

97
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

"PROPUESTA DE REFORMAS PARA TERMINAR CON
LOS DELITOS DE PECULADO Y DE ENCUBRIMIENTO
DE PECULADO, COMETIDOS POR SERVIDORES
PÚBLICOS DE ADMINISTRACIONES TELEGRÁFICAS"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FREGOSO FIGUEROA RAFAEL

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

SANTA CRUZ, ACATLAN, ESTADO DE MEXICO



1991



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

"PROPUESTA DE REFORMAS PARA TERMINAR CON LOS DELITOS DE PECULADO Y DE ENCUBRIMIENTO DE PECULADO, COMETIDOS POR SERVIDORES PUBLICOS DE ADMINISTRACIONES TELEGRAFICAS."

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL SERVICIO TELEGRAFICO

	pág.
1.1.- Epoca Colonial.	5
1.2.- Etapa Independiente.	10
1.3.- Etapa de la Revolución de 1910.	16
1.4.- México Contemporáneo.	21

CAPITULO SEGUNDO
CONCEPTO E HISTORIA DE LOS DELITOS DE PECULADO Y DE ENCUBRIMIENTO DE PECULADO

2.1.- Etimología y definición.	30
2.2.- Antecedentes históricos.	31
2.3.- Antecedentes legislativos en México.	32
2.4.- Marco jurídico del delito de peculado.	44
2.4.1.- Convenios Internacionales.	44
2.4.2.- Legislación del Fuero Federal.	47
2.4.3.- Legislación del Fuero Común.	49

CAPITULO TERCERO
CONSIDERACIONES SOBRE LOS SERVIDORES
PUBLICOS

3.1.- Modos de gestión de la Administración Pública Federal.	55
3.1.1.- Centralizada.	57
3.1.2.- Paraestatal.	59
3.2.- Servicio Público.	62
3.2.1.- Concepto.	64
3.3.- Concepto de Servidores Públicos.	66
3.4.- Los Servidores Públicos en las Administraciones Telegráficas.	69

CAPITULO CUARTO
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS DELITOS
DE PECULADO Y DE ENCUBRIMIENTO DE PECULADO

4.1.- Los presupuestos del delito en general.	83
4.2.- El presupuesto especial del delito de peculado.	86
4.3.- Elementos constitutivos de los delitos de peculado y de encubrimiento de peculado.	89
4.3.1.- Conducta.	90
4.3.2.- Tipicidad.	97
4.3.3.- Antijuricidad.	101
4.3.4.- Imputabilidad.	105
4.3.5.- Culpabilidad.	107
4.3.6.- Condiciones Objetivas de Punibilidad.	111
4.3.7.- Punibilidad.	113

CAPITULO QUINTO
ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DELITO DE PECULADO
PROPUESTA DE REFORMAS.

5.1.- La tentativa en general.	118
5.2.- La tentativa en el delito de peculado.	122
5.3.- La participación en el delito de peculado.	124
5.4.- Propuesta de reformas a los ordenamientos relativos a efecto de terminar con el de- lito de peculado.	126

CONCLUSIONES.	132
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.	135
---------------------------	------------

INTRODUCCION

Los escándalos de corrupción de los funcionarios públicos se han sucedido en la prensa durante todos y cada uno de los sexenios. Cabe mencionar que no se publican todos los casos y tal vez ni siquiera la mayor parte. De esta manera muchos han sido conocidos por la opinión pública sólo a partir de la prensa extranjera. De esta manera, las denuncias aparecidas en la prensa diaria suman más de cien mil millones de pesos en fraudes, peculados, etc., esto es en el sexenio pasado y en lo que va del presente.

Todo parece indicar que en nuestra sociedad, los hombres ya no gozan del principio de igualdad ya que son personas y sujetos de derecho los que tienen poder económico; los demás han sido despersonalizados porque la personalidad y el derecho se han transferido a los bienes. Por esta razón los pobres no tienen voz, no reciben una verdadera justicia, carecen de defensa ante la Ley (pues no pueden pagar los honorarios de un buen abogado). Ellos si son encarcelados, son desposeídos. Por otro lado, encontramos la impunidad de los poderosos a los que rara vez se les investiga, no se les encarcela a pesar de que son culpables; se les trata con deferencia, se les indulta, se olvidan sus delitos, etc., y sólo a veces sirven de caso ejemplar, para que la abyección y el desprestigio no sean totales; esto acontece generalmente al principio de cada sexenio.

Por eso ya somos inmunes al escándalo político de reajuste entre los grupos de poder, y al efecto cabe citar a los siguientes casos: Armando León Bejarano, exgobernador de Morelos; Leopoldo Sánchez -

Duarte, exdelegado político en Coyoacán; Roberto Martínez Vara, ex-subdirector Administrativo de la Comisión Nacional Azucarera; Miguel Lerma Gandelaris, exdirector del Banco Nacional de Crédito Rural; - Eugenio Méndez Docurro, exsecretario de Comunicaciones y Transportes; Margarita Ortega Villa, excandidata del Partido Revolucionario Institucional a la gubernatura del Estado de Baja California; Oscar Orrantía, exdirector de Telégrafos Nacionales, a quien se acusó de un fraude por 125 millones de pesos, el cual se suicidó en la cárcel; el reciente caso del licenciado Agustín Leñero Boreas, expresidente municipal de Naucalpan; y otros personajes públicos que harían nuestra lista interminable. Cabe mencionar que algunos fueron inculpados del delito de peculado y otros del ilícito de fraude.

Esta situación me inquietó y al mismo tiempo alentó para realizar la presente Tesis, al término de la cual hago mi propuesta para tratar de disminuir el ilícito de peculado. La integración del presente trabajo es la siguiente:

En el Capítulo Primero, examinamos los antecedentes históricos del servicio telegráfico; primeramente centramos nuestro estudio en el origen del telégrafo a nivel mundial, enseguida pasamos al análisis del telégrafo en nuestro país, empezando desde la época Colonial, pasando por la etapa Independiente, la etapa de la Revolución de 1910, hasta llegar al México Contemporáneo.

La finalidad del Capítulo Segundo, no es otra que la de revisar el concepto e historia de los delitos de peculado y de encubrimiento de peculado, de esta manera analizamos su etimología y definición; sus antecedentes históricos en las diferentes civilizaciones que se han dado a nivel mundial; y finalizamos el Capítulo con el estudio de los antecedentes legislativos del citado delito en México y su marco jurídico actual.

El Capítulo Tercero, es un breve estudio sobre los servidores públicos, para lo cual necesariamente tenemos que analizar lo referente a los modos de gestión de la Administración Pública Federal; lo relativo al servicio público; el concepto de servidores públicos y terminamos analizando la situación de los servidores públicos en las administraciones telegráficas.

Lo relativo a los elementos constitutivos de los delitos de peculado y de encubrimiento de peculado, es abordado en el Capítulo Cuarto, a través del examen de los presupuestos del delito en general; el presupuesto especial del delito de peculado y los elementos constitutivos del delito de peculado, que para nosotros son: Conducta, Tipicidad, Antijuricidad, Imputabilidad, Culpabilidad, Condiciones Objetivas de Punibilidad y Punibilidad.

El Capítulo Quinto, lo dedicamos al estudio de la tentativa en general; la tentativa en el delito de peculado; la participación en el delito de peculado; y terminamos el Capítulo y por ende la presente Tesis, con nuestra propuesta de reformas a los ordenamientos relativos a efecto de disminuir la forma alarmante en que se ha presentado el delito de peculado.

Esperamos que la presente investigación, en algún grado aunque sea el mínimo, sirva para concientizar que el delito de "peculado", es actualmente un grave problema social. Asimismo, me acojo a la benevolencia del H. Jurado a quien presento a su superior consideración esta modesta Tesis.

CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL SERVICIO
TELEGRAFICO

- 1.1.- Epoca Colonial
- 1.2.- Etapa Independiente
- 1.3.- Etapa de la Revolución de 1910
- 1.4.- México Contemporáneo

1.1.- Epoca Colonial

Antes de entrar de lleno a nuestro tema, pensamos que es necesario realizar el siguiente comentario: en la época comprendida entre los Siglos XVI al XIX se tiene el conocimiento de que con frecuencia renace el procedimiento de la luz transmitida, con el propósito de enviar un mensaje preestablecido: ocurre así cuando, valga el ejemplo, es avissada la llegada de la Armada de España a las costas de Inglaterra en 1588. Los problemas planteados para la comunicación entre barcos, o entre barcos y la costa, llevaron a diseñar un alfabeto naval hecho con banderas, posteriormente el avance de la óptica ocasiona el descubrimiento del telescopio, y también del heliógrafo, instrumento destinado a hacer señales telegráficas por medio de la reflexión de un rayo de sol en un espejo plano que se puede mover de diversas maneras y producir destellos más cortos y más largos, agrupados o separados, a voluntad del operador, para denotar convencionalmente letras o palabras.⁽¹⁾

Después en 1757, los científicos se tratan de comunicar mediante disparos de tiros de fusil o de cañon corto, dando a cada letra del alfabeto un número diferente de disparos. En realidad, un gran avance ocurre cuando aparece el telégrafo óptico o semáforo inventado por Claudio Chappe, utiliza simples torres, unas expresamente construidas al efecto, otras ya existentes, que en su parte alta sostienen una vigueta de madera vertical unida a otra horizontal:

(1) CARDENAS de la Peña, Enrique. "Historia de las Comunicaciones y los Transportes en México, EL TELEGRAFO". Editorial Sector Comunicaciones y Transportes. 1a. Edición. México, D.F., 1987, — página 11

por medio de cordajes, la segunda de estas viguetas gira en torno a la primera, formando diferentes ángulos; el mecanismo introduce numerosas figuras leídas con la ayuda de un telescopio, y de torre en torre el mensaje avanza hasta donde se desea. En Francia, a menos de 16 kilómetros una y otra comienzan a aparecer estaciones cuya característica es que se encuentran completamente equipadas para realizar transmisiones, y se nombra a Chappe ingeniero telegrafista.

El telégrafo, así llamado en 1793, de aquí en adelante impone su aceptación. Una primera línea es tendida enseguida entre Lille y París. El procedimiento, desaparece en 1852 al ser reemplazado por la telegrafía eléctrica. La telegrafía eléctrica comienza a tomarse en serio tras de que Luigi Galvani y Alessandro Volta realizan sus experimentos. El primero de ellos abre el camino a la pila eléctrica, y el segundo fabrica un nuevo tipo de electricidad, de voltaje mucho más bajo, es decir, descubre la electricidad dinámica o voltaica. Cuatro años después, Francisco Salvá y Camillo efectúa demostraciones con el telégrafo eléctrico, empleando la pila de volta y enviando mensajes a un kilómetro de distancia. (2)

André Marie Ampere, inventa un sistema telegráfico basado en la desviación de la aguja imantada bajo la acción de una corriente aplica su par astático, es decir, dos agujas magnéticas perfectamente paralelas, situadas una encima de la otra, con polos opuestos en una dirección, por lo que resultan insensibles a los efectos del magnetismo de la Tierra.

(2) Cfr. CARDENAS de la Peña, Enrique. obra citada. páginas 13-15

Los rusos dan por descontado que Pavel Shilling es el inventor del telégrafo electromagnético, pues desde 1825 realiza una serie de experimentos con detectores de esta naturaleza, preparando un código para trabajar con una sola aguja y el 21 de octubre de 1832 en Leningrado, demuestra exitosamente el aparato construido, donando su aparato a la Universidad.

William Fothergill Cooke inventa un aparato poniendo en uso la desviación de dos agujas solamente, en lugar de cinco, y asociándose con Charles Wheatstone perfeccionan su aparato y reducen finalmente el número de agujas a una sola. En 1846, ambos forman la Compañía Electric Telegraph, la cual en unos seis años instala alrededor de 6 500 kilómetros de red telegráfica en Inglaterra.

Entre tanto, en América luce la genialidad de Samuel Finley Morse, quien utiliza un código de señales, de puntos y rayas, para interpretar cada palabra del alfabeto; los mensajes corren a razón de diez palabras por minuto, con un pulsero manual, hasta ser recibidos como marcas de una pluma sobre una tira de papel una vez descifradas las señales, el mensaje es transcrito a mano. Rápidamente, en Europa es reconocida la importancia y la utilidad del telégrafo. (3)

En 1865 las numerosas compañías de los Estados Unidos se unen para formar la Western Union Telegraph Company, para 1886, posee 2250 oficinas y la longitud de sus líneas ha pasado de 900 a 120 000 kilómetros; uno de los factores de mayor contribución al cre-

(3) Cfr. CARDENAS de la Peña, Enrique, obra citada. páginas 16-17

cimiento es el aprovechamiento de un nuevo servicio telegráfico de noticias para la prensa de Nueva York, dirigido por la Associated Press. El Estado ve en el telégrafo un medio eficaz de centralización del poder.

Ahora bien, por lo que se refiere a nuestro país, observamos que no podemos hablar del telégrafo propiamente dicho, pues en base a lo mencionado en renglones precedentes, durante estos años se estaba inventando este sistema de comunicación en Europa.

Ha sido señalado insistentemente el hecho que, cuando las huestes de Hernán Cortés pisaron tierra indiana —en México— fueron sorprendidos no solamente por la civilización arquitectónica que contemplaron, sino también por la organización política con que se regía su población.⁽⁴⁾

El correo tenía especial atención. Se preparaban los mensajeros, quienes eran ejercitados desde la infancia para adquirir celeridad y recibían una educación esmerada y una refinada instrucción. Estos correos aborígenes prestaban tan importante utilidad en sus servicios, que estaban capacitados para referir exactamente relaciones verbales muy extensas y en circunstancias de grandes emergencias, como guerras, cataclismos o la presencia de personas extráneas. La falta de alfabeto era suplida por dibujos o pinturas sobre una tela fabricada con fibras de plantas especiales, unas veces en jeroglíficos y otras en la más exacta representación de lo que deseaban comunicar.⁽⁵⁾

(4) Cfr. GORNES Mac-Pherson, John. "Orígenes del Correo." Editorial Elite. 1a. Edición. Caracas, Venezuela. 1940. página 34.

(5) Cfr. Ibid. páginas 34 y 35

Fue así como el Gobernador de la Costa Oriental de México le comunicó a su emperador Moctezuma la llegada de los españoles. En dibujos y pinturas le informó la invasión de hombres barbados, desoribiéndole sus armas, la explosión de sus cañones, las figuras de las naves y, lo más extraordinario a su imaginación, el monstruo irresistible del caballo y hombre.⁽⁶⁾

Por lo que se refiere a los antecedentes del telégrafo, encontramos que al igual que en los pueblos de la más remota antigüedad los cuales tenían como medio de comunicación fogata y fanales, así mismo en los pueblos de la América Prehispánica se utilizaban como medios de comunicación la hoguera como en la antigua Grecia, y los telégrafos de torres encendidas de los percas, sistemas primitivos y eternos.

Así pues, es indiscutible, que en México al igual que en otros países de la antigüedad podemos considerar como un antecedente del sistema de comunicación telegráfica: el humo de la hoguera, el tamtam de la selva o la paloma mensajera; en los anteriores instrumentos rudimentarios se contemplan la existencia de una fuente de información, el transmisor, un canal o vía de conducción de la señal el receptor y una fuente de ruido.

Finalizaremos el presente inciso, mencionado que durante la Colonia no existió el telégrafo propiamente dicho, pues, cabe recordar una vez más que en esta época apenas se estaba inventando dicho medio de comunicación.

(6) Cfr. GORNES Mac-Pherson, John. obra citada. página 35

1.2.- Etapa Independiente

Propiamente la historia del telégrafo en México, comienza con el arribo de Juan de la Granja, proveniente de España. Vive hasta 1829, en el México liberado. Ante la probabilidad de la expulsión de españoles pues, España se muestra renuente a reconocer nuestra Independencia, abandona el país, embarcando en Tampico rumbo a Nueva York esto ocurría a principios de 1827.

