta putativa (temor fundado- Artículo 15, fracción IV del Código Penal) y la obediencia jerárquica putativa (cuando el inferior, conociendo la ilicitud del mandato y pudiendo rehusarse a obedecerlo, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias).

Cuello Calón: " la ignorancia y el error del hecho

excluyen la intención criminal y por tanto el carácter delictuoso de la acción u omisión, provengan de culpa o negligencia imputable a la gente, dado que no existe en ella la voluntad consciente". (176)

En efecto si la culpabilidad se integra de un elemento volitivo y consciente en el agente, en la inculpabilidad o ausencia de culpabilidad los elementos que la integran son: Ausencia de voluntad y de intención de producir un resultado típico, pero deben estar los dos elementos, pues de lo contrario al existir sólo ausencia de voluntad únicamente existiera ausencia de conducta como ya lo vimos páginas anteriores, o bien a falta de intención pero actuando con voluntad, nos encontramos frente a la forma de culpabilidad que es la CULPA.

Otro caso de inculpabilidad es la obediencia jerárquica, que estudiamos en las causas de Justificación que excluyen la antijuricidad, aunque nosotros creemos que tal justificante, excluye a la antijuricidad, que a la culpabilidad, pues contiene el elemento volitivo, pero no la intención directa de delinquir, sino que la gente lo hace por la obediencia que le debe a su superior.

" El error así como la ignorancia podría encuadrar

dentro de los casos de inculpabilidad - como afirma Castellanos Tena, - pues en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, y en la ignorancia existe una ausencia de conocimiento considerándose como una laguna de nuestro entender dado que nada se conoce en forma acertada ni totalmente errónea". (177)

Hay quienes como forma de inculpabilidad consideran a la legítima defensa putativa, pero como nosotros al analizar a la legítima defensa también hicimos incapié que la legítima defensa putativa era una sola imaginación de creer en peligro de un bien jurídico protegido, entonces no la consideramos ni como justificante en virtud de que en tal defensa jamás se tiene algo concreto.

El estado de necesidad también causa de justificación si encuadra dentro de la inculpabilidad, pues el sujeto actúa aterrado por un peligro real, actual e inminente y consecuentemente delinque sin tener culpabilidad.

El caso fortuito, del que habla la fracción X del Artículo 15 del ordenamiento penal aplicable al Distrito Federal también lo consideramos como inculpabilidad, pues el hecho ha de ser lícito.

(177).-Castellanos Tena Fernando, op. cit., pàg. 255.

Ha de ejecutarse con todas las precauciones debidas. No obstante causar un daño.

Artículo 15.- C.P.D.F.- Es circunstancia excluyente de responsabilidad:

fracción X.- Causar un daño por mero accidente sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

Aplicando la inculpabilidad en algunas de sus formas al caso concreto y singular del Peculado podemos decir que la operante al igual que en las causas de justificación será el Estado de Necesidad; pues como dijimos al hablar de ella, el agente actúa delictivamente para salvaguardar un bien propio o ajeno jurídicamente protegido; también al estar en un error de hecho esencial e invencible; o ante una vis compulsiva.

F) PUNIBILIDAD

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

La pena en sentido amplio, abarca todas las consecuencias jurídico penales del hecho punible que es el delito; como piensa Mezger nosotros apoyamos tal situación, en virtud de que al cometerse un ilícito, la lógica jurídica nos hace pensar de inmediato que quien cometió un delito, de inmediato se hace acreedor a una pena, y dependiendo de nuestra definición que hemos sostenido del delito que es una acción u omisión que la ley ya tiene prevista y cuyo resultado es la sanción que a tales acciones u omisiones se impone, derivado de tal definición observamos que el resultado de la comisión de determinado delito, es la sanción o pena a que se ha hecho acreedor el delincuente.

Así pues la punibilidad es la consecuencia o efecto del delito y como tal la estudiaremos, pues la punibilidad es la consecuencia abstracta del delito, y la pena el resultado concreto de cualquier delito.

* La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de una conducta, y en ocasiones el merecimiento de las penas se hace una amenaza del Estado, dado que es el propio Estado a través de alguno de sus órganos el que impone las sanciones al

llenarse los presupuestos legales". (178)

Carrancá y Trujillo nos expresa: "la acción antijurídica, típica y culpable, para ser inculpada ha de estar conminada con la amenaza de una pena". (179)

Pavón Vasconcelos define a la punibilidad: " Como la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social". (180)

Jiménez de Asúa dice: "La punibilidad es el carácter específico del crimen," (181)

Observemos que la punibilidad es pues un carácter o consecuencia del delito, en sentido abstracto claro, pues lo concreto es la sanción o pena que a cada delito es aplicable.

En el caso de nuestro estudio en particular la pena que se impone al delito PECULADO es sancionado en la legislación del Distrito Federal: " con prisión de tres meses a catorce años y multa de treinta a quinientos veces

(178).-Castellanos Tena Fernando, op.cit., pág 267.

(179).-Carrancá y Trujillo Raúl, op.cit.pág. 407.

(180).-Pavón Vasconcelos Francisco, op.cit.pág. 453.

(181).-Jiménez de Asúa Luis op. cit., pág. 426

el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse delito"(artículo 223 C.P.D.F.)

" EXCUSAS ABSOLUTORIAS "

Al ir desarrollando nuestra exposición, hemos hecho referencia a los aspectos positivos y negativos de los elementos del delito, y aunque consideremos que la pena no es un elemento del delito sino una consecuencia del mismo, también nos referiremos a su aspecto negativo de la punibilidad que vienen a ser las EXCUSAS ABSOLUTORIAS, es decir, causas que hacen impune un delito.

Castellanos Tena dice: " En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad: son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena". (182)

Jiménez de Asúa manifiesta: " Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie

(182).-Castellanos Tena Fernando, op. cit. pág. 271.

pena alguna, por razones de utilidad pública." (183)

Nosotros apoyamos las definiciones citadas, porque en efecto las excusas absolutorias eximen la aplicación de la pena en determinado delito, las excusas absolutorias lo que tratan de proteger son el núcleo familiar, pues éste desempeña un papel muy importante dentro de la sociedad, y consecuentemente tales causas son de utilidad pública.

El siguiente cuadro sinóptico, nos da una visualidad de las clases de excusas absolutorias. (")

1.-EXCUSAS EN RAZON DEL NUCLEO FAMILIAR.

En virtud de ser la familia el núcleo de la sociedad, interesa al Estado protegerla y por ello se encuentra obligado antes que sancionar al robo, a procurar el fortalecimiento de los vínculos familiares, por ser la familia la célula social. Ejemplos: ROBO ENTRE CONYUGES, ASCENDIENTES O DESCENDIENTES.

2.-EXCUSA EN RAZON DE MINIMA TEMIBILIDAD.

En razón de esta excusa debe buscarse en la restitución espontánea y que ésta sea una muestra

(183).-Jiménez de Asúa Luis, op.cit., pág.