Declarado ciudadano mexicano, se le extiende el nombramiento de Cónsul General en los Estados Unidos de América, en octubre de 1842. Hacia mediados de 1849 es electo diputado por el Estado de Veracruz, cuando cobija ya la inquietud por introducir el telégrafo, del cual ha tomado conocimiento durante su estancia en el vecino país del norte.

Si bien, a principios del Siglo XIX funciona el rudimentario sistema de telégrafo óptico o de señales en el camino de Veracruz, donde un montículo cerca del puerto es designado "Cerro del telégrafo", la comunicación efectiva mediante la telegrafía alámbrica débese a Juan de la Granja, quien el 10 de mayo de 1849, obtiene la concesión exclusiva para introducirlo al país, José Joaquín Herrera, a la sazón en el poder Decreta:

"Artículo 1.- Se concede privilegio exclusivo por el término de diez años al ciudadano Juan de la Granja, para plantear en la República telégrafos eléctricos.

Artículo 2.- Si a los dos años contados desde la expedición de la patente, no estuviesen establecidos en una línea de cuarenta leguas entre Veracruz y México, caduca el privilegio." (7)

En una Circular fechada el 12 de mayo de 1849 y rubricada por José María Lacunza, podemos leer:

"El privilegio no puede ser enajenado sin conocimiento previo del gobierno, si la enajenación se hiciere a extranjero, es preciso que estos renuncien antes a sus derechos de extranjería." (8)

Corren algunos meses. A principios de octubre de 1850 llegan a México, adquiridos por Pedro Terreros, los primeros aparatos telegráficos conocidos hasta entonces, así como una primera máquina productora de luz eléctrica, el funcionamiento de los aparatos telegráficos es demostrado a algunas personas por José Farinall y Miguel Dionisio. Juan de la Granja el 28 de este mes, realiza los experimentos iniciales de telegrafía en circuito local, con resultados satisfactorios. Finalmente, establece la comunicación entre el Palacio Nacional y el Colegio de Minería, los periódicos publican la noticia del funcionamiento de las máquinas, en prueba pública así el Siglo XIX y el Daguerrotipo insertan el 16 de noviembre de este año, lo siguiente:

"Los abajo firmantes tenemos el honor de anunciar al público que hoy han quedado removidos todos los obstáculos que se habían opuesto hasta ahora a la comunicación de la electricidad entre el Palacio Nacional y el Colegio de Minería. De este modo nuestras an

(7) CARDENAS de la Peña, Enrique. obra citada. página 26

(8) Ibid. página 26

as han cesado, las dificultades queden superadas y nuestros deseos cumplidos. Con este fin, desde hoy miércoles, entre dos y catorce de la tarde, tendremos en acción por algunos días las máquinas telegráficas, las cuales se comunicarán recíprocamente entre el Palacio y la Minería, a cuyos dos puntos suplicamos la asistencia de todo público para gozar tan sorprendente espectáculo." (9)

El miércoles 5 de noviembre de 1851 el general Mariano Arista, presidente en ese entonces, inaugura el servicio telegráfico entre la capital y el pueblecito de Nopalucan, Puebla, vía Río Frio-Puebla, con extensión de 180 kilómetros, y la mira futura de continuar el trazo hasta Veracruz. ⁽¹⁰⁾ Las primeras oficinas de la empresa halláanse en México en la casa que actualmente se ubica en el número 62 de la sexta calle de Bolívar, esquina con República del Salvador. El viernes 7 ocurre la transmisión de los primeros telegramas, mensajes de prensa dirigidos desde Nopalucan a los diarios capitalinos, donde se les comunica la próxima visita de monseñor Luigi Clement, nuncio papal, a la ciudad de Puebla.

El trabajo activo, las vicisitudes interminables, y la exposición a climas diferentes minan la salud de Juan de la Granja. Una pulmonía lo postra en cama y lo consume. El 6 de marzo de 1853 deja de existir, en la capital, siendo su muerte sentida por la merecida estimación de que goza. El Siglo XIX de inmediato propaga la noticia:

(9) CARDENAS de la Peña, Enrique, obra citada. página 28

(10) Cfr. Departamento de Estudios y Proyectos de Telégrafos Nacionales. "El telégrafo en México." Editado por Telégrafos de México. 1a. Edición. México D.F., página 13.

"Juan de la Granja, natural de Balmaceda, Ciudadano Mexicano. El primero que estableció en la República el telégrafo electromagnético. Murió el 6 de marzo de 1853." (11)

A la muerte de Juan de la Granja, la Junta de Accionistas designa director de la línea México-Veracruz a Hermenegildo y Gossio bajo cuyos empeños continúa el tendido del tramo Veracruz-Jalapa, inaugurado el 8 de junio de 1854.

El 11 de mayo de 1853, durante el último mandato de Antonio López de Santa Anna, éste dicta un Decreto de Providencias para el cuidado y seguridad de las líneas telegráficas. El presidente Benito Juárez, interesado por acabar la construcción de las líneas, el 10 de enero de 1855, Decreta la exención de contribuciones para esta por un periodo equivalente a 10 años, anticipándose a la orden que el 4 de mayo de 1861, dictara, donde señala que:

"Se otorgue una contribución a favor de las líneas telegráficas para su desarrollo." (12)

Conviene mencionar que durante el año de 1859, en tanto se pre para el golpe de Estado que acarrea la insurrección de Tacubaya, el general Anastacio Parra pasa a jefaturar el cuartel general de Celaya, por entrega que del mando le hace el general Manuel Doblado. Agustín Caravantes se halla como telegrafista en Celaya, y, es comisionado para establecer el despacho telegráfico en la secretaría del cuartel general.

(11) CARDENAS de la Peña, Enrique, obra citada. página 32

(12) Ibid. página 35

Para principios de 1861, el Director del Telégrafo México-Veracruz, en representación de la empresa, solicita del Ministro de Justicia y Fomento la ratificación de la prórroga por 25 años, de la concesión original otorgada a Juan de la Granja. Desde 1862 a una Junta del Ministerio respectivo; la preside Manuel Orozco y Berra. Se combate la pretensión de la empresa en forma por demás muy enérgica, aduciendo entre otras razones el artículo constitucional que prohíbe el monopolio.

"La comunicación telegráfica por razones de sigilo, fe pública, moralidad, seguridad interior y exterior y consecuencias administrativas, debe ser un servicio público, tal como está establecido en las naciones más civilizadas, y no una especulación del particular a merced de la cual estén los negocios público y privados." (13)

Al ser denegada la petición de la empresa México-Veracruz. Se sientan las bases de la futura red telegráfica Federal, e impide el lucro particular de las empresas privadas en tanto explotan las concesiones telegráficas. La falta de fondos en el erario, y también el desencadenamiento de la intervención francesa desde 1862, retardan el propósito del aprovechamiento del telégrafo por el Estado.

Mientras el enemigo avanza, algunos de los periódicos de la capital utilizan los mensajes telegráficos de prensa para nutrirse

(13) CARDENAS de la Peña, Enrique. obra citada. página 38

de las noticias foráneas más oportunas, las de última hora. Asimismo el gobierno de Benito Juárez aprovecha la telegrafía para estar enterado de los acontecimientos. El telégrafo es el medio de comunicación usual, el más rápido y efectivo. Al triunfo de Juárez con el fin de garantizar la paz republicana, Maximiliano de Habsburgo, Miguel Miramón y Tomás Mejía son fusilados el 19 de junio de 1867; El general Mariano Escobedo comunica lo sucedido al Ministro de la Guerra:

"Son las 7 de la mañana, hora en que acaban de ser pasados por las armas los citados. Sírvase comunicarlo al Presidente de la República." (14)

Más tarde, observamos que la introducción del telégrafo en Oaxaca se debe a Porfirio Díaz, quien además de la iniciativa, proporciona los aparatos para 10 oficinas y todo el alambre necesario la línea es inaugurada el 19 de enero de 1868. Porfirio Díaz y Benito Juárez cruzan los siguientes telegramas el día de la inauguración:

" C. Presidente de la República. En este momento me saluda Oaxaca, estrenando su telégrafo, y no queriendo retardar mi felicitación por este suceso, el más querido de los hijos de aquél Estado, yo a mi vez, le saludo a usted, anunciándole aquella mejora. Porfirio Díaz." (15)

(14) CARDENAS de la Peña, Enrique. obra citada. página 53

(15) Ibid. página 57

"Mi muy estimado amigo. Uno mi saludo al de Oaxaca en la inauguración del telégrafo que usted a contribuido tanto a establecer y que pone ya en comunicación eléctrica a la capital de la República con la capital de nuestro Estado. El Estado debe a usted no solamente los distinguidos servicios que le ha prestado como militar sino también el empeño que, restablecida la paz, ha tomado para sus mejoras materiales. Benito Juárez." (16)

Tal es a grandes rasgos, lo referente al telégrafo durante la etapa independiente hasta la etapa que se ha dado en llamar de la reforma.

1.3.- Etapa de la Revolución de 1910

Antes de entrar al estudio de la situación del telégrafo en la etapa de la Revolución de 1910, mencionaremos los antecedentes del telégrafo antes de dicha etapa.

Observamos que durante 1877, el telégrafo del Estado de Oaxaca pasa al dominio de la Federación; el 18 de marzo queda listo el telégrafo entre México y Morelia, continuando hacia Jalisco, se hace expedita la comunicación entre Minatitlán y los Estados de Tabasco, Campeche y Yucatán; entre la capital y San Luis Potosí; empieza a funcionar el tramo entre Querétaro y San Luis Potosí.

(16) CARDENAS de la Peña, Enrique. obra citada. página 57

El 24 de marzo de 1879, Vicente Riva Palacio como Secretario de Fomento, celebra el primer contrato tendiente a establecer la comunicación telegráfica entre los Estados Unidos de Norteamérica, México y la América Central. Con fecha 28 de octubre del mismo año, Porfirio Díaz aprueba el Contrato, haciendo constar que la empresa será siempre mexicana, aun cuando todos o algunos de sus miembros resulten extranjeros. (17)

Durante los años 1883-1885 se continúa contratando con los particulares la construcción de ciertas líneas telegráficas, los Contratos estipulan que el tendido debe quedar terminado en determinado periodo, y que el pago ha de hacerse o por mensualidades o por tramos concluidos.

El primero de julio de 1891, al crearse la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, las líneas telegráficas en poder de la Federación, a cargo de la Secretaría de Fomento, pasan a ser administradas por ella. La Dirección General de Telégrafos Federales ejerce sus funciones por medio de cuatro departamentos o secciones los primeros años de vida de los telégrafos tras de su incorporación a la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas prácticamente reajustan los servicios, las líneas, federales o pertenecientes a los Estados, se desarrollan por separado, pero durante 1893 aquellas que han sido cedidas temporalmente a diversos gobiernos estatales para su administración y explotación, vuelven al control de la Federación. (18)

(17) Cfr. Departamento de Estudios y Proyectos de Telégrafos Nacionales. "El telégrafo en México." obra citada. página 20

(18) Cfr. Ibid. página 21

En el terreno internacional, el 16 de junio de 1896 una delegación de México, quizá la primera dentro del ambiente telegráfico, asiste a la Conferencia Telegráfica Internacional de Budapest, y allí estudia la conveniencia del ingreso de nuestro país como miembro de la Unión Telegráfica Internacional.

El tráfico internacional va cobrando auge. El 16 de noviembre de 1896 se toma el acuerdo de que las oficinas de la Compañía del Cable de la Western Union Telegraph en México funcionen como intermediarias para despachar la correspondencia internacional, o como oficinas de canje para evitar demoras. A la Western Union se le permite entonces, por medio de hilos aéreos o de cables subterráneos o subfluviales, enlazar sus líneas telegráficas con las de la Federación en Laredo, Tamaulipas, Ciudad Juárez, Chihuahua y Nogales Sonora.

La Ley sobre Ferrocarriles del 29 de abril de 1899, expedida por Porfirio Díaz, publicada en el Diario Oficial del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, del sábado 13 de mayo del mismo año, tiene los siguientes nexos importantes relativos al tema que nos ocupa. La vida del telégrafo no puede separarse de la del ferrocarril, de esta manera al pasar a hablar sobre la concesión para construirlos, la Ley puntualiza en su artículo 19:

"Las concesiones del ferrocarril comprenden los derechos siguientes:

- 1.- El derecho de construir el ferrocarril;
- 2.- El de construir un telégrafo o un teléfono; y
- 3.- El de explotar el ferrocarril y telégrafo o teléfono por todo el término de la concesión." (19)

A principios del Siglo el mundo entero, que durante la segunda mitad del Siglo XIX considera el telégrafo eléctrico por medio de cable como la conquista mayor del hombre en materia de telecomunicaciones, vuelve a asombrarse ante los avances en electrodinámica que culminan con la generación, radiación, propagación y recepción de ondas discontinuas amortiguadas, cuya utilización inmediata repercute en la telegrafía sin hilos. De esta manera lugares inaccesibles al tendido de conductores resultan próximos gracias a todos los descubrimientos en este sentido. Así, las emisiones telegráficas inalámbricas alcanzan la velocidad de la luz.

En México los ensayos sobre telegrafía inalámbrica principia hacia 1901, estableciéndose una estación en Hornos y otra en Sacrificios. Luego se enlaza la fortaleza de Ulúa y Santiaguillo. En el mes de septiembre de 1908 se abre al servicio público la primera comunicación radiotelegráfica entre Cerritos, Sinaloa, y San José del Cabo, Baja California.

(19) CARDENAS de la Peña, Enrique. obra citada. páginas 106 y 107

Durante la Revolución de 1910, las tropas de uno y otro lado se dedican a destruir y reparar según sea el momento conveniente las líneas telegráficas, buscando hacer daño al enemigo, de esta manera se rompen conductores, se tiran postes, se desconectan líneas, Esto sucede durante una decena de años, razón por la que no puede hacerse un balance justo y preciso de las condiciones de la red telegráfica, pues, es obvio que las estadísticas distan de ser exactas.

Durante la gestión del Presidente Madero, las condiciones prevaletientes en el país no le permitieron desarrollar un programa progresista, a pesar de estos obstáculos, la red, que el primero de julio de 1911 suma 36 049. 5 km. en líneas y 78.391.3 km. en desarrollo de los hilos conductores, al 30 de junio de 1912 abarca 36 668. 9 km. en líneas, y 81 070.1 km. en desarrollo.

Al usurpar la presidencia del país, el general Victoriano Huerta el momento que se vive impide que se cumpla con eficacia cualquier programa de gobierno; durante este periodo Victoriano Huerta pretende militarizar a los telegrafistas, pero su intento no puede lograrse.

Con el triunfo de Venustiano Carranza el telégrafo adquiere un gran impulso: se aumentan las comunicaciones inalámbricas, se modernizan los equipos, los almacenes de la Dirección General se ven repletos de materiales; el sistema radiotelegráfico avanza; pero las contingencias revolucionarias no le permiten coronar su obra.

Lo anterior configura la situación prevaleciente en lo que respecta al telégrafo, durante el periodo de la Revolución Mexicana de 1910.

1.4.- México Contemporáneo

De gran trascendencia resulta la expedición del Decreto del Primer Jefe, reglamentando el 19 de octubre de 1916 las estaciones radiotelegráficas, antecedente para que la Constitución de 1917, en su artículo 28, declare monopolio del Estado al telégrafo y otros medios de comunicación, al establecer:

"Artículo 28.- En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios, ni estancias de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria, exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía ..." (20)

En 1919, el desarrollo de la radiotelegrafía se intensifica gracias al intercambio de mensajes con Cetzow, estación de Berlín, y con Punta Arenas y Valparaiso de la República de Chile. Y en 1920, el 13 de noviembre queda establecido el servicio entre México y Guatemala, mediante la comunicación Suchiate-Ayutla.

(20) TENA Ramírez, Felipe. "Leyes fundamentales de México 1808-1964" Editorial Porrúa S.A., 2a. Edición. México D.F., 1964. página 333

Durante el gobierno del general Alvaro Obregón, los servicios son manejados en forma prácticamente normal por sus colaboradores, se reparan las líneas telegráficas; se agilizan los intentos de comunicación telegráfica con los países centroamericanos; el 5 de mayo de 1921 inaugura el servicio particular entre México y Guatemala. Para 1922, la red simple suma 37 456 km. y la desarrollada 85 888 km., las oficinas telegráficas ascienden a 568. Surgen en este mismo año las comunicaciones radiotelegráficas Mérida--la Habana--Nueva York.

Plutarco Elías Calles expide el 23 de abril de 1926 la Ley de Comunicaciones Eléctricas, para reglamentar en términos generales las comunicaciones telegráficas, telefónicas y radiotelegráficas en el país. Dice el artículo primero de la Ley:

"Las comunicaciones eléctricas comprenden, para los efectos de esta Ley, la telegrafía, la radiotelegrafía, la telefonía, la radio telefonía y cualquier otro sistema eléctrico de transmisión y recepción con o sin hilos conductores, de sonidos, signos o de imagenes." (21)

Con la Ley, el Ejecutivo pretende unificar las disposiciones referentes a las variantes de comunicaciones eléctricas, colocándo se a la altura de otros países. Baste mencionar los señalamientos más importantes de la Ley, relacionados con el telégrafo. Desde luego, todas las instalaciones establecidas o por establecer en el

(21) CARDENAS de la Peña, Enrique. obra citada. página 149

país dependen exclusivamente de la Federación. La Secretaría de Guerra y Marina debe controlar el establecimiento y manejo de las oficinas telegráficas destinadas al servicio exclusivo oficial del ejército, de la armada y de la aeronáutica militar. Sólo mexicanos por nacimiento o naturalización deben ser operadores de instalaciones dependientes de la Federación; existe prohibición para la transmisión de noticias o mensajes cuyo texto sea contrario a la seguridad del Estado, a la concordia internacional, a la paz y al orden público y las buenas costumbres, y para la divulgación con aprovechamiento indebido de los propios mensajes.

Las perspectivas de un incremento severo en las comunicaciones del país deciden al Ejecutivo Federal a emitir una Ley sobre Vías Generales de Comunicación y Medios de Transporte el 31 de agosto de 1931, donde se refunden el Código Postal de 1926, la Ley de Ferrocarriles, la de Caminos y Puentes, la de Comunicaciones Eléctricas y la de Aeronáutica Civil. Considerando que la citada Ley resulta incompleta, el 28 de junio de 1932 aparece el Decreto que otorga facultades al propio Ejecutivo para publicar y observar la Ley de Vías Generales de Comunicación, la Ley se promulga y se publica en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 28 de septiembre de 1932. Las modificaciones y adiciones relativas al telégrafo otorgan una mayor claridad a los enunciados. En el artículo primero es la fracción décima la que se ocupa de señalar que las líneas telegráficas quedan incluidas dentro de las vías generales de comunicación; las vías generales todas ellas quedan sujetas sólo al go

bierno federal; la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas es la encargada de celebrar contratos, concesiones y permisos, así como de revocarlos.

Siendo Presidente de la Nación el general Abelardo L., Rodríguez tiene lugar la fusión de la Dirección General de Telégrafos Nacionales con el Ramo de Correos. Convencido de que la unión de los dos ramos, correos y telégrafos, funciona en detrimento del público usuario; Manuel Avila Camacho, expide el 7 de mayo de 1942 el Decreto número 741, publicado en el Diario Oficial de la Federación, correspondiente al martes 19 de mayo de 1942. Se considera en él que siendo negativas la economía y la eficiencia perseguidas al fusionar ambos ramos, resulta imperativa la independización de los servicios de telecomunicaciones; el telégrafo, como comunicación eléctrica, debe armonizar con éstos.. Por lo tanto:

"1.- Se deroga el derecho que establece la fusión de los servicios de correos y telégrafos, publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero del año 1933. 11.-Se segrega de la Dirección General de correos y telégrafos, la Subdirección de Telégrafos con todas las dependencias que le están adscritas. 111.- Se autoriza al C. Secretario de Comunicaciones y Obras Públicas para incorporar la Subdirección de Telégrafos al Departamento de Telecomunicaciones, creado por Acuerdo de 13 de febrero de 1941." (22)

De primordial importancia resulta el Reglamento Interior Provisional de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas en mate

(22)

CARDENAS de la Peña, Enrique. obra citada. página 177

ría de Telecomunicaciones, aparecida en 1949. Compete a la Secretaría -dice el Reglamento- conocer en materia de telecomunicaciones todo lo relativo a comunicaciones eléctricas y, entre otros aspectos controlar:

"Cualquier otro servicio público que comprenda la transmisión y recepción de signos, señales, escritos de toda clase, por hilos conductores, radio y otros sistemas o procedimientos de señalamientos eléctricos o visuales que en el futuro se establezcan por conducto de la Red Telegráfica Nacional, por concesiones a instituciones a instituciones o personas particulares." (23)

El Presidente Adolfo López Mateos dicta el 16 de febrero de 1959 el Acuerdo que autoriza a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para crear la Subdirección General de Telégrafos Nacionales. El tiempo de vida de la Subdirección es muy reducido y después de 13 meses asciende a Dirección General de Telégrafos Nacionales por Acuerdo del 24 de marzo de 1960, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 26 del mismo mes y año.

En este preciso momento cabe referirnos a la automatización, la cual ha sido descrita como: el conjunto de técnicas y aplicaciones que tienen por objeto la regularización, el mando y la organización de máquinas o de sistemas sin la intervención del hombre.

(23) CARDENAS de la Peña, Enrique. obra citada. página 195

La historia de la automatización del telégrafo en México comienza cuando en abril de 1962 la Secretaría de Comunicaciones y Transportes recibe la carta-propuesta, introducción, procedimientos, in formas a producir, requerimientos, plan de preinstalación, costos y literatura de los estudios de mecanización para la glosa de giros telegráficos y giros postales, mediante el sistema electrónico IBM 1401. Después de varias propuestas por parte de diferentes compañías, en 1969 se decide por fin la compra del equipo a usar en la automatización, decidiéndose a favor de la casa Siemens A.G.; en el contrato se aclaraba que en la capital debía haber una central compuesta por 4 computadoras, equipo periférico y software, y siete centrales regionales.

Por otro lado, encontramos que para apoyar la descentralización de la vida nacional, el 28 de septiembre de 1984 el ingeniero Rodolfo Félix Valdés, Secretario de Comunicaciones y Transportes, acuerda la operación de los telégrafos en el ámbito foráneo en relación a tres órganos específicos: la gerencia regional, con jurisdicción que comprende el ámbito geográfico de dos o más Estados; la gerencia estatal, con un ámbito jurisdiccional equivalente al territorio de cada Entidad Federativa; y la administración telegráfica, con jurisdicción local o de varios municipios.

El 20 de agosto de 1986 se crea un Organismo Público Descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio denominado Telégrafos Nacionales entre algunas de sus funciones mencionaremos a las siguientes:

I.- Programar, organizar, operar, controlar y desarrollar los sistemas telegráficos nacionales; prestar el servicio público de telegrafía y administrar los recursos humanos, materiales y financieros de que disponga.

II.- Construir, conservar y mejorar las líneas físicas y los sistemas de comunicación inalámbrica a su cargo.

III.- Proponer a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes las características requeridas en los equipos, aparatos e instalaciones necesarias para la operación, modernización y expansión de los servicios telegráficos.

IV.- Fijar los horarios de labores y los servicios que deben prestar las administraciones telegráficas, sucursales, estaciones radiotelegráficas, oficinas telefónicas y demás de la red nacional etc.⁽²⁴⁾

Por medio de un Decreto de fecha 17 de noviembre de 1989, y el cual entró en vigor el 18 del mismo mes y año, se modificó la denominación del organismo descentralizado Telégrafos Nacionales para quedar como Telecomunicaciones de México. Se establece que Telecomunicaciones de México es un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo objeto principal es la prestación del servicio público de telégrafos y los de telecomuni-

(24) DECRETO, por el que se crea Telégrafos Nacionales. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 20 de agosto de 1986 página 18

caciones, así como los de carácter prioritario que se encuentren directamente relacionados con ellos.

Entre algunas de sus funciones mencionaremos las siguientes:

a).- Proporcionar los servicios públicos de telégrafos, giros telegráficos y télex, así como instalar y conservar su infraestructura;

b).- Asesorar a los gobiernos estatales y a las dependencias y entidades del Gobierno Federal en materia de sistemas de telecomunicaciones;

c).- Programar, ajustándose a los programas sectoriales respectivos, organizar, operar y controlar la prestación del servicio de telégrafos y diversos a su cargo, que se encuentren establecidos en las leyes y convenios internacionales vigentes, así como en el Decreto en consulta;

d).- Percibir y administrar, en los términos de la legislación aplicable, los ingresos generados por los servicios que preste, así como ejercerlos conforme a su presupuesto autorizado.⁽²⁵⁾

Tal es la situación que actualmente guarda el servicio telegráfico en nuestro país, la cual cabe mencionar ha sido tratada de manera sinóptica y de ninguna manera pensando redactar un gran tratado sobre la materia.

(25) DECRETO, por el que se crea Telecomunicaciones de México. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 17 de noviembre de 1989. páginas 14 y 15

CAPITULO SEGUNDO
CONCEPTO E HISTORIA DE LOS DELITOS DE
PECULADO Y DE ENCUBRIMIENTO DE PECULADO

- 2.1.- Etimología y definición
- 2.2.- Antecedentes históricos
- 2.3.- Antecedentes legislativos en México
- 2.4.- Marco jurídico del delito de peculado
 - 2.4.1.- Convenios Internacionales
 - 2.4.2.- Legislación del Fuero Federal
 - 2.4.3.- Legislación del Fuero Común

2.1.- Etimología y definición

Es un hecho que el concepto "peculado", tiene raíces eminentemente latinas y concretamente proviene del latín *peculatus*, de *peculari*, es decir robar los caudales público. La raíz es *pecus* (ganado), al efecto cabe mencionar que primitivamente, "*pecunia*" significaba la riqueza, pero la riqueza en ganado. Reafirmando lo anterior se dice que Servio Tulio, sexto Rey de Roma, hizo que en algunas monedas se grabara la figura de una cabeza de vaca.⁽²⁶⁾

Ahora bien, por lo que hace a su definición el "peculado" ha sido definido como: "El hurto de caudales públicos, cometido por quien los administra". Otra definición es la siguiente: "Hurto de fondos públicos hecho por quien los maneja".

El doctor Raúl Carranca y Trujillo en su obra *Código Penal Anotado*, escribe que la etimología de la palabra peculado es "*peculare*, o sea, robar el peculio ajeno. A su vez *peculio* y *pecunia* (dinero) emparentan, siendo *pecus* (ganado) su raíz común. El ganado era sinónimo de riqueza en pueblos que, como el romano, fundaban su orden económico sobre todo en el pastoreo.

En base a lo señalado, señala el tratadista en consulta que el objeto jurídico del delito de peculado, es el interés de la colectividad social, y por ello del Estado, porque funcionen normalmente los servicios públicos.⁽²⁷⁾

(26) DIAZ de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal" Tomo 11. Editorial Porrúa S.A., 1a. Edición México D.F., 1986. página 1234

(27) CARRANCA y Trujillo, Raúl. "Código Penal Anotado" Editorial Porrúa S.A. 12a. Edición. México D.F., 1986. página 554.

Después de haber analizado las diferentes definiciones del concepto "peculado", que nos dan los tratadistas en la materia, ensayada nos permitimos mencionar lo que entendemos por "peculado": es la apropiación de un bien o bienes que pertenecen a la administración pública y que es realizada por un servidor público, siempre que en razón de su cargo tenga la posesión de tal bien o bienes.

2.2.- Antecedentes Históricos

Mencionan los tratadistas en la materia que el delito de peculado ya se cometía en la antigüedad, de esta manera afirman que en el Código de Manú, ya se hacía referencia al citado ilícito, pues, en él se recomendaba al monarca la vigilancia de sus ministros y se le facultaba para decretar su muerte cuando robaba el tesoro de la realeza.⁽²⁸⁾

En el derecho de Roma, el peculatus era el hurto de bienes pertenecientes al Estado; se llamaba peculatus publicus pues se consideraba que era un hurto agravado ya que se trataba de un hurto de cosas muebles públicas, la sustracción del dinero público. Posteriormente el "peculatus" cobra más amplitud y comprende toda una serie de defraudaciones contra los fondos públicos, como acuñar en mayor cantidad de la autorizada moneda pública.⁽²⁹⁾

(28) Cfr. SANCHEZ Viamonte, Carlos. "Enciclopedia Jurídica Omeba." Tomo XXI. Editorial Driskill. 1a. Edición. Buenos Aires, Argentina. 1978. página 948.

(29) Cfr. Ibid. página 949

En las Partidas, Ley XIV, Título XIV, Partida Séptima; se estableció el castigo para los malversadores de los dineros del Reino, de las villas y ciudades con la obligación de restituir lo sustraído y de pagar además una tercera parte de lo aprovechado en forma por demás maliciosa. Asimismo, se castigaba con la pena de muerte al que hurtaba los maravedis del Rey y la usurpación de sus rentas y derechos; ya que se decía que dependía de ellos el sostenimiento del Estado.⁽³⁰⁾

En la Ley VII del Título XV del Libro XII de la Novísima Recopilación se establecía un castigo con igual rigor que el que ordenaba la Partida mencionada, a las personas, concejos o universidades que usurparan las rentas o derechos del Rey.

Tal es en síntesis lo referente a los antecedentes históricos del delito de "peculado", en el Código de Maná, en el derecho romano y en el derecho español.

2.3.- Antecedentes Legislativos en México

Existe una gran controversia con respecto a la existencia del derecho penal antes de la llegada de los conquistadores, de esta manera algunos tratadistas en la materia nos indican que si existió y otra corriente niega tal existencia.

(30) Cfr. SANCHEZ Viamonte, Carlos. obra citada. página 950.

Solamente podemos afirmar que si en verdad existió, debió ser muy rudimentario pues era el resultado de una cultura que no había alcanzado la perfección legislativa.

En las disposiciones penales dictadas por el Rey Nezahualcóyotl, no encontramos algo parecido a lo que hoy conocemos como delito de peculado o malversación de fondos, existía la traición al Rey y el robo; y la pena para el ladrón consistía en ser arrastrado por las calles y después ahorcado.

De acuerdo al maestro Carranca Trujillo, en el derecho azteca se establecía que la riña era castigada con arresto en la cárcel más para los delitos de aborto, abuso de confianza, adulterio, alcahuetería, asalto, calumnia, daño en propiedad ajena, embriaguez, homicidio, incesto, malversación de fondos, peculado, pederastia, robo, etc.; las penas recorrían una amplísima gama llegando incluso a la muerte.⁽³¹⁾

Como podemos observar, en el Derecho Azteca se establecía el delito de peculado, el cual era sancionado, si no se tenía el carácter de administrador real con la pena de muerte y cuando se tenía tal carácter se recibía la pena de muerte y confiscación de algunos bienes; asimismo, se establecía la malversación la cual se castigaba con la esclavitud.

(31) Cfr. CARRANCA y Trujillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano." Editorial Porrúa S.A., 16a. Edición. México D.F., 1988. página. 115

Posteriormente, durante la Colonia encontramos que las disposiciones vigentes en la Metrópoli se trasplantaron a sus Colonias entre las cuáles se encontraba la Nueva España; confirman lo mencionando las palabras del maestro Carrancá que a continuación nos permitimos citar:

"La Ley 2, Título 1, Libro 11 de las Leyes de Indias, establecen que: en todo lo que no estuvieses decidido ni declarado por las Leyes de esta Recopilación o por Cédulas, Provisiones u Ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las Leyes de nuestro Reyno de Castilla conforme a las del trono así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de las causas, negocios y pleitos, como la forma y orden de instanciar"(32)

Es necesario mencionar que, el derecho indiano fue el principal, mientras que el derecho de Castilla fue el supletorio, la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias que el cuerpo principal de las Leyes que complementaba con los Autos Acordados hasta Carlos III; porque después se inició una legislación especial más sistematizada, como las Ordenanzas de Intendencias y las de Minería.