433.

(").-Cuadro sinóptico presentado por Castellanos Tena Fernando op. cit., págs. 271-274.

objetiva de arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente. Ejemplo: EL ROBO QUE NO EXCEDA DE CIEN VECES EL SALARIO MINIMO.

3.-EXCUSA EN RAZON DE LA MATERNIDAD CONSCIENTE.

Esta excusa establece la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación; pues aunque la libertad se puede llegar hasta el punto de justificar la muerte del feto, se excluye la pena en virtud de los sentimientos de repugnancia de la propia mujer al serle violentamente, impuesta la maternidad.

4.-EXCUSAS POR INEGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Esta excusa también opera en favor de la familia, pues en el caso del encubrimiento de los parientes a ellos no se les puede sancionar por el ilícito de encubrir a su familiar, es decir, no se le exige otra conducta; así también en el caso de que faciliten la evasión a alguno de sus familiares, pues el propio Estado da las garantías y excusas absolutorias en relación a los citados casos.

Así con la denominación de excusas absolutorias, se hace referencia a aquellos casos específicos previstos en la ley y en los cuales el Estado por razones de política criminal, deja impune la conducta delictuosa en presencia

de ciertas circunstancias, por lo que al referirnos al Peculado tenemos que él mismo no cuenta con ninguna excusa absoluta, esto es, con base a las ideas expuestas con anterioridad, motivo por el cual no es aplicable al caso concreto.

G) ITER CRIMINIS.

Concluido el estudio de la primera esfera del delito, es necesario referirnos en seguida a lo que se conoce como el " iter-criminis " (camino del crimen), es decir, a las diversas etapas recorridas por el delito, desde su idea hasta su agotamiento.

Carrancá y Trujillo las menciona como fases del iter criminales, sosteniendo " es el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, advirtiendo dos fases la interna o psíqué y la externa o física". (184)

Así mismo, Castellanos Tena expresa: " el delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento." (185) A este proceso se le llama iter-criminis.

Existen dos etapas al respecto, mismas que tradicionalmente se les han denominado interna o subjetiva y la externa u objetiva, abarcando por tanto cada una de ellas, diferentes fenómenos.

(184).-Carrancá y Trujillo Raúl, op. cit., pág. 661.

(185).-Castellanos Tena Fernando, op. cit, pág. 275.

Respecto de la fase subjetiva podemos decir que se compone de:

I. La idea criminosa o ideación que se produce, cuando surge en la mente de un sujeto la idea de cometer un delito, pudiendo rechazar la misma en caso contrario, se inicia la segunda parte del proceso que viene a ser;

II.- Deliberación, momento en que el sujeto habiendo aceptado con antelación la idea criminal, pondera los pro y contra que presenta, estando aún en posibilidades de rechazarla.

III.- Resolución, es decir, si el sujeto en cambio persiste en la idea criminosa después de agotado el conflicto psíquico de la deliberación, concluyéndose la fase interna con la resolución o determinación para delinquir.

Sin lugar a dudas la fase interna puede concluirse el sujeto con relación al peculado, pero como el delito no ha salido de su mente, no se ha exteriorizado en actos materiales su trascendencia jurídica es nula, puesto que no se lesiona el interés protegido por la norma siendo aplicable al respecto el principio de que el pensamiento no delinque.

A la determinación interna sucede la resolución manifestada a través de la palabra, por la cual el sujeto

exterioriza la idea criminal. A tal resolución se le sitúa en una zona intermedia entre la fase subjetiva y objetiva, sin embargo, en el derecho punitivo en algunos casos, la resolución manifestada verbalmente es elevada a la categoría de delito, a manera ejemplificativa tenemos las amenazas.

Sin en cambio, cuando la resolución criminal es exteriorizada a través de actos materiales, da lugar a la fase externa u objetiva, que por su parte comprende:

I. Manifestación, la idea criminal aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente en la mente del sujeto.

II. Preparación, a los actos preparatorios idóneos e inequívocos, mediante los cuales el autor trata de acondicionar la ejecución del delito.

III. Ejecución, existe la misma cuando se integran los elementos que el tipo requiere, pues se alcanza de esta manera la plena objetividad jurídica que constituye el tipo especial de un delito dado, (puede ofrecer dos diversos aspectos, tentativa y consumación).

H) TENTATIVA.

Es importante indicar que los actos preparatorios difieren de la tentativa, en virtud, de que en el primero no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo de delito, tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; mientras que en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo.

Por tanto son los actos ejecutivos, encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

La tentativa requiere la ejecución de actos idóneos e inequívocos, existe por la ejecución incompleta de un delito o sea en tanto que la ejecución no se ha realizado por completo; como consecuencia sostiene Carrancá y Trujillo, " puede ocurrir que el agente suspenda los actos de ejecución que consumirían el delito (delito intentado o tentativa inacabada), o bien porque el agente realice todos esos actos de ejecución que han de producir el resultado, no ocurriendo éste por causa externa, imprevista o fortuita (delito frustrado o tentativa acabada)." (186)

(186).- Carrancá y Trujillo Radl, Op. cit., pág. 663.

Villalobos considera " que todo acto externo que se encamine a la realización de un tipo penal puede llamarse tentativa", restando distinguir en que momento es punible, basándose en la proximidad o inmediatez de los actos efectuados, y refiriéndose a la ejecución de hechos, (actos) encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente ". (187)

Nuestro Código Penal en su Artículo 12 da el fundamento de la punición en la tentativa en los siguientes términos: " existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad de la gente". Es decir, es punible por el hecho de poner en peligro los intereses jurídicamente tutelados, originándose de esta manera los diversos grados en la tentativa mismos que son:

I. Tentativa acabada, en la cual se quiere el resultado, y para lo cual se ejecutan los actos pendiente a conseguirlo, pero no se realiza el ilícito por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

(187).-Villalobos Ignacio, op. cit, pág. 456.

II. Tentativa inacabada, aquí se requiere el resultado, existe un comienzo de ejecución, pero no se produce el mismo por causas ajenas o propias a la voluntad del agente, y por último tenemos que:

III. En la tentativa imposible, el impedimento no nace ya de causas propias o ajenas a la voluntad del individuo, sino por falta de objeto jurídico, material o de medios idóneos.

El Código Penal para el Distrito Federal, hace mención a la tentativa, el cual se encuentra previsto en el Artículo 12 que en su parte conducente expresa: " existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Luego entonces diremos que la misma se presenta dentro de nuestro delito de peculado, cuya sanción en caso de producirse se aplicará tomándose en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

Pero si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna, sin perjuicio de aplicar la que corresponde a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

I) CONCURSO.

Lo relativo a la conducta en el delito de Peculado, es oportuno recordar, que lo clasificamos en orden al resultado como un delito instantáneo, permanente, continuo y continuado, por lo que, consideramos que su consumación puede ser instantánea, o bien presentar un periodo consumativo continuo o discontinuo, según el caso.

Ahora bien, en el derecho punitivo se conoce con el nombre de concurso de delitos, a la presencia simultánea de normas compatibles entre sí, que se originan cuando el autor realiza varias figuras delictivas con una sola conducta, o bien con varias conductas, produciéndose distintas violaciones a las disposiciones penales. Al primer supuesto se le denomina concurso ideal o formal, en tanto que en el segundo, se trata de un concurso real o material.

Por otra parte, el concurso ideal en los delitos existe una unidad en cuanto a la conducta y una pluralidad de lesiones jurídicas, pudiendo ser los ilícitos de naturaleza homogénea o heterogénea, pero en ambos casos compatibles entre sí.

Con relación al concurso real o material de delitos podemos señalar que reúne los siguientes requisitos:

identidad del sujeto activo, pluralidad de conductas o hechos y por último, pluralidad de delitos, pudiendo ser estos al igual que en el concurso ideal, de carácter homogéneo (cuando las conductas sean las mismas) o bien heterogéneo (cuando las conductas sean diferentes).

Relacionando lo anteriormente expresado a nuestro precepto en estudio, tenemos que su aplicación si es posible en el delito de Peculado, y así cuando con una conducta el sujeto comete varios peculados surge el concurso ideal homogéneo o bien, este delito y otros distintos, que sería el caso del concurso ideal heterogéneo. Además, se pueden realizar varias conductas, cometiéndose varios peculados, y otros delitos, es decir, se tiene cabida conjuntamente al concurso real homogéneo y heterogéneo respectivamente.

Luego entonces el precepto 107 último párrafo no hace mención expresa como la consignada en el Artículo 64 del Código Penal respecto del concurso ideal y real, para efectos de establecer la penalidad, concretándose sólo el primer precepto mencionado, a señalar que si la calificativa constituye otro delito se aplicarán las reglas de la acumulación.

El tipo de Peculado no requiere para su realización la intervención de varios sujetos, toda vez que se clasificó

como monosubjetivo, no obstante, se puede presentar en el delito un concurso de personas, es decir, la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

Así cuando varios hombres infringen una sola norma penal, estamos en presencia del concurso de personas incluyendo dentro de la misma a:

I. El autor intelectual o instigador, interviene con anterioridad a la comisión del delito, entendiéndose por tal, al sujeto que instiga, provoca o determina a otro a cometer un ilícito.

II. Autor material o inmediato, es aquel que realiza el delito, es decir, el que integra el tipo al realizar la conducta o el hecho que este describe.

III. Coautor, es el que interviene conjuntamente con el autor para integrar el tipo.

IV. Autor mediato, aquel sujeto, que se vale de un inimputable o de un no culpable por error para la ejecución material del delito.

En cuanto a los supuestos mencionados de la concurrencia de personas, tenemos que todos ellos pueden darse en nuestro delito a estudio, estableciéndose en el Artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal la responsabilidad de tales sujetos.

C A P T U L O I I I .

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA
DEFINICION DEL DELITO DE PECULADO CONSIGNADO
EN EL ARTICULO 223 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.

- A) PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN EL SUPUESTO
PARA COMETER EL DELITO DE PECULADO.
- B) FUNCIONARIO PUBLICO EN EJERCICIO EXCESIVO
DE FUNCIONES.
- C) PENALIDAD DEL DELITO DE PECULADO.

A) PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN EL SUPUESTO
PARA COMETER EL DELITO DE PECULADO.

Al hacer referencia a la tesis relacionada emitida el 23 de octubre de 1975 por unanimidad de 4 votos y cuyo ponente es: Abel Hultrón y A., nos damos cuenta que no solamente puede ser el empleado o funcionario público al servicio de la federación, quien puede cometer el delito de Peculado previsto en nuestro Código Penal Federal en su artículo 223. Procederemos a transcribir textualmente dicha tesis para comprender claramente lo expuesto:

" Es inexacto que el delito de Peculado sólo pueda ser cometido por empleados o funcionarios públicos al servicio de la federación, porque el artículo 220 del Código Penal Federal, dice que "comete el delito de Peculado toda persona encargada de un servicio público del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y que no tenga el caracter de funcionario, que, para usos propios o ajenos, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado, y a un particular, si por razón de su encargo los hubiere, recibido en

administración, en depósito o por otra causa"; es decir, que el encargado del servicio público encomendado al Estado o al organismo descentralizado, no necesariamente debe tener el carácter de empleado o funcionario federal, pues basta que se encuentre encargado del servicio público aludido e incurra en la distracción a que se refiere el precepto, para que se convierta en sujeto del delito de Peculado".

Por lo expuesto anteriormente podemos darnos cuenta que puede ser cualquier persona, simplemente encontrándose encargada de un servicio público del Estado o descentralizado, y que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado, y a un particular; quien se encuentra en el supuesto para cometer el delito de Peculado.

Ahondando más sobre este tema, podemos hacer referencia también al amparo directo 5791/82. Eugenio Méndez Docurro, con fecha 6 de septiembre de 1984, cuyo ponente fue Carlos de Silva Nava, y que a la letra dice:

" El artículo 220 del Código Penal Federal, antes de su última reforma, disponía que: comete el

delito de Peculado toda persona encargada de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y que no tenga el caracter de funcionario, que, para sus usos propios o ajenos, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquiera 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. Una correcta interpretación del precepto acabado de transcribir, nos lleva a la conclusión que, por regla general, se consideraba y se considera como sujetos activos del delito de peculado, tanto a los empleados, como a los funcionarios encargados de un servicio público del Estado o descentralizado, como segundo supuesto, el legislado, en el párrafo siguiente, el relativo a que aunque sea en comisión por tiempo limitado y que no tenga el caracter de funcionario, establecía que no necesariamente los funcionarios o empleados federales podían ser sujetos activos del ilícito que se menciona, sino que también cualquier encargado de un servicio público del

Estado o descentralizado que estuviera comisionado por tiempo limitado, aunque no tuviera el caracter de funcionario, y que distrajera algunos de los bienes a que se refiere el articulo multicitado, es decir, no sólo se mencionaba al que no tenia el caracter de funcionario, sino también al funcionario público, especialmente a éste, por ser el principal destinatario de la norma de Peculado. Sin que sea razonable considerar que la conducta de los altos funcionarios no pudiese ser sancionada por el Código Penal Federal, sino que por la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados de la Federación, vigente en esa época, pues basta la simple lectura del articulo 2do. de la ley, para que se ponga de manifiesto que en la misma no está previsto el delito de Peculado para los altos funcionarios de la federación, por lo que es acertada la aplicación del citado articulo 220 del Código Penal Federal antes de su reforma, sin que este implique que tal disposición se encuentra en pugna con la ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación, toda vez que el articulo 6to.

transitorio de la ley, establece que: se derogan, en cuanto se opongan a la presente, todas las leyes y disposiciones de caracter general referentes a las responsabilidades de funcionarios y empleados públicos, y como la figura delictiva Peculado no se encuentra prevista en la ley de responsabilidades que se menciona, es claro que tal delito no formó parte de los que derogó el artículo transitorio, pues no se opone a la ley.