Estas Leyes fueron la recopilación de las leyes concernientes a la administración y gobierno de los territorios del nuevo mundo. Tal Recopilación se debe a Felipe II quien en el año de 1570, ordenó un estudio de la documentación real y de los autos de gobierno expedidos para el de las Indias, y que se hiciera un sólo cuerpo,

(32) CARRANCA y Trujillo, Raúl. obra citada. página 116

aclarando las disposiciones dudosas y conciliando las contradictorias, y fue hasta 1680 en Madrid cuando se publicó, la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias mandadas a imprimir y publicar por su majestad católica del Rey don Carlos II.

De las Partidas la que más nos interesa es la Séptima, la cual fue dedicada en forma general al derecho penal, podemos decir que, propiamente era un Código Penal, aunque también es necesario mencionar que para conocer toda la materia penal debía recurrirse al examen de todas las Partidas, pues no se siguió un orden estricto en las materias que contenían. De esta manera, el delito de peculdo reglamentado por la Ley XIV establecía que los oficiales del Monarca que sustrajeran o encubriesen la distracción de los caudales públicos se harían acreedores a la pena de muerte.

Por lo que hace a la Novísima Recopilación el delito de peculdo se encontraba regulado en la Ley Séptima, Título XV, Libro VII, estableciéndose que a los oficiales del Rey que sustrajeran o encubrieren la distracción de los caudales públicos, se les aplicaría la pena de muerte. Observamos que esta disposición es semejante a la establecida en la Séptima Partida.

Pasando a la etapa independiente, es un hecho que siguieron vigentes en México las disposiciones impuestas durante la Colonia, de tal manera que los tribunales continuaron aplicando las leyes de Indias, Las Partidas, La Novísima Recopilación, los Autos Acordados, etc.

aclarando las disposiciones dudosas y conciliando las contradictorias, y fue hasta 1680 en Madrid cuando se publicó, la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias mandadas a imprimir y publicar por su majestad católica del Rey don Carlos II.

De las Partidas la que más nos interesa es la Séptima, la cual fue dedicada en forma general al derecho penal, podemos decir que, propiamente era un Código Penal, aunque también es necesario mencionar que para conocer toda la materia penal debía recurrirse al examen de todas las Partidas, pues no se siguió un orden estricto en las materias que contenían. De esta manera, el delito de peculdo reglamentado por la Ley XIV establecía que los oficiales del Monarca que sustrajeran o encubriesen la distracción de los caudales públicos se harían acreedores a la pena de muerte.

Por lo que hace a la Novísima Recopilación el delito de peculdo se encontraba regulado en la Ley Séptima, Título XV, Libro VII, estableciéndose que a los oficiales del Rey que sustrajeran o encubrieren la distracción de los caudales públicos, se les aplicaría la pena de muerte. Observamos que esta disposición es semejante a la establecida en la Séptima Partida.

Pasando a la etapa independiente, es un hecho que siguieron vigentes en México las disposiciones impuestas durante la Colonia, de tal manera que los tribunales continuaron aplicando las leyes de Indias, Las Partidas, La Novísima Recopilación, los Autos Acordados, etc.

Por lo consiguiente los problemas en materia penal, se tenían que solucionar por medio de los textos provenientes de la etapa colonial. Posteriormente, el Constituyente de 1857 sienta las bases para que se pueda expedir un derecho penal propio; más tarde, en 1869 el Presidente Benito Juárez pone en vigor el Código Penal que debía regir en el Estado de Veracruz.

En la capital de la República el encargado de organizar y presidir la Comisión Redactora del primer Código Penal de 1871, fue el licenciado Antonio Martínez de Castro, a éste le acompañaron como vocales: los licenciados: José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel de Zamacona.⁽³³⁾

El 7 de diciembre de 1871, se promulgó el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, como es obvio su aplicación fue para toda la República en materia federal; observamos que con posterioridad los Estados de la República dictaron su legislación penal tomando como bases la del Distrito Federal o adoptándola íntegramente, salvo algunos que siguieron aplicando la legislación anterior por no haber sido derogados por sus correspondientes legislaturas. En el Código Penal de 1871, se definió el delito de peculado en el artículo 1026, que expresa:

"Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario, que para usos propios o ajenos dis-

(33) Cfr. PORTE Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la parte general de derecho penal." Editorial Porrúa S.A., 11a. Edición. México D.P., 1987. página 46

traiga dolosamente el dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente a la Nación, a un Municipio o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por cualquier otra causa" (34)

En el artículo 1028 se sancionaba al que cometiera este delito, con penas que se llamaban de arresto mayor y prisión, con base en el valor de lo sustraído; y también se imponía la destitución del empleo e inhabilitación. Cuando el culpable del delito de peculado devolvía lo sustraído dentro de los tres días siguientes a aquél en que se le descubría, la pena se reducía al arresto menor, pero si se hacía después de ese plazo, y antes de que recayese sentencia definitiva, la pena podía ser reducida a una tercera parte; lo anterior de acuerdo al artículo 1030.⁽³⁵⁾

Más tarde se presenta el movimiento revolucionario de 1910, en esta etapa se presentan grandes problemas sociales, políticos, culturales, etc., por lo que resulta de gran relevancia el Constituyente de 1917 con la expedición de la Carta Magna de este año; en base a este ordenamiento en 1925 se nombraron nuevas comisiones para la elaboración de un nuevo Código Penal que concluyen dicha labor hasta el año de 1929, así el Presidente Emilio Portes Gil, por Decreto de 9 de febrero de 1929 expide un nuevo Código Penal. Este ordenamiento deroga al llamado Código Martínez de Castro expedido en el año de 1871.

(34) "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871"
En: Leyes Penales Mexicanas Tomo 1. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1a. Edición. México D.F., 1979. página 467.

(35) Ibid. página 468

El nuevo Código Penal definía el delito de peculado en la siguiente forma:

"Artículo 1219.- Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, aunque sea por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario, que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dolosamente el dinero, valores o finca o cualquier otra cosa perteneciente a un Estado, a un Municipio o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por cualquier otra causa" (36)

En el artículo 1220 se establecía que el haber hecho la distracción con ánimo de devolver con sus réditos o frutos, aquello de lo que se había dispuesto, no servía como excusa. Por lo que se refiere a las sanciones, éstas consistían en lo siguiente:

"Artículo 1221.- El peculado se sancionará:

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

11.- Con uno o dos años de segregación y multa de veinte a treinta días de utilidad, cuando el valor de lo sustraído pase de cien, pero no de quinientos pesos;

111.- Cuando pase de quinientos, se aumentarán a las sanciones de la fracción anterior, dos meses más de segregación y multa de diez días de utilidad por cada cien pesos de exceso, sin que la segregación pueda exceder de doce años ni la multa de cien días de utilidad.

(36) "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929"
 En: Leyes Penales Mexicanas Tomo 3. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1a. Edición. México D.F., 1979. página 236.

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

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

Artículo 1223.- Las penas de que hablan los dos artículos anteriores se reducirán al arresto hasta por seis meses, si dentro de los 10 días siguientes a aquél en que se descubrió el delito devolviera el reo lo sustraído, pero cuando haga la devolución después de ese término y antes de que recaiga una sentencia definitiva, la pena se reducirá a la tercera parte de la que corresponda con arreglo a dicho artículo.

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

Artículo 1225.- Al funcionario que por grave negligencia o por grave falta de cuidado diere ocasión a que un subalterno suyo cometa el delito de peculado, se le aplicará una multa igual al importe de lo sustraído, pero sin que pueda exceder de cinco mil pesos, y destitución del empleo o cargo." (37)

Todo parece indicar que este último artículo se creó con la finalidad de que el superior supervise a sus subalternos para que no cometan el delito.

(37) "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929" obra citada. páginas 236 y 237.

La mayoría de los tratadistas en materia penal coinciden al señalar que el Código en consulta no resultaba práctico, y se confirman sus ideas al respecto con la expedición por parte del Presidente Pascual Ortiz Rubio del nuevo Código Penal de 1931.

El Código vigente, cataloga el peculado dentro de los delitos cometidos por los funcionarios públicos; por considerar que son de gran importancia para el objetivo de nuestra Tesis, enseguida nos permitimos citar los artículos relativos:

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

Artículo 220.- Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario, que para usos propio o ajenos, distraiga de su objeto el dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente a la Nación, a un Estado, a un Municipio o a un particular si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por cualquier otra causa.

Artículo 221.- La sanción será de uno a seis meses de prisión si, dentro de los diez días siguientes a aquél en que se descubrió el delito, devolvieren el reo lo sustraído. Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución, de la inhabilitación y de la multa correspondiente" (38)

(38) "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931"
En: Leyes Penales Mexicanas Tomo 3. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1a. Edición. México D.F., 1979. página 333.

La definición de peculado que utilizaba el artículo 220 del Código en consulta, fue modificada el 31 de diciembre de 1945 quedando de la siguiente forma:

"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 tenga el carácter 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 o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa"

La anterior definición fue modificada por el Decreto de fecha 27 de diciembre de 1979, quedando en la siguiente forma:

"Artículo 220.- Comete el delito de peculado todo funcionario, empleado o encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y que, para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o 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"

El artículo 219 también fue objeto de reforma el 27 de diciembre de 1979, quedando en la siguiente forma:

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

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

En el actual Código Penal con fecha de edición de 1990, el delito en estudio se encuentra establecido en la siguiente forma:

"Artículo 223.- Comete el delito de peculado;

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

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

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

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 para usos propios o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.

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 públicas.

Cuando el monto de lo distraído o 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 públicas." (39)

Ahora bien, por lo que se refiere al encubrimiento del delito de peculado, observamos que la penalidad será prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa; en los siguientes casos: cuando sin haber participado en el delito y con ánimo de lucro adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia; cuando preste auxilio o cooperación al autor del delito, sabiendo de esta circunstancia; cuando oculte o favorezca el ocultamiento del responsable del delito; en caso de que no auxilie a las autoridades en la investigación del delito.

(39) "Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal." Editorial Porrúa S.A., 46a. Edición. México D.F., 1990. páginas 78 y 79.

2.4.- Marco Jurídico del delito de peculado

Por lo que se refiere al marco jurídico que configura el delito de peculado, éste será objeto de nuestro estudio en los incisos que siguen y, a manera de un adelanto diremos que se conforma con: los Convenios Internacionales, la Legislación del Puerto Federal y la Legislación del Puerto Común.

2.4.1.- Convenios Internacionales

Los Convenios Internacionales tienen como fundamento el uniformar los procedimientos de todos los países del mundo en lo tocante a la intercomunicación telegráfica, en ella se proclama la libertad de tránsito internacional para que todos los países disfruten sin limitación de los servicios de comunicación de los demás, claro está que sin lesionar la soberanía de ninguno y quedando el mundo como un sólo territorio de comunicación telegráfica.

La unión telegráfica universal no se ha logrado plenamente y esto ha ocasionado que algunos países, celebren entre sí Convenios para el mejor entendimiento en el aspecto teleográfico.

De esta manera en el Decreto del 19 de agosto de 1986, que creaba el organismo público descentralizado denominado Telégrafos Nacionales, en el artículo 30, fracción 11, establecía lo siguiente:

"Artículo 30.- Son funciones del Organismo las siguientes:

11.- Programar, ajustándose a los programas sectoriales respectivos, organizar, operar y controlar la prestación del servicio de telégrafos y diversos a su cargo, que se encuentren establecidos en las leyes y Convenios Internacionales vigentes, así como en el presente Decreto." (40)

Por su parte el Decreto de 17 de noviembre de 1989, modifica la denominación de Telégrafos Nacionales y establece la de Telecomunicaciones de México, observamos que continúa con las características de ser un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonios propios; asimismo, cabe destacar el hecho de que se aumenta el objetivo principal que anteriormente era el de la prestación del servicio público de telégrafos al cual se suma la de telecomunicaciones, así como las de carácter prioritario que se encuentren directamente relacionados con ellas.

Por lo que hace a nuestra materia, se establece:

"Artículo 30.- Telecomunicaciones de México, tendrá las siguientes funciones:

(40) DECRETO, por el que se crea Telégrafos Nacionales. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 20 de agosto de 1986. página 18.

V.- Programar, ajustándose a los programas sectoriales respectivos, organizar, operar y controlar la prestación del servicio de telégrafos y diversos a su cargo, que se encuentren establecidos en las Leyes y Convenios Internacionales vigentes, así como en el presente Decreto.

VI.- Establecer la interconexión de sistemas de telecomunicaciones a su cargo con otros de entidades o empresas nacionales o extranjeras, así como combinar sus servicios atendiendo a las bases que fije la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

IX.- Participar en los organismos y foros internacionales sobre telecomunicaciones, en coordinación con la Secretaría de Comunicaciones y Transportes." (41)

Ahora bien, de la misma manera que en materia de la prestación de servicios telegráficos se establecen Convenios Internacionales así se celebran Convenios Internacionales sobre la extradición de delincuentes por ejemplo. De esta manera el país que reclama la extradición de una persona que ha cometido el delito de peculado, deberá actuar como parte querellante, promoviendo la acusación y suministrando todos los elementos probatorios que posea, lo mismo para reclamar la extradición del delincuente que el decomiso o restitución de los bienes mal habidos que se encuentren fuera de su territorio y bajo la jurisdicción de otros gobiernos.

(41) DECRETO, por el que se crea Telecomunicaciones de México. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 17 de noviembre de 1989. página 14.

2.4.2.- Legislación del Fuero Federal

Actualmente, en el régimen de gobierno mexicano, encontramos tres áreas de gobierno: Municipio, Estado y Federación; fijándose por consiguiente el reparto de jurisdicciones, de facultades y de competencias. Al efecto, enseguida nos permitimos citar el artículo 40 de la Constitución Federal:

"Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados Libres y Soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental." (42)

Podemos apreciar que el sistema federal que se ha dado nuestro país ha sido como consecuencia de la voluntad de todos los Estados de unirse, de fortalecerse y de defenderse mediante un pacto en el que se establece la forma de gobierno, se da su Carta Fundamental y se reparten sus competencias, lo que nos da como resultado que el Estado Federal mexicano surja de los Estados Federados, los cuales gozan de autonomía constitucional, limitan su esfera soberana y se sujetan por medio de la Constitución al pacto Federal.

(42) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa S.A., 38a. Edición. México D.F., 1990. página 42.

En base a lo anterior, todos y cada uno de los Estados ha legislado en la materia penal para finalmente tener su correspondiente Código Penal; hay que hacer la observación de que algunos Estados han seguido textualmente lo establecido en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, asimismo, es justo reconocer que los Congresos de algunos Estados han realizado algunas innovaciones en dichos ordenamientos.

Para reafirmar lo anterior, enseguida nos permitimos ampliar lo citado; recordemos que la organización política de nuestro país bajo régimen federal influye profundamente en el derecho penal; es así, en virtud de que tal materia, a pesar de las reiteradas instancias en favor de la centralización por la vía de la reforma del artículo 73 Constitucional en el cual se establecen las atribuciones del Congreso Federal, o en su defecto de la uniformidad por medio de la adopción de ordenamientos tipo o modelo, continúa adscrita a la esfera de poder de las entidades que componen nuestra Federación.

En consecuencia no hay, pues, unidad sustantiva, en materia penal que de acuerdo a nuestro trabajo es la que nos importa; ya que esta falta de unidad también se refleja en el derecho procesal penal. En vista de lo anterior, cada Estado del país y el Distrito Federal poseen sus propios código penal y de procedimientos penales.

2.4.3.- Legislación del Fuero Común

Mencionamos en el inciso que precede la situación que prevalece en nuestro país, en lo referente a las leyes secundarias y dejamos escrito que todos los Estados así como el Distrito Federal tienen su correspondiente Código Penal. En base a lo mencionado, en el presente inciso pretendemos realizar un análisis comparativo sobre el delito de peculado establecido en los Códigos Penales de: Guerrero, Puebla, Veracruz y el Estado de México.