La tesis antes mencionada nos confirma lo dicho con anterioridad ya que puede ser cualquier persona la que se encuentre en el supuesto de cometer el delito de Peculado, simplemente con el hecho de encontrarse encargada de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión o por tiempo limitado, y que para usos propios o ajenos, distraiga de su objeto dinero, fincas, valores o cualquier otra cosa que pertenezca al Estado, al organismo descentralizado, o a un particular. Por lo tanto queda bien establecido que no solamente los funcionarios públicos se encuentran en el supuesto de cometer el delito de Peculado.

Ejemplificando podemos referirnos específicamente a los trabajadores de Petróleos Mexicanos y hacer referencia

al amparo directo 4051/62, con fecha 18 de abril de 1963, cuyo ponente fue Manuel Rivera Silva, y que a la letra dice:

"Petróleos Mexicanos de acuerdo con el decreto respectivo, es un organismo descentralizado al servicio de los fines y atribuciones en materia de Petróleo del Estado Mexicano; esto es, tiene una función pública y cualquiera que sea la índole del trabajo que presten sus empleados y funcionarios, se encuentra íntimamente ligado, subordinado y conexo a la consecución de los fines públicos que el Estado Mexicano persigue a través de dicho organismo, ahora bien, en lo que ve al delito de Peculado, procede afirmar que los elementos materiales del mismo quedan probados, cuando está debidamente acreditado que el inculcado, como trabajador de petróleos mexicanos, estaba encargado de un servicio público, y de sus propias declaraciones y de la tarjeta que lo acredita como trabajador de planta y que contiene las cláusulas esenciales de su contrato de trabajo, se demostró que tenía un encargado dentro de aquel organismo".

Esta tesis relacionada, nos está mostrando un caso concreto, en donde un organismo del Estado como es Petróleos Mexicanos, establece que: empleados y funcionarios encontrándose acreditados como trabajadores de Petróleos Mexicanos y que estén encargados de un servicio público con una tarjeta que lo acredite como trabajador de planta y que contiene las cláusulas esenciales de su contrato de trabajo, demostrándose que tenía un encargo dentro de aquel organismo; de esta forma se está corroborando lo antes dicho, al decir que no solamente los funcionarios públicos se encuentran en el supuesto de cometer el delito de Peculado.

B) FUNCIONARIO PUBLICO EN EJERCICIO EXCESIVO
DE FUNCIONES.

En el título décimo de Nuestro Código Penal Federal, en su capítulo II, el cual se refiere al "Ejercicio indebido de servicio público". En su artículo 214 el que a la letra dice: "comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que.....

.....V.- Teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión a personas, lugares, instalaciones u objetos incumpliendo su deber, en cualquier forma propicia daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado....."

Al referirnos al artículo 214 de nuestro Código Penal Federal, como también haremos mención más adelante, de otros artículos del referido Código, podemos darnos cuenta del ejercicio excesivo de funciones en que incurren los funcionarios públicos, ya que nuestra ley establece claramente que no basta tener el carácter de funcionario público para ejercer más funciones, ni tener más facultades, que las que les encomienden las leyes. Es conveniente hacer mención del "Abuso de Autoridad", el cual se encuentra comprendido en su artículo 215 de nuestro

Código Penal Federal y nos dice:

*Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las infracciones siguientes:

.....VIII. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se les apropie o disponga de ellos indebidamente: *

En la fracción que acabamos de mencionar nos damos cuenta que el abuso de autoridad en que incurren los servidores públicos viene a ser el principio de un delito, el cual se está denominando "Abuso de Autoridad", pero este conlleva a que en forma más amplia y precisa se tipifique el delito de Peculado, el cual es estudio de nuestra materia, ya que el mismo implica un: ejercicio indebido de servicio público; así como también: Abuso de Autoridad, abarcando asimismo el de: uso indebido de atribuciones y facultades así como el de: ejercicio abusivo de funciones; estos dos últimos los comentaremos brevemente más adelante, por el momento nos abocaremos en forma precisa a los dos primeros mencionados con anterioridad: el ejercicio indebido de servicio público, nos explica en forma clara la obligación que tiene el servidor público, ya que el empleo que se le ha conferido

es precisamente en base al desempeño correcto de su cargo y no al abuso que puede hacer aprovechándose del cargo o comisión que le han sido encomendados. Por otra parte el abuso de autoridad que en parte implica que se constituya el delito de Peculado nos muestra el delito de abuso de autoridad al ser cometido por Servidores Públicos, ya que estos al abusar del poder que les ha sido otorgado en base al cargo que desempeñan, están plenamente conscientes de que están incurriendo en un delito, pero sintiéndose muy seguros del poder que tienen, llega un momento en que no miden las consecuencias y hacen gala de prepotencia: por otra parte y tomando en cuenta que no todos lo que cometen el delito de Peculado son sancionados y castigados por el mismo, así como también ocurre con todos los delitos que se encuentran tipificados en nuestro Código Penal, por lo que seguirá habiendo delincuentes y personas que piensan que no serán detectados por tal o cual delito que cometan, sintiéndose con tal seguridad se les hace fácil esquivar la acción de la justicia y continuar adelante con delitos que por lo general van siendo de mayor gravedad.

Regresando a nuestro tema en cuestión es pertinente analizar el artículo 217 de nuestro Código Penal Federal, el cual establece: comete el delito de uso indebido de Atribuciones y Facultades:

I.- El servidor público que indebidamente:.....

A) otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la federación;...

B) otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos;...

...III.- El servidor público que teniendo a su cargo fondos públicos, les de a sabiendas, una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieron destinada o hiciera un pago ilegal."

De este delito de uso indebido de atribuciones y facultades se puede desprender al servidor público que en forma indebida para beneficio propio o ajeno distrae y se apropia de los bienes pertenecientes a la federación, fondos públicos, para satisfacer intereses muy diferentes de los cuales y para los que ha sido encargado, comisionado o empleado sin tomar en cuenta el daño que ocasiona al Estado que ha confiado en el para asumir tal cargo.

Por último, en cuanto al tema que nos concierne haremos mención del artículo 220, establecido en nuestro Código Penal Federal vigente, el cual nos dice:

"Comete el delito de ejercicio abusivo de funciones:

I.- El servidor público que en el desempeño de su empleo o cargo o comisión, indebidamente otorgue por sí o por interposita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes; parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos efectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte;

II.- El servidor público que valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, sea o no materia de sus funciones, y que no sea del conocimiento público, haga por sí, o por interposita persona, inversiones, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido al servidor público o a alguna de las personas mencionadas en la primera fracción.....