El Código Penal para el Estado de Guerrero, establece en su Título Octavo "Responsabilidad Oficial, Capítulo V "Peculado y Concusión", lo relativo al ilícito en estudio y al efecto nos permitimos citar los artículos relativos:

"Artículo 188.-Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión por tiempo limitado y que no tenga el carácter de funcionario que, para usos propios o ajenos, distraiga de su objeto, dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente al Estado, a un Municipio o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.

Artículo 189.-Al que comete el delito de peculado se le aplicarán de seis meses a doce años de prisión, multa de cincuenta a cinco mil pesos y destitución de empleo o cargo e inhabilitación de dos a seis años.

Artículo 190.- La sanción será de uno a seis meses de prisión, si dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se descubrió el delito devolviere el reo lo sustraído.

Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución, de la inhabilitación y de la multa correspondiente." (43)

(43) "Código Penal para el Estado de Guerrero" Editorial Cajica S.A. 3a. Edición. Puebla, Pue., México 1981. páginas 73 y 74.

Por su parte el Código de Defensa Social del Estado de Puebla, establece en su Capítulo Décimonoveno "Delitos cometidos por servidores públicos", Sección Quinta "Peculado"; lo referente al delito motivo de nuestra investigación, por lo que enseguida transcribimos los artículos relativos:

"Artículo 428.- Comete el delito de peculado:

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

II.- El servidor público que a título personal e indebidamente utilice fondos públicos, con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero.

III.- El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos para denigrar a cualquier persona.

IV.- Quienes acepten realizar las promociones o denigraciones a que se refieren las dos fracciones anteriores a cambio de los fondos públicos.

V.- Quien sin tener el carácter de servidor público y estando obligado legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos estatales o municipales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos a los que se le destinó.

Artículo 429.- Al que comete del delito de peculado, se le impondrá de seis meses a doce años de prisión, multa de treinta a trescientos días de salario, destitución e inhabilitación, en su caso, de seis meses a doce años, para ejercer un empleo, cargo o comisión en el servicio público." (44)

(44) "Código de Defensa Social para el Estado de Puebla" Editorial Cajices S.A., 1a. Edición. Puebla, Pue., México 1987. páginas 250-252.

El Código Penal para el Estado de Veracruz, en su Título XIV "Delitos contra la función pública", Capítulo V "Peculado", establece lo referente al ilícito que nos ocupa, los artículos relativos establecen textualmente:

"Artículo 257.- Se impondrán prisión de seis meses a diez años y multa hasta de cien mil pesos, a los servidores públicos que en provecho propio o ajeno, dispongan de dinero, valores o cualquier otro bien que hubiesen recibido en razón de su cargo.

Se impondrán prisión de seis meses a ocho años y multa hasta de cincuenta mil pesos, a:

1.- El servidor público que a título personal e indebidamente utilice fondos públicos, 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; y

11.- Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público y estando obligado legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos estatales o municipales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó." (45)

Finalmente, el Código Penal para el Estado de México, en el Libro Segundo, Título Primero "Delitos contra el Estado", Subtítulo Segundo "Delitos contra la administración pública", Capítulo XIII "Peculado", al respecto se establece:

(45) "Código Penal para el Estado de Veracruz." Editorial Cajica - S.A., 4a. Edición. Puebla, Pue., 1987. páginas 126 y 127

"143.- Comete el delito de peculado, el servidor público que disponga en beneficio propio o indebidamente para terceros, de dinero, rentas, fondos o valores, o sus rendimientos que tengan confiados en razón de su cargo, ya sean del Estado, Municipios, Organismos Auxiliares. Empresas de Participación Municipal Mayoritaria, Fideicomisos Públicos o de Particulares.

Incorre en el mismo delito el servidor que disponga indebidamente con el ánimo de lucro, de bienes públicos en beneficio propio o de terceros.

Al que cometa este delito, se le impondrán las siguientes sanciones:

1.- De tres meses a tres años de prisión o de treinta a quinientos días-multa o ambas sanciones, destitución e inhabilitación de tres meses a tres años para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, cuando la cantidad o el valor de lo que se haya dispuesto no exceda del equivalente de noventa veces el salario mínimo diario general vigente en la zona económica donde se cometa el delito, o no sea cuantificable; y

11.- De tres a diez años de prisión, de quinientos a un mil días de multa, destitución e inhabilitación de tres a diez años, para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, cuando la cantidad o el valor de lo que se haya dispuesto, exceda de noventa veces el salario mínimo diario general vigente, en la zona económica donde se cometa el delito.

La disposición de bienes para asegurar su conservación y evitar su destrucción y siempre que se destinen a la función pública, no será sancionada." (46)

Como hemos visto, el concepto de peculado ha sufrido diversas cambios en la legislación para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, es importante mencionar que, estos cambios han repercutido en algunos

(46) "Código Penal para el Estado de México." Editorial Cajica S.A., 2a. Edición. Puebla, Pue., México 1989. página 103-104.

nos de los Estados de la República, como se observa en los artículos relativos de los Códigos citados. De esta manera, a excepción del Código Penal para el Estado de Guerrero es interesante el cambio de denominación de los sujetos activos de esta clase de delito en los demás Códigos en consulta. Desde nuestro particular punto de vista, es clara la intención del legislador de unificar bajo un mismo calificativo, la inmensa gama de denominaciones previstas antes de la reforma; ya que se utilizaban los conceptos: funcionario o empleado público, funcionario público o agente del gobierno o su comisionado, empleado del gobierno, persona encargada de un servicio público centralizado o descentralizado. Creemos que el concepto "servidor público", es correcto ya que tiene las características de ser categórico y de contenido amplio.

Por otro lado, la fijación de las sanciones se hace depender del monto de lo distraído, esto es en el Código Penal del Estado de México, situación que no se encuentra prevista en los demás Códigos analizados.

Tal es la situación que se guarda en la Legislación del Fuero Común con respecto al delito de peculado; aunque cabe hacer la debida aclaración que solamente nos hemos avocado al análisis de los Códigos Penales de los Estados de: Guerrero, Puebla, Veracruz y el Estado de México, pues, el estudio de todos y cada uno de los Códigos Penales existentes en México, rebasaría nuestro objetivo.

CAPITULO TERCERO
CONSIDERACIONES SOBRE LOS SERVIDORES PUBLICOS

- 3.1.- Modos de gestión de la Administración Pública Federal
 - 3.1.1.- Centralizada
 - 3.1.2.- Paraestatal
- 3.2.- Servicio Público
 - 3.2.1.- Concepto
- 3.3.- Concepto de Servidores Públicos
- 3.4.- Los Servidores Públicos en las Administraciones Telegráficas

3.1.- Modos de gestión de la Administración Pública Federal

El gobierno federal, en México, tiene una organización centralizada de una parte, y de la otra cuenta con un sector descentralizado. En todo caso el funcionario responsable en varios órdenes de cosas y desde luego en el político es el Presidente de la República. En otras palabras, el Poder Ejecutivo sólo lo tiene el Presidente de la República Mexicana, pues, ni los Secretarios de Estado, ni los Jefes de Departamento detentan Poder Ejecutivo, sino lo que detentan es poder delegado para realizar las tareas de la administración pública. Al lado del Poder Ejecutivo Federal están los Poderes Judicial y Legislativo, con los que el ejecutivo mexicano mantiene la relación clásica en los sistemas presidenciales.

Conviene recordar que de unas cuantas dependencias, en 1921, el Ejecutivo Federal se ha desarrollado en forma extraordinaria. Actualmente se da una situación de administración pública en donde las Secretarías y Departamento suman 19 y los organismos descentralizados y comisiones de coordinación varias decenas, si sólo se cuentan los más importantes. Lo anterior es porque desde 1920 a la fecha el país ha crecido en todos sentidos: en número de habitantes, en riqueza producida, en complejidad de la vida económica, social y política, en expectativas de todos los mexicanos; y porque dicho crecimiento se ha producido en forma muy acelerada, como aceleradamente transcurre la historia en nuestro tiempo.

De tal manera que son variadas y complejas las formas organizativas del gobierno federal, porque en un corto lapso ha aumentado mucho su tarea; y la estructura no parece en todo razonable, porque la presencia de nuevos acontecimientos ha creado la necesidad de resolver problemas surgidos en circunstancias específicas. Es preciso saber, en este panorama, cuáles son las tareas de la administración pública y donde están definidas, para estudiar por qué obligan a una organización tan compleja y aparentemente tan pesada.

Fundamentalmente, las tareas atribuidas al Estado mexicano están incorporadas, objetivadas formalmente, en el documento que conocemos como Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Constitución Política, en el caso nuestro en especial, no es simplemente el resultado de una especulación racional, sino reflejo realista, de condiciones y circunstancias que obligaron a cambios sociales importantes y que se tradujeron en dispositivos jurídicos para resolver el problema de una etapa histórica. Ahora bien, con base en nuestra Ley Fundamental se elaboran las llamadas Leyes Secundarias, entre las que podemos contar a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

La Ley Orgánica llegó tan lejos como se lo permitieron los márgenes que imponía una Constitución que da escasos señalamientos en materia de la administración centralizada y que era prácticamente omisa en cuanto a la paraestatal.

Este nuevo instrumento expresamente abroga a la Ley de Secretarías de Estado de 1958 que, por ende, cesa en su vigencia, y deroga las disposiciones de la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, que se opongan a lo que establece. En general, resultan modificados todos los instrumentos expedidos con anterioridad que se opongan a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

En resumen, el modo de gestión de la administración pública característico del Estado Mexicano, esta formado por la administración centralizada y por la paraestatal, las cuales serán el objeto de nuestro estudio en los incisos siguientes.

3.1.1.- Centralizada

En los términos de los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., y 8o de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal vigente; la Administración Pública esta formada por la centralizada y la paraestatal. A su vez la primera de ellas se integra con la Presidencia de la República, las Secretarías, el Departamento del Distrito Federal y la Procuraduría General de la República.

Asimismo, habría que agregar que la administración centralizada también está constituida por los diversos órganos desconcentrados, que poseen autonomía técnica dentro del Gobierno Federal, para la mejor atención de las tareas encomendadas a las unidades de las que dependen directamente; como por ejemplo: la Comisión Nacional de Valores, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, etc.

El artículo 11 se refiere a la competencia de las Secretarías de Estado y al Departamento del Distrito Federal, la cual es de carácter derivada, porque se desprende de la competencia que la Constitución concede al Jefe del Ejecutivo Federal. La distribución de las funciones de cada Secretaría corresponde al Congreso, que lo hace por medio de una Ley. A su vez, los titulares pueden delegar funciones a los órganos inferiores de su dependencia siempre que no tengan el carácter de indelegables, o sea que no les estén atribuidas exclusivamente.

De acuerdo al artículo 20 cada órgano centralizado dispondrá de las funciones de apoyo que requiera para su adecuado funcionamiento, con el objetivo de no depender de los servicios que pudiera proporcionar a otro órgano externo. Por su parte el artículo 21 establece la facultad del Presidente de la República para constituir las comisiones intersecretariales que tendrán como fin el de coordinar las actividades de varias dependencias respecto de un objetivo que es de la responsabilidad de todas ellas.

3.1.2.- Paraestatal

En el artículo 10., de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal vigente, se establece como una forma de la Administración Pública, la Paraestatal. Destaca el licenciado José Francisco Ruiz Massieu que el legislador utiliza el término "Administración Pública Paraestatal", el cual es propio de las ciencias de la Administración Pública, en lugar del término "Administración Pública Descentralizada", el cual se usa generalmente en la doctrina del derecho administrativo mexicano. (47)

El artículo 30., establece una clasificación de las entidades de la administración paraestatal, al efecto dice:

"El Poder Ejecutivo de la Unión se auxiliará en los términos de las disposiciones correspondientes, de las siguientes entidades de la Administración Pública Paraestatal:

I.- Organismos Descentralizados;

II.- Empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y de fianzas, y

III.- Fideicomisos. "(48)

(47) Cfr. RUIZ Massieu, Francisco. "Estudios jurídicos sobre la nueva administración pública mexicana." Editorial Limusa S.A., - 1a. Edición. México D.F., 1981. página 44.

(48) "Ley Orgánica de la Administración Pública Federal" Editorial Pac S.A., 1a. Edición. México D.F., 1938. página 4.

Cabe mencionar que, aún cuando en la Administración Paraestatal se incluye a las empresas de participación estatal, es conveniente limitar el alcance de esa expresión legal, toda vez que la Ley no se refiere a todas las empresas en las que el Gobierno Federal, directamente, o a través de otros entes paraestatales, tiene algún interés patrimonial. Debemos entender que se trata de éstas cuando se posea entre el 50% y el 25% de las acciones.⁽⁴⁹⁾

De acuerdo con el artículo 9 las Dependencias de la Administración Paraestatal conducirán sus programas y actividades, con base en las políticas, prioridades y restricciones, que establezca el Presidente de la República directamente o a través de las dependencias competentes.

Asimismo, el artículo 45 establece los elementos constitutivos de los organismos descentralizados como entes de la Administración Paraestatal, tales como: a) Haber sido creados por el Congreso o por el Ejecutivo Federal; b) Poseer personalidad jurídica y patrimonio propios. Por otro lado, encontramos que no existe una fórmula jurídica específica y exclusiva, sino que éstas entidades podrán organizarse jurídicamente utilizando cualquiera de las figuras que se encuentren en la legislación mexicana.

En el artículo 46 se configura a las empresas de participación estatal mayoritaria, señalando que deben reunir algunos de los siguientes requisitos: a) que el Gobierno, directamente o a través

(49) Cfr. RUIZ Massieu, Francisco. obra citada. página 45

de otro ente paraestatal, aporte o sea propietario del 50% o más del capital social; b) Que parte del capital de la empresa se represente por acciones de serie especial que sólo pueden ser del Gobierno Federal; c) Que el Gobierno Federal tenga la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros de los órganos colegiados de la empresa; y d) Que el Gobierno pueda designar a la autoridad ejecutiva de la empresa o que esté facultado para interponer el veto a acuerdos de la asamblea, del consejo o del órgano equivalente.

Las empresas de participación estatal minoritaria se encuentran establecidas en el artículo 48, que menciona: serán aquellas sociedades en las que uno o más organismos descentralizados u otra, u otras empresas de participación estatal mayoritaria consideradas conjunta o separadamente posean acciones o partes de capital que representen menos del 50% y hasta el 25% de aquél. De esta manera, si la participación es menor del 25% la empresa no es considerada paraestatal.

En los artículos 49, 50., 51., 53 y 54 el legislador faculta al Presidente para crear sectores administrativos, agrupando a las entidades paraestatales, de modo que las Secretarías y Departamentos actúen como cabezas de sector. Las dependencias centralizadas tienen a su cargo la coordinación, planeación y evaluación del operativo de las Entidades de la Administración Paraestatal.

3.2.- Servicio Público

La función pública es una característica de cualquier Estado, independientemente del sistema político que adopte, es decir, así como en los Estados de sistema capitalista (Estados Unidos, Canada) existe una Administración Pública; lo mismo sucede en los Estados de sistema socialista (U.R.S.S., Yugoslavia, etc).

Es una realidad innegable que el Estado encuentra su fin y el fin de los individuos por medio de su función pública; pues, la vida en sociedad necesita de la realización de funciones administrativas, pues, en caso de que desaparezcán significaría la destrucción del propio Estado y por lo consiguiente el fin de la realización material del mismo que es el Servicio Público, y por ende del individuo; el Estado realiza tres funciones públicas y, son las siguientes:

1.- La función legislativa, que es la función creadora del orden jurídico federal, se manifiesta en el acto regla.

2.- La función administrativa que es la función por la cual el Estado realiza actos jurídicos, concretos o particulares, se manifiesta en el acto administrativo.

3.- La función jurisdiccional, por la cual el Estado declara el derecho, se manifiesta claramente en la sentencia.

Por otro lado pensamos que, los conceptos de función pública y servicio público no deben confundirse aunque existe una relación estrecha entre ambas, la función pública es la actividad abstracta y el servicio público es la actividad concreta, lo anterior se confirma con las siguientes palabras del Doctor Andrés Serra Rojas:

"Las funciones del Estado no son servicios públicos, sino estructuras del poder público. Diez afirma que la función es un concepto constitucional mientras que el servicio público actualiza la función." (50)

El autor en consulta, agrega:

"Podemos decir en resumen, que en la actividad de la administración es posible distinguir la función pública del servicio público. Mientras en la actividad del Estado, la Legislación y la Justicia se caracterizan siempre por ser el ejercicio de una función pública. La actividad administrativa comprende, además el ejercicio de la función pública, el de los servicios públicos. Es necesario limitar el concepto de servicio público solamente a aspectos de la actividad administrativa y contraponerle el concepto de función pública como forma superior de manifestación de la misma y de ninguna otra actividad." (51)

Nosotros estamos de acuerdo con la teoría del Doctor Serra Ro-

(50) SERRA Rojas, Andrés. "Derecho administrativo." Tomo 1. Editorial Porrúa S.A., 8a. Edición. México D.F., 1977. página 102

(51) Ibid. página 102.

jas, para quien no todo lo que realiza el Estado es servicio público, pero si todo servicio público tiene como origen una función pública; en otras palabras, la función pública es la cúspide de una pirámide, mientras el servicio público es la actividad concreta que le da forma a la pirámide funcional del Estado.

3.2.1.- Concepto

En cuanto al concepto "servicio público", observamos que se han dado bastantes definiciones, entre las cuales citaremos a las siguientes:

"El servicio público es una actividad técnica, directa o indirecta, de la administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar de una manera permanente, regular, continua y sin propósito de lucro la satisfacción de una necesidad colectiva de interés social, sujeta a un régimen especial de derecho público." (52)

El mismo Doctor Serra Rojas alude a los criterios que se han adoptado en las diferentes definiciones, al escribir:

(52) SERRA Rojas, Andrés. obra citada. página 102

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

a).- A un criterio orgánico que designa a la organización pública, es decir, al conjunto de órganos y medios de que prové a la misma, para el cumplimiento de sus cometidos;

b).- A un criterio material, que hace referencia a la actividad de interés general que la administración pública tiene a su cargo.

c).- A un criterio jurídico que afirma que hay servicio público cuando esa actividad está sometida a un régimen jurídico especial, que en principio es derogatorio del derecho privado. El mismo régimen señala las excepciones a este principio.

d).- A un criterio técnico que se refiere al servicio público como medio para satisfacer las necesidades sociales." (51)

Enseguida nos permitimos agregar algunos conceptos expresados por Maurice Hauriot, citado por Andrés Serra Rojas:

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

En el lenguaje corriente se emplea la expresión de servicio público para designar al organismo que atiende esta actividad, así se dice que la asistencia, la salubridad o la enseñanza pública son servicios públicos como un hospital o una Universidad." (54)

(51) SERRA Rojas, Andrés. obra citada. página 103.

(54) Ibid. página 104

Finalizaremos el presente inciso, señalando que de las definiciones anteriores se desprenden los elementos primarios que lo integran: una actividad técnica, con el objeto de satisfacer una necesidad colectiva, actividad realizada por el Estado o concesionada a particulares y el cuarto elemento bajo un régimen jurídico el cual garantice, organice y controle su existencia.

3.3.- Concepto de Servidores Públicos

En el presente inciso, analizaremos las diversas clasificaciones que se han dado del personal que labora dentro de la Administración Pública.

Trabajadores de Base.- mediante un trabajo físico, intelectual o de ambos géneros tienen un nombramiento en el cual se establece en forma absoluta la inamovilidad, transcurridos seis meses a partir de la fecha de su ingreso.⁽⁵⁵⁾

Trabajadores de Confianza.- son aquellos cuyo nombramiento requiere de la aprobación expresa del Presidente de la República. Es tos no gozan de la inamovilidad en el puesto.⁽⁵⁶⁾

(55) Cfr. DUHALT Kraus, Miguel. "Una selva semántica y jurídica. La clasificación del personal al servicio del Estado." Editorial Instituto Nacional de Administración Pública. 1a. Edición. - México D.F., 1978. página 87

(56) Cfr. Ibid. página 87.

Funcionarios político-administrativos.- dentro de esta categoría se encuentran fundamentalmente: Secretarios de Estado, Subsecretarios, Oficiales Mayores, Directores y Subdirectores Generales; los mismos integran la jerarquía de funcionarios de alto nivel; existen también funcionarios de alto nivel en calidad de asesores. (57)

Siguiendo con el estudio de los servidores públicos, observamos que la nueva Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos derogó a la anterior Ley titulada de Responsabilidades de los Funcionarios Públicos. Cabe mencionar que a pesar de que distinguió entre "altos funcionarios", "funcionarios y empleados", en vez de distinguir las diferencias del nivel administrativo como mero dato para la individualización de las sanciones y para el procedimiento que resultare aplicable, provocando con esto que el legislador secundario equivocara el camino en más de una ocasión.

Repetimos que el nuevo epígrafe del Título IV se denomina llanamente, con el claro afán de lograr la igualdad ante la Ley: "De las responsabilidades de los servidores públicos"

Entre los "altos funcionarios", el texto constitucional anterior, incluyó al Presidente de la República, los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho, el Procura-

(57) Cfr. DUHALT Kraus, Miguel. obra citada. páginas 72 y 73.

dor General de la República, los Gobernadores de los Estados y los Diputados a las Legislaturas Locales.

No incluyó, entre otros, a los Jefes de Departamento Administrativo, cuya existencia se encuentra prevista modernamente en el artículo 90 constitucional y en los artículos 1o., y 7o., de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Cabe mencionar una vez más que, las nuevas bases constitucionales han quedado reglamentadas en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en vigor a partir del día primero de enero de 1982 y publicada el 31 de diciembre del mismo año. La Ley en cita define las obligaciones políticas y administrativas de los servidores públicos, las responsabilidades en que incurren por su incumplimiento, los medios para identificarlos y las sanciones y procedimientos para prevenirlo y corregirlo.

Son sujetos de esta Ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales, de conformidad con el artículo segundo de la misma Ley. Consecuentemente se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los Funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, -

cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones, tal y como lo dispone el párrafo primero del precepto 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; además los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales y los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las Leyes Federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.⁽⁵⁸⁾

En resumen, el concepto de servidores públicos de acuerdo a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, ha logrado la igualdad jurídica al designar como servidores públicos, desde el humilde empleado, pasando por el alto funcionario y llegando hasta Senadores y Diputados.

3.4.- Los Servidores Públicos en las Administraciones Telegráficas

Es necesario mencionar una vez más, que de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en vigor, la Administración Pública Federal en México está formada por dieciocho Secretarías de Estado y un Departamento del Distrito

(58) "Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos." Editorial Porrúa S.A., 25a. Edición. México D.F., 1989. página 313

Federal. En los titulares de estas Dependencias, delega el Ejecutivo Federal las atribuciones que corresponden a los diversos ramos de la administración y está facultado para nombrarlos o removerlos libremente.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal vigente señala las atribuciones que corresponden a cada una de las Dependencias del Ejecutivo Federal. Enseguida haremos una relación de las funciones más importantes de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes:

"Formular y conducir las políticas y programas para el desarrollo del transporte y las comunicaciones de acuerdo a las necesidades del país. Regular, inspeccionar y vigilar los servicios públicos de correos y telégrafos y sus servicios diversos; conducir la administración de los servicios federales de comunicaciones eléctricas y electrónicas y su enlace con los servicios similares públicos concesionados con los servicios privados de teléfonos, telégrafos e inalámbricos y con los estatales y extranjeros; así como del servicio público de procesamiento remoto de datos. Otorgar concesiones y permisos previa opinión de la Secretaría de Gobernación, para establecer y explotar sistemas y servicios telegráficos, telefónicos, sistemas y servicios de comunicación inalámbrica por telecomunicaciones y satélites. Fomentar la organización de las sociedades cooperativas cuyo objeto sea la prestación de servicios de comunicaciones y transportes." (59)

(59) "Ley Orgánica de la Administración Pública Federal." Editorial Pac S.A., 1a. Edición. México D.F., 1988. páginas 23 y 24

Por su parte, en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo del año 1986, se establece con respecto a los Organismos Descentralizados lo siguiente:

"Artículo 14.- Son organismos descentralizados las personas jurídicas creadas conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y cuyo objeto sea:

I.- La realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias;

II.- La prestación de un servicio público o social, o

III.- La obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social."(60)

"Artículo 15.- En las leyes o decretos relativos que se expidan por el Congreso de la Unión o por el Ejecutivo Federal para la creación de un organismo descentralizado se establecerán, entre otros elementos:

I.- La denominación del organismo;

II.- El domicilio legal;

III.- El objeto del organismo conforme a lo señalado en el artículo 14 de esta Ley;

IV.- Las aportaciones y fuentes de recursos para integrar su patrimonio, así como aquellas que se determinen para su incremento;

V.- La manera de integrar el órgano de gobierno y de designar al Director General, así como a los servidores públicos en las dos jerarquías inferiores a éste;

(60) "Ley Federal de las Entidades Paraestatales." Editorial Pac - S.A., 1a. Edición. México D.F., 1983. página 67.

VI.- Las facultades y obligaciones del Organismo de Gobierno señalando cuáles de dichas facultades son indelegables;

VII.- Las facultades y obligaciones del Director General, quien tendrá la representación legal del organismo;

VIII.- Sus órganos de vigilancia, así como sus facultades, y

IX.- El régimen laboral a que se sujetarán las relaciones de trabajo.

El Organismo de Gobierno deberá expedir el Estatuto Orgánico en el que se establezcan las bases de organización, así como las facultades y funciones que correspondan a las distintas áreas que integren el organismo.

El Estatuto Orgánico deberá inscribirse en el Registro Público de Organismos Descentralizados.

En la extinción de los organismos deberán observarse las mismas formalidades establecidas para su creación, debiendo la Ley o Decreto respectivo fijar la forma y términos de su extinción y liquidación." (61)

Además de lo citado, la ley en consulta establece que si el organismo deja de cumplir sus fines o su funcionamiento ya no es conveniente, el Ejecutivo Federal lo disolverá, liquidará o propondrá su fusión. La administración del organismo estará a cargo de un Organismo de Gobierno, éste sesionará válidamente con la asistencia de por lo menos la mitad más uno de sus miembros; el Director General será designado por el Presidente de la República. Los Organismos Descentralizados deberán inscribirse en el Registro Público de Organismos Descentralizados. (62)

(61) "Ley Federal de las Entidades Paraestatales" obra citada. páginas 67 y 68.

(62) Ibid. páginas 69 y 70.

Ahora bien, por lo que se refiere al marco jurídico que regula las relaciones de trabajo entre el Estado y los Trabajadores al servicio de las administraciones telegráficas, enseguida analizaremos las leyes que de acuerdo a nuestro objetivo consideramos son de una mayor importancia, tales como: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Legislación Federal del Trabajo Burocrático; Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, así como las Condiciones Generales de Trabajo de Telégrafos Nacionales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Consideramos que antes de entrar al estudio concreto del artículo 123 Apartado B, es pertinente hacer el siguiente resumen: La Ley Federal del Trabajo de 1931, en su artículo 20., establecía expresamente que las relaciones entre el Estado y sus servidores se regirían por las leyes del Servicio Civil. El primer Reglamento al respecto fué expedido por el presidente de la República Abelardo L. Rodríguez, el día 12 de Abril de 1934 estableciendo disposiciones favorables a los empleados públicos; pero no fue sino hasta que se expidió el Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión de 1938, durante el régimen revolucionario del presidente Lázaro Cárdenas en que se estableció por primera vez un nuevo derecho de carácter laboral en favor de los empleados públicos. Desde entonces nacieron las relaciones laborales entre los Poderes Federales y sus empleados, y posteriormente con fecha 5 de diciembre de 1960, sus principios sustantivos y procesales se incorporaron al Artículo 123 de la Constitución Federal, formando el Apartado B del propio Artículo, bajo el

antiguo rubro "Del Trabajo y de la Previsión Social."

La citada reforma constitucional dividió el Artículo 123 en dos Apartados; el A, para regir entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general todo contrato de trabajo, y el Apartado B, para los Poderes de la Unión, los Gobiernos de los Estados, los del Distrito Federal y sus trabajadores estableciéndose de esta manera la jurisdicción federal del trabajo burocrático. Entre otros beneficios establecidos en el Apartado B, cabe citar a los siguientes: establecimiento de centros vacacionales y tiendas económicas; habitaciones baratas en arrendamiento o venta; jornada de ocho horas de labores; por cada seis días de trabajo el disfrute de un día de descanso; vacaciones que nunca serán menores de veinte días al año; salarios que no podrán ser inferiores al mínimo; a trabajo igual salario igual, sin distinción de sexo; disfrute de derecho de escalafón, derecho a la asociación, etc.

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.- En el Diario Oficial de la Federación de 28 de septiembre de 1963, se publicó la nueva Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, es decir, la Ley Reglamentaria del Apartado B de nuestra Constitución Federal. Cabe mencionar que, hacer el examen detallado de cada uno de los artículos de la Ley en consulta, nos haría apartarnos de nuestro objetivo, razón por la que solamente analizaremos los artículos que nos parecen más importantes; tales preceptos son:

"Artículo 2.- Para los efectos de esta Ley, la relación jurídica de trabajo se entiende establecida entre los titulares de las dependencias e instituciones citadas y los trabajadores de base a su servicio. En el Poder Legislativo las directivas de la Gran Comisión de cada Cámara asumirán dicha relación." (63)

"Artículo 3.- Trabajador es toda persona que presta un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales." (64)

"Artículo 12.- Los trabajadores prestarán sus servicios en virtud de nombramiento expedido por el funcionario facultado para extenderlo o por estar incluidos en las listas de raya de trabajadores temporales, para obra determinada o por tiempo fijo." (65)

"Artículo 15.- Los nombramientos deberán contener:

III.- El carácter del nombramiento: definitivo, interino, provisional, por tiempo fijo o por obra determinada." (66)

De los artículos citados encontramos que: la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado utiliza distintos criterios para clasificar a sus trabajadores y, resulta la siguiente clasificación de la redacción del artículo 30., la clasificación se hace siguiendo el criterio de la relación y se encuentra reiterado por el artículo 12, observamos que aquí se derivan dos clases de trabajadores: los que están sujetos a un nombramiento y los que figuran en las listas de raya. Otra clasificación utiliza como criterio el ca-

(63) "Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado." Editorial Porrúa S.A., 25a. Edición. México D.F., 1939. páginas 20 y 21.

(64) Ibid. página 21.

(65) Ibid. página 26.

(66) Ibid. páginas 26 y 27.

rector del nombramiento, así lo contempla el artículo 15 en su fracción tercera. Más adelante en sus artículos 63 y 64, se expresa que "trabajador interino" es aquél que cubre una plaza vacante temporal que no exceda de seis meses. El precepto 64, define al "trabajador provisional" como el que cubre una vacante temporal mayor de - seis meses en una plaza de planta.

En resumen, de acuerdo a la clasificación que hemos mencionado, tenemos que los sujetos de la relación laboral podrán ser alguno de los mencionados por una parte y por la otra parte siempre será indudablemente el Estado.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.-

A partir del 1.º de enero de 1983 ha entrado en vigor un nuevo régimen de responsabilidades oficiales para funcionarios y empleados públicos, integrado fundamentalmente en el Título IV de la Constitución Federal, así como en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Dicho régimen de responsabilidades abarca cuatro sectores: político, administrativo, penal y civil. De acuerdo a nuestro objetivo, nosotros abordaremos el capítulo de la responsabilidad administrativa.

El fundamento legal del régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos lo encontramos en los artículos siguientes: 109, fracción III, 113 y 114, párrafo tercero, de la Constitución, así como en la Ley de Responsabilidades en consulta.