De todo lo anteriormente visto podemos concluir que el

servidor público que posee un poder absoluto que lo haga inmune a recibir el castigo correspondiente si haciendo uso de su cargo comete: Ejercicio Indebido de Servicio Públicos; así como también un abuso de autoridad; o realiza un uso indebido de atribuciones y facultades; asimismo al realizar un ejercicio abusivo de funciones; delitos que tienen relación con el delito de Peculado, ya que en varios puntos coinciden viniendo a ser el Peculado una parte de cada uno de ellos para así concluir en un todo, que es más concreto y específico.

Es conveniente hacer referencia a las responsabilidades de los funcionarios públicos con el fin de comprender de manera más amplia las funciones que les han sido encomendadas. Es necesario mencionar que ningún funcionario público debe actuar en beneficio personal, es decir, anteponiendo sus intereses particulares al interés público, social o nacional.

Por tanto independientemente de los medios jurídicos de que se disponen para hacer respetar el régimen de Legalidad e inclusive de constitucionalidad, existen otros que conciernen a la exigencia de responsabilidad a las personas físicas que encarnan a una autoridad cuando su comportamiento público ha sido ilícito y notoriamente antijurídico.

En nuestro orden constitucional se ha instituido,

como garantía jurídica del mismo y del régimen de legalidad en general, un sistema de responsabilidades de los funcionarios públicos, consignado especialmente en los artículos 108 a 114 de la ley suprema para los altos funcionarios de la federación y esbozado por todos los funcionarios y empleados federales y del Distrito Federal.

El jurista mexicano Ignacio Burgoa expresa que la responsabilidad política "surge en el ámbito de las relaciones entre los mismos gobernantes dentro de un orden jerárquico de funcionarios públicos, así de los nexos que estos tengan con determinado partido político o con un cierto equipo de gobierno; traduciéndose generalmente, en el deber que a los propios funcionarios les impone la índole del grupo político al que pertenezcan. Implicando una basta gama de renunciaciones y sometimientos a los jerarcas de un grupo, de un sistema de gobierno."

Por lo tanto, la responsabilidad jurídica se diferencia de la política, ya que se subdivide a su vez, en responsabilidad administrativa, civil y penal.

La responsabilidad administrativa tiene su origen comunmente en el hecho de que el funcionario público no cumple con sus obligaciones legales en el ejercicio de su conducta como tal, haciéndose efectiva la misma mediante sanciones pecuniarias previstas en los diferentes ordenamientos legales.

Mientras que la responsabilidad civil consiste en la que asume todo funcionario público en el desempeño de los actos inherentes a sus funciones o con motivo de su cargo frente al Estado y los particulares, con la obligación indemnizatoria o reparatoria correspondiente. Ejemplificando diremos, en el supuesto de que el funcionario obra ilícitamente o contra las buenas costumbres en el ejercicio de su actividad pública causando un daño físico o moral, tiene la obligación de repararlo con sus propios bienes, pero si no los tuviera contrae responsabilidad subsidiaria el Estado.

Por último la responsabilidad penal de los funcionarios públicos es la que se prevee y regula constitucionalmente. Por lo que, respecta a este tipo de responsabilidad, jurídicamente existe una distinción entre los altos funcionarios de la federación y los que no tienen ese carácter, tanto por lo que respecta a la tipificación de los delitos oficiales como al procedimiento para aplicar las sanciones correspondientes a esta clase de delitos y a los órganos del Estado competente para ello.

Nos remitiremos ahora a efectuar el análisis breve y conciso e inclusive sintetizado, en algunos casos, de los preceptos constitucionales de nuestra Carta Magna, incluidos en el inciso en estudio, dada su importancia en

el supuesto de la comisión de un ilícito. Esto es con la finalidad de hacer una diferencia concreta respecto a la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Lo previsto por el artículo 108, dentro de la calidad de servidores públicos comprende "a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes judicial federal y judicial del Distrito, a los funcionarios y empleados públicos, y en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal en el Distrito Federal".

Es decir, los mismos pueden incurrir en actos u omisiones en el desempeño de sus respectivas funciones.

Es claro que resulta ocurrir muy frecuentemente, más no siempre, la negligencia y desden con que suelen conducirse diversos servidores públicos de cualquier nivel. De este modo, se pretende establecer la responsabilidad a nivel constitucional de todos los servidores públicos, independientemente de su jerarquía, rango origen o lugar de su empleo, cargo o comisión.

En estos casos, el proceso a seguir con dichos delitos, no es el juicio político, sino el penal común, de carácter federal o local según la índole del delito que se perpetre.

Además el citado precepto señala a los magistrados de los tribunales superiores de justicia locales como responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, agregando en forma clara, el manejo indebido de fondos y recursos federales.

La fracción III del Artículo 109 Constitucional en su tercer párrafo, tipifica el delito llamado "Enriquecimiento Ilícito" de los servidores públicos, consistente en que estos "aumentan substancialmente su patrimonio, adquieran o se conduzcan como dueños sobre los bienes que lo forman y cuya procedencia ilícita no pudiesen debidamente justificar".

Disponiendo que, lo anterior, además de las penas que correspondan, se sancionara con el decomiso y con la privación de la propiedad sobre dichos bienes.

Cabe señalar que cada tipo de responsabilidad contemplada en el presente artículo, se substancia a través de procedimientos separados y distintos, así como sanciones diferentes y órganos de llevarlas a cabo, lo cual pueden ser, políticas, administrativas y penales, es decir, según el tipo de responsabilidad.

Luego entonces, dentro del mismo precepto fracción II dispone "que la comisión de delitos por parte, de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal".

Nosotros consideramos que este tipo de delitos son diferentes a los que consisten en (actos u omisiones) previstos en la fracción III, párrafo I, cuya sanción es de carácter administrativo. Mientras que aquellos su finalidad principal, más que nada, es salvaguardar mejor el patrimonio del Estado, remitiendo directamente al fuero común la punición de los mismos.

Consideramos que no hay impedimento alguno para que la conducta origine dos o más tipos de responsabilidad, esto es, se puede dar el caso de que una misma conducta acarree una sanción política o administrativa, como una penal, e incluso civil.

Donde realmente consideramos que se presenta un verdadero juicio político, es en lo dispuesto por el artículo 110 Constitucional, en virtud de que en el supuesto de llevarse a cabo dicho juicio la cámara de Diputados exclusivamente es la que formula acusación respectiva ante el Senado, previa declaración de la mayoría absoluta del número de sus miembros presentes en la sesión que corresponda.

A su vez el Senado, previa dicha acusación, se erigirá un jurado de sentencia, pudiendo aplicar las sanciones por resolución de las dos terceras partes de los senadores que concurran.