El objeto del susodicho régimen de responsabilidades administrativas es el de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, - cargos y comisiones públicos.

Los sujetos de esta responsabilidad son los servidores públicos, por tal debemos entender, de acuerdo con el artículo 108 constitucional, los representantes de elección popular, los miembros de los Poderes Judicial Federal y del Distrito, funcionarios, empleados y en general toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión - de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en - el Distrito Federal.

El artículo 20., de la Ley de Responsabilidades añade a todas - aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federa - les. Disposición que además de mencionar sujetos no incluidos por - la Ley Suprema, puede resultar peligrosa, ya que supuestamente se - pueden reclamar a particulares responsabilidades que son propias de los funcionarios y empleados públicos.⁽⁶⁷⁾

Las causas por las cuales se puede exigir responsabilidad admi - nistrativa a un servidor público se encuentran establecidas en el - artículo 47 y, en resumen son las siguientes: falta de diligencia; ilegalidad al formular y ejecutar planes, programas y presupuestos; desvío de recursos, facultades e información; descuido de documen - tos e información; mala conducta y faltas de respeto con el público;

(67) Cfr. "Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públi - cos." obra citada. página 313

agravios o abusos con los inferiores; falta de respeto a un superior o insubordinación; ejercer funciones que no le correspondan; pretender obtener beneficios extras de su remuneración, etc.⁽⁶⁸⁾

Cuando un servidor público incurre en responsabilidad administrativa, el artículo 113 constitucional señala que se le podrán aplicar las siguientes sanciones: suspensión, destitución, inhabilitación, multa, además de las que señalen las leyes, esto es, el apercibimiento y la amonestación, en ambos casos en forma pública o privada, lo anterior de acuerdo con el artículo 53 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.⁽⁶⁹⁾

Haciendo un resumen, consideramos que el régimen de responsabilidades oficiales que entró en vigor el primero de enero de 1983 es a todas luces un paso trascendental en el propósito gubernamental de moralizar la administración pública.

Condiciones Generales de Trabajo de Telégrafos Nacionales.- Enseguida citaremos los artículos relativos que establece la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado:

"Artículo 87.- Las Condiciones Generales de Trabajo se fijarán por el Titular de la Dependencia respectiva, tomando en cuenta la opinión del Sindicato correspondiente a solicitud de éste, se revisarán cada tres años.

(68) Cfr. "Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos." obra citada. páginas 324 y 325

(69) Cfr. Ibid. página 328

Artículo 88.- Las Condiciones Generales de Trabajo establecerán:

I.- La intensidad y calidad del trabajo;

II.- Las medidas que deben adoptarse para prevenir la realización de riesgos profesionales;

III.- Las disposiciones disciplinarias y la forma de aplicarlas;

IV.- Las fechas y condiciones en que los trabajadores deben someterse a exámenes médicos previos y periódicos;

V.- Las labores insalubres y peligrosas que no deben desempeñar los menores de edad y la protección que se dará a las trabajadoras embarazadas; y

VI.- Las demás reglas que fueren convenientes para obtener mayor seguridad y eficacia en el trabajo.

Artículo 89.- Los sindicatos que objetaran sustancialmente Condiciones Generales de Trabajo, podrán ocurrir ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, el que resolverá en definitiva.

Artículo 90.- Las Condiciones Generales de Trabajo surtirán sus efectos a partir de la fecha de su depósito en el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

Artículo 91.- Las Condiciones Generales de Trabajo de cada Dependencia serán autorizadas previamente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en los términos de la Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación, cuando contengan prestaciones económicas que signifiquen erogaciones con cargo al Gobierno Federal y que deban cubrirse a través del Presupuesto de Egresos de la Federación, sin cuyo requisito no podrá exigirse al Estado su cumplimiento." (70)

(70) "Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado." obra citada. páginas 50 y 51.

Daremos fin al presente inciso, analizando las Condiciones Generales de Trabajo de Telégrafos Nacionales. Dentro del marco jurídico analizado hasta el presente momento, se creó Telégrafos Nacionales como un Organismo Público Descentralizado el 20 de agosto del año 1986, estableciéndose un mecanismo normativo que contiene los derechos y obligaciones de los trabajadores de base y del titular del propio Organismo. Esta normatividad está contenida en las Condiciones Generales de Trabajo. Entre otras cuestiones no menos importantes nosotros citaremos a las siguientes: la relación jurídica de trabajo entre el titular del Organismo y los trabajadores de base - se regirá por: el Apartado B del Artículo 123 Constitucional, la ya citada Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y en forma supletoria, los ordenamientos leyes y demás disposiciones jurídicas contempladas por el artículo 11 de la misma; el Titular representa al Organismo y, en su caso, por los servidores públicos designados por éste, de acuerdo al Estatuto Orgánico. Entre otras prohibiciones a los trabajadores encontramos: hacer anotaciones inexactas o alteraciones en cualquier expediente o documento; solicitar, insinuar o aceptar del público gratificaciones u obsequios por dar preferencia en el despacho de los asuntos, por no obstaculizar su trámite o resolución, o por motivos análogos; alterar, modificar, falsificar o sustraer giros, telegramas, comprobantes de pago y, en general, cualquier otro tipo de correspondencia del organismo, etc. ⁽⁷¹⁾

(71) Cfr. "Condiciones Generales de Trabajo de Telégrafos Nacionales." Editado por el Sindicato de Trabajadores de Telégrafos Nacionales. 1a. Edición. México D.F., enero de 1989. páginas 30-32

Las Condiciones Generales de Trabajo rigieron en el Organismo - Público Descentralizado Telégrafos Nacionales, el cual fue creado - el 20 de agosto de 1986.

Posteriormente, por medio de un Decreto de fecha 16 de noviembre de 1989, y el cual entró en vigor el 18 del mismo mes y año, se modificó la denominación del Organismo Descentralizado Telégrafos - Nacionales para quedar como Telecomunicaciones de México. Se establece que Telecomunicaciones de México es un Organismo Descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo objeto primordial es la prestación del servicio público de telégrafos y los de Telecomunicaciones, así como los de carácter prioritario que se encuentren relacionados con ellos.

Cabe decir, que para el Organismo Descentralizado Telecomunicaciones de México seguirán rigiendo las Condiciones Generales de Trabajo que hemos analizado.

CAPITULO CUARTO
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS DELITOS DE
PECULADO Y DE ENCUBRIMIENTO DE PECULADO

- 4.1.- Los presupuestos del delito en general
- 4.2.- El presupuesto especial del delito de peculado
- 4.3.- Elementos constitutivos de los delitos de
peculado y de encubrimiento de peculado
 - 4.3.1.- Conducta
 - 4.3.2.- Tipicidad
 - 4.3.3.- Antijuricidad
 - 4.3.4.- Imputabilidad
 - 4.3.5.- Culpabilidad
 - 4.3.6.- Condiciones Objetivas de Punibilidad
 - 4.3.7.- Punibilidad.

4.1.- Los presupuestos del delito en general

La introducción de la categoría de presupuesto en la terminología penal, ha originado diferentes corrientes entre los tratadistas del derecho penal, las cuales podemos agrupar en dos corrientes:

- a).- Aquéllas que niegan su operancia en el derecho penal; y
- b).- Las que opinan que tienen relevancia penal. Este grupo se subdivide en: a) Defensores de la clasificación de presupuestos tanto del delito como de la conducta o del hecho; y b) Los que aceptan únicamente la existencia de los presupuestos del hecho.

Con el objeto de tener una idea de tales criterios, enseguida nos permitimos citar a uno de los tratadistas de cada grupo:

El Doctor Celestino Forte Petit Candaudap, en su obra "Apuntes de la Parte General del Derecho Penal" cita a varios autores extranjeros, y al efecto nos menciona:

Maggiore dice que: "la noción de presupuesto no está aún definida en el terreno de la Teoría General del Derecho, tal vez por ser una apresurada trasposición de un dogma del Derecho Privado al campo del Derecho Penal. La categoría de los presupuestos no tiene

razón de ser en asuntos penales, pues el único sentido que podemos darle es el de la antecedencia de un delito con relación a otro"(72)

El autor en consulta, nos dice que Bettiol es uno de los autores que acentan la relevancia penal de los presupuestos del delito quien conceptualmente entiende por tales: "los elementos, requisitos, factores, que deben preexistir o ser concomitantes al hecho material para que éste pueda configurarse como hecho delictuoso.

En México, los penalistas que se han interesado por el tema, en sus respectivas obras escriben:

El ameritado penalista y exministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Francisco Pavón Vasconcelos siguiendo a Manzini, nos dice que los presupuestos del delito son elementos: positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho y de los cuales depende la existencia del título delictivo de que se trate. Distingue los presupuestos del delito de los presupuestos del hecho, caracterizando a éstos como los elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho y su ausencia quita carácter punible al hecho.(73)

Escribe Francisco Pavón Vasconcelos que los presupuestos del delito son generales y particulares; los primeros son: la norma penal, contenidos el precepto y la sanción; los sujetos: activo y pasivo; la imputabilidad, y el bien tutelado. Los segundos son: un

(72) FORTE Petit Crandaudap, Celestino. "Apuntamientos de la parte general de derecho penal." obra citada. página 207

(73) Cfr. PAVON Vasconcelos, Francisco. "Manual de derecho penal mexicano." Editorial Porrúa S.A., 7a. Edición. México D.F., - 1985. página 177.

elemento jurídico, preexistente o previo a la realización de la conducta, y necesario para la existencia del título del delito. Para este autor, la ausencia de algún presupuesto del delito en general acarrea la inexistencia de éste; tratándose de un presupuesto del delito en especial, la ausencia produce una variación del tipo delictivo.⁽⁷⁴⁾

El ilustre Doctor Celestino Porte Petit Candaudap en otra de sus obras clásicas "Programa de la Parte General del Derecho Penal" escribe al respecto:

"Haciendo una comparación entre presupuestos del delito y presupuestos de la conducta o del hecho, encontramos:

a).- Que ambos presupuestos están constituidos por requisitos anteriores.

b).- Que en los presupuestos del delito, los requisitos son de naturaleza jurídica y en los presupuestos de la conducta o del hecho, de carácter jurídico o material; y

c).- Que la ausencia de los presupuestos del delito dan por resultado la traslación del tipo, y la ausencia de los presupuestos de la conducta o del hecho, la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descritos por el tipo, y por tanto, del delito."⁽⁷⁵⁾

Al igual que Francisco Pavón Vasconcelos y Celestino Porte Petit, nosotros nos colocamos en una posición dual; por lo que accep-

(74) Cfr. FAVON Vasconcelos, Francisco. obra citada. página 180.

(75) PORTS Petit Candaudap, Celestino. "Programa de la parte general del derecho penal." Editorial UNAM. 1a. Edición. México D.F., 1968. páginas 215 y 216.

tamos la operancia de los presupuestos en el Derecho Penal, estimando que éstos pueden ser tanto del delito como de la conducta o hecho.

4.2.- El presupuesto especial del delito de peculado

Si hemos aclarado en renglones precedentes el concepto de presupuestos del delito, distinguiéndolo según se refiera a la conducta o al hecho o al delito, nos corresponde ahora el análisis del artículo 223 del Código Penal vigente, para precisar si se requieren en la hipótesis legal, algunos requisitos previos, sean jurídicos, referidos al tipo legal o jurídicos o materiales integrantes de la conducta o del hecho y de los cuales dependa la existencia del delito.

Sin entrar desde luego a la cuestión relativa a si en el peculado el elemento objetivo está constituido por un hecho o por una conducta (el estudio se hará en el inciso 4.3.1.), conviene externar desde ahora, nuestro criterio en el sentido de que en la definición legal correspondiente, no se habla de resultado material alguno y por ende, para nosotros el elemento objetivo en el delito materia de nuestro estudio, sólo se integra por la conducta y no por un hecho, por tratarse de un ilícito de mera actividad, puesto que

la Ley no requiere, necesariamente, la causación de un daño o entorpecimiento del servicio público, como consecuencia de la disociación o distracción.

Ahora bien, se puede afirmar que la desintegración de los elementos descriptivos del delito de peculado, nos da a conocer una determinada situación de las personas que pueden cometerlo. De tal manera que los elementos integrantes del delito de peculado son:

a).- El agente activo que puede ser: todo servidor público; toda persona que solicite o acepte realizar la promoción de la imagen política o social de su superior jerárquico o la de un tercero o que se denigre a cualquier persona; cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal se encuentre obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales.

b).- Que el dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa, pertenezca al Estado, al organismo descentralizado o a un particular; y que sean distraídos de su objeto.

c).- Que la distracción haya tenido lugar precisamente en razón de las funciones que desempeña el agente activo.

El presupuesto especial del delito de peculado, se caracteriza por tratarse de todo servidor público; toda persona que solicite o acepte realizar la promoción de la imagen política o social de su superior jerárquico o la de un tercero o que se designe a cualquier persona; cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal se encuentre obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales. Es decir,

que tenga a su cargo, por razón de sus funciones, dinero, valores, fines o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular y los distraiga para los fines enunciados.

De lo anterior deducimos que la Ley exige, pues, que el agente activo sea un servidor público o que se adecúe a lo siguiente: toda persona que realice promociones o denigraciones a que nos referimos en el inciso b) que precede, o toda persona que no sea servidor público y que se encuentre obligada legalmente a custodia o administración de recursos públicos federales.

Cabe decir que en ausencia de un presupuesto especial referido al delito no siempre se produce la inexistencia del mismo, sino sólo el cambio del tipo delictivo; esto quiere decir que el comportamiento del agente queda enmarcado en una norma penal, pero la ausencia del presupuesto especial hace variar la clase de delito, de esta manera se configura un tipo diverso; por ejemplo, la calidad de encargado de un servicio público, para integrar el delito de peculado constituye un presupuesto especial del delito; ya que si el sujeto activo distrae para usos propios o ajenos dinero, o cualesquier otra cosa perteneciente al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, pero no tiene la calidad de servidor público o no encaja en una de las modalidades mencionadas en párrafos anteriores, sino que es un simple particular, la conducta encuadrará en otro tipo distinto al del peculado, como es, por ejemplo, el abuso de confianza, más no por ello la conducta dejará de ser delictuosa.

Finalizaremos el desarrollo del presente inciso, con las palabras del Doctor Celestino Porte Petit Candaudap las cuales consideramos que son ampliamente ilustrativas en lo que se refiere a nuestra temática:

"La falta de un presupuesto especial de la conducta o del hecho, implica inevitablemente la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descritos por el tipo, en cambio, la falta de los presupuestos especiales del delito, acarrea la variación del tipo." (76)

4.3.- Elementos constitutivos de los delitos de peculado y de encubrimiento de peculado

Es necesario señalar en este momento, que el número de elementos varía según la particular concepción del delito. Así, se habla de concepción bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, y heptatómica; en razón como dijimos del número de los elementos que lo conforman, esto es, de acuerdo con el criterio de los autores.

De esta manera, en base a las definiciones citadas es posible caracterizar a las diferentes posiciones de los tratadistas, y así podemos observar que la definición que acerca del concepto "delito" nos da Edmund Mezger, se puede clasificar como perteneciente a la teoría tetratómica; pues tiene como elementos a la acción; la antijuricidad; la imputabilidad y la punibilidad.

(76) FORPE Petit Candaudap, Celestino. obra citada. página 211

Por lo que hace a la definición de Luis Jiménez de Asúa, se le puede clasificar como una definición de carácter heptatómico, debido a que tiene como elementos del delito, a los siguientes: acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad.⁽⁷⁷⁾

Por su parte, el Doctor Celestino Porte Petit señala como elementos del delito a los siguientes: conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, a veces alguna condición objetiva de punibilidad, y la punibilidad.⁽⁷⁸⁾

Es importante mencionar que nosotros nos adherimos a la teoría heptatómica, y por tal razón en los siguientes subincisos analizaremos a cada uno de los elementos del delito, y, enseguida lo relacionaremos con los delitos de peculado y de encubrimiento de peculado.