Respecto a este punto Burgos Orihuela sostiene "que tanto en la cámara de Diputados como ante la de Senadores, el funcionario presuntamente responsable tiene el derecho a defenderse, es decir, goza de garantía de audiencia instituida en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional".

Asimismo, continúa diciendo, "en cuanto al procedimiento ante uno y otro de dichos cuerpos colegiados en que se sustancie el juicio político, debe remitirse a las disposiciones de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos. Las resoluciones y declaraciones de ambas cámaras en lo que a dicho juicio concierne son inatacables, sin que proceda contra ellos recurso alguno ni el más elemental, el amparo".

Ahora bien, la sanción correspondiente permite la destitución e inhabilitación a aquellos servidores públicos federales de alto nivel, independientemente de haber incurrido en otro tipo de responsabilidad.

Por tanto se aplica una sanción eminentemente política por conducta exclusivamente también de un órgano político.

Cabe indicar que el juicio político no procede contra el presidente de la República, toda vez, que el mismo, sólo puede ser acusado durante el tiempo de su encargo, por traición a la Patria y delitos graves del orden común, esto

Respecto a este punto Burgos Orihuela sostiene "que tanto en la cámara de Diputados como ante la de Senadores, el funcionario presuntamente responsable tiene el derecho a defenderse, es decir, goza de garantía de audiencia instituida en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional".

Asimismo, continúa diciendo, "en cuanto al procedimiento ante uno y otro de dichos cuerpos colegiados en que se sustancie el juicio político, debe remitirse a las disposiciones de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos. Las resoluciones y declaraciones de ambas cámaras en lo que a dicho juicio concierne son inatacables, sin que proceda contra ellos recurso alguno ni el más elemental, el amparo".

Ahora bien, la sanción correspondiente permite la destitución e inhabilitación a aquellos servidores públicos federales de alto nivel, independientemente de haber incurrido en otro tipo de responsabilidad.

Por tanto se aplica una sanción eminentemente política por conducta exclusivamente también de un órgano político.

Cabe indicar que el juicio político no procede contra el presidente de la República, toda vez, que el mismo, sólo puede ser acusado durante el tiempo de su encargo, por traición a la Patria y delitos graves del orden común, esto

es conforme a lo previsto por el artículo 108 Constitucional.

El precepto que analizaremos a continuación, hace referencia al fuero de no procesabilidad para los "Diputados y Senadores al Congreso de la unión". (Artículo III Constitucional) además dicho fuero señala que ninguna de los funcionarios mencionados dentro del citado artículo, puede ser procesado por cualquier delito tipificado en la Legislación penal, en tanto la Cámara de Diputados no declare "por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión si da o no lugar a proceder contra el inculpado".

Así pues, el artículo establece la prerrogativa de la inmunidad procesal, para los servidores públicos que el mismo precepto señala, consistente en que no se podría proceder penalmente en su contra sin que previamente la Cámara de Diputados declare que da lugar a proceder contra el inculpado.

Consideramos por tanto que si bien es cierto, dicha inmunidad se encuentra en determinados términos plenamente justificada, dada la función primordial de los mismos servidores públicos, así como para salvaguardar la continuidad de la función tan importante que desempeñan, también lo es que para evitar abusos que tal inmunidad propicia en la práctica, es conveniente establecer algunos

límites a la misma, ya que dicha ilicitud puede presentarse en delitos flagrantes.

A diferencia del precepto anterior mencionado, algunos autores sostienen como posible, que aquí sí procede el juicio de amparo, cuando la sustanciación del procedimiento no se satisfagan los requisitos constitucionales, situación aceptada mediante jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a pesar del conocimiento que se tiene, de las resoluciones y declaraciones de ambas cámaras considerándose como inatacables.

Respecto a la impunidad del presidente de la República no se consagra la misma en el citado precepto, sólo se establece la inmunidad temporal durante el período de su encargo cuyo objetivo es proteger así la buena marcha de sus funciones.

Una vez concluido las mismas, podrá procederse penalmente en su contra ante los tribunales competentes, tomando en cuenta que los plazos de prescripción penal se encuentran interrumpidos durante su encargo.

Resulta claro que la inmunidad procesal a que hace referencia el artículo 112 Constitucional, no constituye un privilegio, ni un derecho del servidor público, sino sólo es una prerrogativa a determinado cargo o función pública.

Es decir, lo que se protege es la función, no al funcionario, por la comisión de un delito.

En otros términos el citado precepto dispone "que no se requerirá declaración de procedencia de la Cámara de Diputados cuando los servidores públicos correspondientes cometan algún delito durante el tiempo que se encuentren separados de su encargo".

Si durante el periodo deja, por alguna razón, desempeñar dicho puesto, y durante el mismo comete un delito, podrá procederse penalmente en su contra, sin que se requiera la anuencia de la Cámara de Diputados.

Ahora señalaremos una sanción donde consideramos que es netamente de carácter administrativa, la cual es aplicable a todo servidor público que incurra en "actos u omisiones que afecten la legalidad, honestidad, lealtad, imparcialidad y eficiencia de su función" tal y como lo dispone el artículo 113 Constitucional.

La sanción que se prevé, consiste en la suspensión, inhabilitación y destitución, así como las de carácter económico que deben decretarse, tomando en cuenta "de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable, y los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones".

Remitiéndonos a su vez a la Ley sobre Responsabilidades

de los Servidores Públicos para determinar las obligaciones administrativas de los mismos, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlos, dando intervención directa a la Secretaría de la Contraloría.

Por último, y en obvio de repetición que también recae en los servidores públicos, el artículo 114 Constitucional se refiere a lo que concierne a la prescripción de la acción penal, tanto las derivadas del juicio político, como las de carácter penal e inclusive administrativo.

Dicha figura jurídica se debe normar por lo que establezca la legislación penal aplicable, sin que los plazos respectivos deban ser inferiores a tres años, interrumpiéndose durante todo el tiempo en que los funcionarios que gocen de fuero desempeñen algún cargo de los que se refiere el primer párrafo del artículo III Constitucional.

Así pues una vez transcurridos los plazos establecidos se extingue la acción y la sanción correspondiente, es decir, con posterioridad no se podrá exigir ya responsabilidad alguna al servidor público que presuntamente haya cometido alguna infracción política, penal o administrativa.

C) PENALIDAD DEL DELITO DE PECULADO.

En nuestro Código Penal para el Distrito Federal en su título décimo, capítulo I, teniendo como título: " Delito Cometidos por Servidores Públicos"; haremos referencia a sus artículos 212 y 213, los que a la letra dicen:

" Art. 212.-Para los efectos de este título y el subsecuente es Servidor Público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el congreso de la unión o en los poderes judicial federal y judicial del Distrito Federal o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente título, son aplicables a los gobernadores de los estados, a los diputados, a las legislaturas locales y a los magistrados de los tribunales de justicia locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal.

Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe

en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este título o el subsecuente.

Art. 213.- Para la individualización de las sanciones previstas en este título, el juez tomará en cuenta, en su caso, si el servidor público es trabajador de base o funcionario o empleado de confianza, su antigüedad en el empleo, sus antecedentes de servicio, sus percepciones, su grado de instrucción, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito. Sin perjuicio de lo anterior, la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena.

Quisimos hacer referencia a estos dos artículos, ya que nos podemos dar cuenta, que la sanción penal que se da al delito de Peculado, es tomando en cuenta que tal delito es cometido principalmente por los funcionarios o servidores públicos y esto es determinante para que no se le sancione de manera que todo aquel que cometa el delito de Peculado va a recibir la misma penalidad, ya que como está visto en el artículo 213, el juez sancionará de acuerdo al caso, tomando en cuenta si el servidor público que cometió tal delito es trabajador de base o funcionario

o empleado de confianza, así como también se tomará en cuenta su antigüedad en el empleo, etc.....

Conforme a lo establecido por nuestro Código Penal para el Distrito Federal, la penalidad que corresponde al delito de peculado es la siguiente:

*Al que cometa el delito de peculado se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto de lo distraído de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo

diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos*.

De lo anteriormente se puede desprender que la sanción que se aplica a tal delito es más que nada en base al monto de lo distraído por el que lo comete, igualmente la pena de prisión es de acuerdo al monto antes visto y por último la destitución del cargo o para poder desempeñar otro empleo es temporal, ya que para poder ocupar otro puesto dentro del mismo organismo u otro dentro de la federación tendrá que cumplirse con el tiempo que se le ha impuesto de acuerdo con la penalidad impuesta.

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

PRIMERA.- Los primeros antecedentes que se registran del delito de Peculado, los encontramos en el Oriente y Roma; entre las más antiguas leyes de la humanidad que conocemos, el Código de Manú o Leyes de Manú (Manava-Dherna Sastra); al peculado se equiparaban con la concusión y se englobaba bajo el nombre de crimen repetundarum, que consistía en una serie de hechos de corrupción propiamente dicha, conjuntamente con los de concusión. El Derecho Imperial prevé, sin embargo, el delito de concusión, que surgió como una forma independiente de extorsión aplicando varios autores el título de concusión a diversos tipos de extorsiones.

La verdad es que el Enriquecimiento Indebido o ilícito de los funcionarios escapa hoy al círculo cerrado de las calificaciones jurídicas tradicionales y usuales. Nos podemos dar cuenta que cualquier negocio lícito efectuado desde la función pública o con la complicidad de los funcionarios públicos, adquiere la característica de negocio lícito al utilizarse, que es en nombre del Estado por quien se está realizando y con esto consigue beneficiarse indebidamente, delictuosamente; algo de lo que nos podemos percatar a diario es el movimiento que el

dinero de una nación deja muchas veces una parte de este en las manos de quienes lo manejan.

En sentido estricto el peculado se denomina como: la sustracción de caudales del erario público, llevada a cabo por las mismas personas que lo manejan, y a lo cuales se les confía la administración de los mismos; el peculado es un delito similar al Abuso de Confianza, con el que - no obstante- tiene diferencias que se pueden apreciar claramente. En cuanto al Abuso de Confianza los primeros antecedentes que se registran en la historia, los encontramos en el derecho romano en lo que dieron en llamar el FURTUM, aludiendo a este como la conducta ilícita consistente en quitar una cosa ajena apropiándose la y tratándola como suya. En el Derecho Penal Mexicano, en un principio el legislador es vago en sus conceptos, llegando incluso a tomar el delito como modalidad del robo o circunstancia agravante del mismo. No es sino hasta el Código de 1932, cuando subsana los errores antes aludidos y se crea el tipo penal vigente, consignado en el artículo 382; del mismo ordenamiento, se desprenden tres elementos constitutivos, : El Perjuicio, la Disposición y la Posesión. Sus diferencias con el robo y el fraude son: en el fraude el infractor atrae la cosa hacia él; en el robo va hacia la cosa y en el abuso de confianza no va ni atrae la cosa,

sino que ya la detenta, esto podría equipararse también al delito del Peculado.

SEGUNDA.- Nos podemos dar cuenta en la diferencia que hay en los delitos de Peculado y Abuso de Confianza en lo que se refiere al tipo de persona que se requiere para cometer cada uno de estos delitos, ya que en lo que respecta al peculado, necesariamente tiene que tratarse de un servidor público, para que pueda incurrir en este delito como está establecido en el Código Penal en su artículo 223, que a la letra dice:

"Comete el delito de peculado:

I.-Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objetoetc.."

Por otro lado en el delito de Abuso de Confianza, corresponde únicamente a los particulares incurrir en este delito, solamente por el hecho de que se le transmita la tenencia y no el dominio, de cualquier cosa ajena mueble, como lo establece nuestro Código Penal en su artículo 382.

TERCERA.- Otra diferencia que encontramos entre ambos delitos es el aspecto materia o económico, motivo por el

cual incurren en tales delitos; como podemos ver en el delito de peculado los bienes materiales de que se trata son: dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular,...etc.; por otro lado en el Abuso de Confianza se trata de cualquier cosa ajena mueble; con esto nos podemos dar cuenta que la responsabilidad que se le confiere a un servidor público, siempre será mayor que la que se le está dando a un particular al transmitirle únicamente la tenencia de una cosa ajena mueble.

CUARTA.-En lo referente a la penalidad en ambos delitos nos podemos dar cuenta que la diferencia se establece desde el momento en que la sanción o la pena que corresponde al delito de peculado, es a partir de cuando el monto de lo distraído no exceda de 500 veces el salario mínimo diario correspondiendo una sanción de tres meses a dos años, ya pasando este monto de quinientas veces el salario mínimo diario se impondrán de dos a catorce años, en lo que respecta al delito de Abuso de Confianza se aplicará la sanción respectiva desde el momento de que el monto del abuso no exceda doscientas veces el salario mínimo diario correspondiendo una penalidad de hasta un

año, pero pasando de doscientas veces el salario mínimo diario y sin sobrepasar de dos mil veces el salario mínimo diario corresponderá una sanción de un año a seis años como último se tomará en cuenta que exceda de dos mil veces el salario mínimo diario para que se aplique una pena de seis a doce años, como lo establece nuestro Código Penal para el Distrito Federal. Como podemos darnos cuenta no es mucha la diferencia en cuanto a penalidad se refiere de un delito con respecto al otro.

QUINTA.-En lo que se refiere a los elementos de nuestro delito, analizando la Antijuridicidad, que viene a ser el elemento esencial valorativo del ilícito, y tal valoración supone un carácter externo y objetivo sobre la conducta o hecho que lesiona el interés protegido por la norma penal imperativa, con respecto a este elemento del delito que se da para configurar el delito como tal, podemos darnos cuenta que efectivamente en lo que respecta a nuestro delito motivo de nuestro estudio si se observa claramente una conducta antijurídica por parte de la persona que desempeñando un cargo como servidor público, transgrede o lesiona el interés protegido por la norma penal mismo que en este delito sería el distraer para su beneficio el

dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa pertenecientes al Estado y que el mismo le ha confiado para su administración, defraudando la confianza que el mismo Estado le ha conferido y olvidándose de la calidad de que como persona debe tener.

SEXTA.-Deseando hacer una observación final con respecto a nuestro delito en estudio nos referiremos al hecho de que para nuestra manera de ver es un delito que no está sancionado como debiera y nos basaremos para afirmar lo anterior al hecho de que se trata de una persona a la cual se le ha conferido un cargo de servidor público, y este mismo abusando de la buena fe de quien o quienes le han conferido dicho cargo creyéndolo por lo tanto una persona digna y capaz para desempeñarlo, abusa de esta confianza depositada en él y utiliza para su beneficio valores, bienes, etc; no pertenecientes a una persona sino al mismo Estado, los cuales van a servir no para una o varias personas sino para una sociedad en general, para que en esta sociedad impere la paz y pueda salvaguardar su soberanía y no tener que recurrir a otros estados para solucionar sus problemas, y este "servidor público" no importándole en lo más mínimo toda la sociedad que lo

rodea, se preocupa únicamente de su bienestar personal no de una forma bien habida, sino que perjudicando a todas las personas que lo rodean y apropiándose descaradamente de lo que le ha sido confiado en administración, por lo tanto consideramos que se trata no de un delincuente común y corriente sino de un delincuente que no teniendo realmente la necesidad de cometer el ilícito, lo realiza con el afán de incrementar su patrimonio personal y de la manera más cínica y reprochable ya que para él el valor moral, ético y personal que nos merecemos todos carece de importancia.

B I B L I O G R A F I A .

= = = = =

- 1) ARGIBAY Y MOLINA JOSE T.
"DERECHO PENAL PARTE GENERAL" V.I
EDITORIAL EDIAR, ARGENTINA 1972.
- 2) CARNELUTTI FRANCESCO
"TEORIA GENERAL DEL DELITO"
EDITORIAL ARGOS; CALI COLOMBIA.
- 3) CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.
"DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL".
EDITORIAL PORRUA S.A. MEXICO D.F. 1986.
- 4) CARRANCA Y TRUJILLO Y CARRANCA Y RIVAS.
"CODIGO PENAL ANOTADO"
EDITORIAL PORRUA S.A. MEXICO, D.F. 1985.
- 5) CASTELLANOS TENA FERNANDO.
"LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL".
DECIMO SEXTA EDICION, EDITORIAL PORRUA S.A. MEXICO 1981
- 6) CASTELLANOS TENA FERNANDO.
"TRATADO DE DERECHO PENAL T.I."
MADRID, 1955.
- 7) CUELLO CALON EUGENIO.
"DERECHO PENAL". V.I.T.I.
8A.EDICION, EDITORIAL BOSCH S.A. BARCELONA ESPAÑA, 1975.
- 8) DE P. MORENO ANTONIO.
"DERECHO PENAL MEXICANO"
EDITORIAL PORRUA S.A. MEXICO D.F. 1979.
- 9) "ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA"
TOMO XXI BUENOS AIRES, ARGENTINA.

- 10) FLORIAN EUGENE.
"DERECHO PENAL", T.I., TRADUCIDO POR ERNESTO DIHIJO Y
FELIX MARTINEZ GIRALD, EDITORIAL HASANA IMPRENTA Y
LIBRERIA LA PROPAGANDITA, ITALIA 1929.
- 11) GARCIA RAMIREZ SERGIO.
"DERECHO PROCESAL PENAL"
EDITORIAL PORRUA S.A. MEXICO D.F. 1977.
- 12) GIUSEPPE BETTIOL.
"DERECHO PENAL PARTE GENERAL"
CUARTA EDICION, EDITORIAL TEMIS, BOGOTA COLOMBIA, 1965.
- 13) JIMENEZ DE ASUA LUIS.
"LA LEY Y EL DELITO".
EDITORIAL HERMES SUDAMERICANA, PRIMERA EDICION DE MEXICO,
MEXICO D.F. 1986.
- 14) JIMENEZ DE ASUA LUIS.
"TRATADO DE DERECHO PENAL".
T.III EDITORIAL LOZADA S.A., BUENOS AIRES ARGENTINA, 1968.
- 15) JIMENEZ HUERTA MARIANO
"LA TIPICIDAD".
EDITORIAL PORRUA S.A., MEXICO D.F. 1955.
- 16) JIMENEZ HUERTA MARIANO
"PANORAMA DEL DELITO"
EDITORIAL IMPRENTA UNIVERSITARIA, MEXICO D.F. 1950.
- 17) MARQUEZ PINERO REFAEL.
"DERECHO PENAL"
EDITORIAL TRILLAS, MEXICO D.F., 1986.
- 18) MARTINEZ ROARO MARCELA.
"DELITOS SEXUALES"
TERCERA EDICION, EDITORIAL PORRUA S.A., MEXICO, 1985.

- 19) MEZGER EDMUNDO.
"DERECHO PENAL" V.I.
CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR,
TIJUANA BAJA CALIFORNIA, MEXICO 1985.
- 20) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.
"MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO".
SEPTIMA EDICION, EDITORIAL PORRUA S.A., MEXICO D.F., 1985.
- 21) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO.
"APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL"
V.I. OCTAVA EDICION, EDITORIAL PORRUA S.A. MEXICO
D.F., 1983.
- 22) RODRIGUEZ MUÑOZ JAVIER.
"PROBLEMAS DE LA TEORIA DEL DELITO"
REVISTA DE DERECHO PUBLICO.
- 23) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.
CXIX Y XXXIII, MEXICO D.F.
- 24) VILLALOBOS IGNACIO.
"DERECHO PENAL MEXICANO".
TERCERA EDICION, EDITORIAL PORRUA S.A., MEXICO 1985.
- 25) VON LISZT FRANK.
"DERECHO PENAL" T.II., TRADUCIDO DE LA VIGESIMA EDICION
ALEMANA POR LUIS JINENEZ DE ASUA Y ADICIONADO CON EL
DERECHO ESPAÑOL POR QUINTILIANO SALDAÑA, TERCERA EDICION,
INSTITUTO EDITORIAL REUS, S.A. MADRID ESPAÑA.
- 26) WELSEL HANS.
"DERECHO PENAL"
ROOUE EDITORIAL, ARGENTINA 1956.
- 27) ZAFFARONI EUGENE RAÚL.
"TEORIA DEL DELITO"
EDITORIAL EDIAR S.A., EDITORA COMERCIAL Y FINANCIERA,
BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1973.

L E G I S L A C I O N .

CODIGO PENAL MEXICANO ACTUAL, PARA EL DISTRITO FEDERAL,
EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1988.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1988.