4.3.1.- Conducta

Pasando ahora al análisis de la conducta, que es el elemento objetivo del delito, observamos que hasta la actualidad, los autores no se han puesto de acuerdo respecto a que debe entenderse por elemento objetivo del delito ya que algunos se refieren al acto, otros a la acción, y otros al hecho.

(77) Cfr. JIMENEZ de Asúa, Luis. "La ley y el delito" Editorial Herms/Sudamericana. 1a. Edición. México D.F., 1986. páginas 206 y 207

(78) Cfr. PORTE Petit Candaudap, Celestino. obra citada. página - 203

Nosotros estamos de acuerdo con los autores que dicen que el elemento objetivo del delito debe denominarse unas veces "Conducta" y otras "Hecho", por lo cual nos afiliamos y hacemos nuestras las siguientes palabras del Doctor Celestino Porte Petit Candaudac:

"El término conducta es adecuado para abarcar la acción y la omisión, pero nada más. Es decir, dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho, que como exponeremos más adelante, se forma por la concurrencia de la conducta (acción u omisión) del resultado material y de la relación de causalidad. La conducta sirve para designar el elemento material del delito, cuando el tipo exige como núcleo una mera conducta.

Un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta más resultado). En consecuencia, si el elemento objetivo del delito, puede estar constituido por una conducta en el caso de un delito de mera conducta, o de un hecho, si estamos frente a un delito material. Los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presenta. Esto nos lleva forzosamente a precisar que no se puede adoptar uno sólo de dichos términos, al referirnos al elemento material, y si se admitiera hecho, resultaría excesivo, porque comprendería, además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquélla" (79)

Por otra parte, podemos ver que el maestro Fernando Castellanos Tena se encuentra de acuerdo en utilizar el término "Conducta" pues, dice que en él se puede incluir tanto el hacer positivo como el negativo. Apoyándose en Radbruch indica que no se puede subsumir la acción y la omisión, bajo una de las dos categorías, de la misma manera que no se puede colocar "A" y "NO A". De tal manera que el término "Conducta", puede comprender el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar. (80)

(79) PORTE Petit Candaudac, Celestino. obra citada. página 232

(80) Cfr. CASTELLANOS Tena, Fernando. obra citada. página 147

En base a las ideas antes expuestas, podemos concluir que el elemento objetivo del delito en general tendrá que ser la conducta, comprendiéndose por ésta el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, es decir de hacer o dejar de hacer; siempre encaminado a un propósito.

Ahora bien, en lo que se refiere a la conducta del sujeto activo en el delito de peculado, nos encontramos con la siguiente situación: de acuerdo a las fracciones I y IV del artículo 223, la conducta se dá en la distracción que el sujeto activo realiza para el uso propio o ajeno, sobre bienes que constituyen el patrimonio del Estado, de un organismo descentralizado o de un particular, los cuales les han sido entregados o confiados en razón a su cargo u obligación de carácter legal.

Es notorio que con la acción de distraer, se está manifestando la voluntad del sujeto activo; pues, es obvio que el citado agente está encaminando su movimiento corporal a efecto de disponer ciertos bienes para usos propios o ajenos, dándoles una aplicación distinta a la establecida en el texto legal. En otras palabras, su voluntad o el querer van dirigidos al movimiento corporal (Conducta).

En éstas condiciones, las descripciones típicas de las fracciones I y IV se tratan como delitos de acción y unisubsistentes. Para aclarar lo anterior, enseguida nos permitimos citar a dos autores que hemos venido consultando.

Fernando Castellanos Tena refiriéndose a la acción, escribe:

"El delito se comete mediante un comportamiento positivo, violándose una norma prohibitiva." (81)

Con respecto al segundo concepto, el tratadista PORTE Petit Celestino indica: "Los delitos se distinguen en unisubsistentes y plurisubsistentes. Los primeros no admiten un fraccionamiento de la acción en varios actos, sino que la acción delictuosa, y por tanto el delito, es consumado tan pronto como el agente haya manifestado su voluntad delictuosa." (82)

Observando la fracción II del artículo en consulta, encontramos que la conducta se hace consistir en que el Servidor Público utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos referidos en el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, con el objeto ya indicado con anterioridad. Esto es, la acción consiste en utilizar u otorgar.

Por lo que hace a la fracción III, ésta se encuentra relacionada con la anterior, pues como ya hemos dicho, se trata de la conducta de cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones referidas en la fracción II.

(81) CASTELLANOS Tena, Fernando. obra citada. página 149

(82) PORTE Petit Candaudap, Celestino. "Programa de la parte general de derecho penal." Obra citada. página 291.

Atendiendo fundamentalmente a que las conductas alternativas del delito en estudio, requieren de una necesaria actividad voluntaria, para integrarla como el elemento objetivo del delito, habrá hipótesis de ausencia de conducta cuando la actividad concretizada en el acto de distraer, otorgar, solicitar o aceptar, sean involuntarios. En tal situación y considerando la propia naturaleza de los actos requeridos por el tipo, la posibilidad de su realización sin voluntad, sólo será posible mediante sugestión hipnótica.

Llegados a este punto es obligado explicar la naturaleza jurídica del encubrimiento, al efecto, citaremos entre otros a los siguientes autores:

El ilustre Luis Jiménez de Asúa, escribe:

"La causalidad liga con el delito las actividades de los que en él participan, por lo tanto quedan fuera los encubridores, a los que antiguamente se incluían entre los partícipes. El encubridor recibe los objetos o favorece la huida de los delinquentes, pero no produce o contribuye a causar el tipo legal que une a los autores con los cómplices." (83)

Por su parte el tratadista mexicano Francisco Pavón Vasconcelos, nos dice:

"La aplicación del principio de la causalidad, base de toda la construcción jurídica de la participación, en la forma restringida

(83) JIMÉNEZ de Asúa, Luis. obra citada. páginas 508-509

en que lo hemos adoptado, excluye al encubrimiento, pues el concurso de sujetos implica intervención en la producción del delito, sea en forma directa o indirecta. De ahí que el encubrimiento se construya como una figura autónoma en el cuadro de los delitos de los códigos."(84)

Para el penalista mexicano Ignacio Villalobos, los que auxilian a los delincuentes una vez efectuado el delito y en las formas previstas y señaladas en el artículo 400, son partícipes o responsables en aquél delito, ya efectuado.(85)

En resumen, el delito de encubrimiento constituye una figura con existencia propia, autónoma, existencia que se justifica, por reprimir actos que atacan a la justicia social, es decir al principio de autoridad.

De esta manera el encubrimiento, concebido como delito autónomo aunque conexo, presenta una doble objetividad jurídica: el favorecimiento que constituye un ataque contra la administración de la justicia y la receptación que puede lesionar el patrimonio. Ahora bien, de acuerdo a lo escrito hasta éste momento, podemos decir en consecuencia que, los elementos del delito de encubrimiento son: un delito anterior, y la inexistencia de participación en éste. Asimismo, podemos decir que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito en consulta; el sujeto pasivo es la colectividad, pues es la interesada en que la acción de la justicia se cumpla, y la administración de justicia, en cuanto ve entorpecida su labor.

(84) PAVON Vasconcelos, Francisco. obra citada. página 515

(85) VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho penal mexicano." Editorial Porrúa S.A., 4a. Edición. México D.F., 1937. página 491

De esta manera, para que exista el delito de encubrimiento de peculado, primeramente se debe de haber dado éste último. Ahora bien, con respecto a la conducta del sujeto activo de este ilícito será: el que con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto a sabiendas de esta circunstancia; preste auxilio o cooperación al autor del delito de peculado, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito; oculte o favorezca al ocultamiento del responsable del delito de peculado, o los efectos, objetos e instrumentos del mismo o impida que se averigüe; requerido por las autoridades no dé auxilio para la investigación del ilícito en estudio o para la persecución del culpable; no procure por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación del delito de peculado que sabe va a cometerse o se está cometiendo. Al lado de éstas conductas se establece además: que si se recibe la cosa en venta, prenda o bajo cualquier concepto y no se toman las precauciones para conocer la procedencia ilícita de aquéllas, la pena será de la mitad de la establecida.

Analizando la conducta del sujeto activo del ilícito en estudio, observamos que puede ser por acción o por omisión. El primer caso se presente en las siguientes acciones: adquiera, reciba, oculte, preste auxilio o cooperación, impida o favorezca. En lo que se refiere a la omisión: no auxilie, no procure impedir, no tome las precauciones para conocer la procedencia ilícita.

4.3.2.- Tipicidad

Ya expusimos en el inciso que precede, el estudio del elemento objetivo del delito o sea la conducta, ahora vamos a estudiar la "tipicidad" que es el segundo de los elementos esenciales del delito. Cabe decir, que es tan importante la "tipicidad", que si no se presenta no habrá delito.

Para ubicarnos mejor en nuestro tema, pensamos que es necesario distinguir entre "tipo" y "tipicidad"; por lo que brevemente los definiremos: el "tipo", es la descripción de una conducta delictiva hecha en la Ley, es la concepción legal de un comportamiento reputado como delictuoso; en cambio la "tipicidad" es la adecuación de la conducta al "tipo", la coincidencia entre el actuar y el abstenerse fácticos y la previsión legislativa.

Con respecto a la "tipicidad", son ampliamente ilustrativas las palabras del Ministro Francisco Pavón Vasconcelos:

"Entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa. De tal manera que la tipicidad presupone el hecho tipificado más la adecuación típica o subsunción del hecho concreto al tipo legal. No debe sin embargo, confundirse al tipo con la tipicidad; el primero es el antecedente necesario del delito, es decir, su presupuesto, mientras que la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos"(86)

(86) PAVON Vasconcelos, Francisco. obra citada. página 298

Para el distinguido penalista mexicano Ignacio Villalobos, el tipo es la descripción del acto injusto, previamente valorado como tal, en su aspecto objetivo y externo; indicando que para considerarlo punible deben concurrir las condiciones normales en esta conducta, es decir tanto objetiva como subjetivamente, asimismo indica, pueden presentarse situaciones de excepción que podrán eliminar la antijuricidad, ya sea formal o material; y la culpabilidad en algunos casos.⁽⁸⁷⁾

En base a lo citado, dado el presupuesto del tipo, la tipicidad la entendemos como la adecuación de la conducta o del hecho con la descripción establecida en abstracto por la ley. Nuestra Carta Magna establece tal principio en su artículo 14, al señalar que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En consecuencia, habrá "tipicidad" en el reculado, cuando la conducta del individuo encuadre en cualquiera de las descripciones típicas del artículo 223 del Código Penal. Por ello, consideramos como hipótesis de tipicidad: la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo; la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto pasivo; los atributos exigidos por el tipo en cuanto al objeto material; los medios de comisión exigidos en la conducta típica; y los elementos subjetivos requeridos por el tipo.

(87) Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. obra citada. página 267

El sujeto activo del delito de peculado debe reunir alguna de las siguientes calidades: para la fracción I del artículo en estudio, debe ser un servidor público y por ello tiene la facultad de recibir bienes pertenecientes al Estado, organismo descentralizado o de un particular, de los que finalmente se apropia.

De acuerdo a la fracción II, también es indispensable la calidad de servidor público, y de ello derivan las facultades de manejar fondos públicos; de tal manera que sólo a partir de tal presupuesto, puede verificarse la conducta por la que el servidor público, con la finalidad precisa y determinada de promover o denigrar la imagen de cualquier persona, indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades.

Por lo que se refiere a la fracción III, observamos que se encuentra relacionada con la fracción II, pues capta la conducta de un tercero en la promoción o denigración indicada en esta última descripción. Sin embargo, aquí no se exige calidad específica alguna y, por consiguiente, cualquier sujeto puede verificar la solicitud o aceptación para realizar las susodichas promociones o denigraciones.

En la fracción IV, la calidad del sujeto estriba en la obligación legal que mantiene para la administración, custodia y aplicación de recursos públicos federales. Pensamos en la necesaria exis

tencia previa, de una concertación de voluntades del Estado u organismo descentralizado, con el sujeto, distinta a la que engendra la calidad de servidor público. Tal es el marco para la conducta típica consistente en la distracción, de su objeto, de los dineros, para usos propios y ajenos o para una aplicación distinta a su destino original.

El sujeto pasivo, lo constituye el Estado, organismo descentralizado y la colectividad social a la que representa el Estado, quienes son las que confían y entregan la cosa o delegan la función pública.

El objeto material, atendiendo a la estricta naturaleza del delito, se trata de bienes patrimoniales del Estado Federal, que en otras palabras son de la Nación o las de un organismo descentralizado del Estado Federal o en el que la Federación tenga participación presupuestal; o bien de bienes propiedad de un particular que por cualquier causa estén bajo la administración, depósito, etc., del agente.

Medios de Comisión, la fracción II alude a un medio de comisión expreso para la promoción o denigración de la imagen política o social de las personas en ella indicadas. Tal medio de comisión se hace consentir en la indebida utilización de fondos públicos o indebido otorgamiento de cualquier acto administrativo.

Por lo que hace al delito de encubrimiento de peculado, habrá "tipicidad" cuando la conducta del individuo encuadre en cualquiera de las descripciones típicas del artículo 400 del Código Penal.

4.3.3.- Antijuricidad

Siguiendo el orden que establecimos en el índice de la presente investigación, en éste inciso vamos a tratar lo relativo al tercer elemento del delito, que es la antijuricidad el cual es sin lugar a dudas, un ingrediente de la esencia misma del delito, consistente en una ponderación entre dos términos: por una parte, un actuar o un abstenerse coincidentes con un tipo penal y por la otra, las normas positivas del derecho.

El penalista español Luis Jiménez de Asúa indica que, la antijuricidad es lo contrario a derecho. Consecuentemente, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que además se necesita que sea antijurídica, es decir, contraria al derecho.⁽⁸⁸⁾

Por su parte, el penalista mexicano Ignacio Villalobos escribe:

"Antijuricidad es oposición a derecho; y como el derecho puede

(88) Cfr. JIMÉNEZ De Asúa, Luis. obra citada. página 267

ser legislado, declarado por el Estado y formal, o bien de fondo, de contenido o material, también de la antijuricidad 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" (89)

Para nosotros, una conducta es necesario considerarla antijurídica, cuando lesiona un bien jurídico; y ofende a los ideales valorativos de la comunidad. En otras palabras, la conducta antijurídica es aquélla que viola una norma penal que tutela un bien jurídico.

Atendiendo fundamentalmente a la naturaleza clásica del delito de peculado, la distracción de la cosa requiere necesariamente una actividad voluntaria, para integrar la conducta como elemento objetivo del delito. Luego entonces, existe antijuricidad en el delito de peculado cuando el acto de distracción del bien no se encuentra justificado en la Ley. Por lo tanto, evidentemente la distracción es injusta, lo que da lugar a la acción antijurídica.

En lo referente a las fracciones II y III del artículo en análisis, habrá antijuricidad cuando la indebida utilización de fondos públicos u otorgamiento de los actos administrativos que indica, cuando tengan como objeto la promoción o designación de las personas que señala.

(89) VILLALOBOS, Ignacio. obra citada. página 258

Elementos subjetivos, encontramos elementos referidos a la culpabilidad, pues se considera necesario que el sujeto activo representante en su mente la conducta que va a realizar y su consecuente resultado, y decida en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente representó; es decir, la conducta es dolosa, intencional y voluntaria.

Por otro lado, nos encontramos con la ausencia de "tipicidad" la cual constituye el aspecto negativo de la tipicidad e impide la integración del delito, aunque cabe señalar que, ello no equivale desde luego, a la ausencia del tipo. Así tenemos la siguiente situación: la falta de calidad del sujeto activo, transforma el ilícito de peculado en otro delito distinto, por ejemplo: abuso de confianza. La falta de calidad del sujeto pasivo, excluye en los casos de las fracciones I y IV, la realización del delito de peculado, generando en su lugar alguno de los previstos bajo el título de delitos en contra de las personas en su patrimonio (fraude). En cuanto a la fracción II, la ausencia de calidad y cuando de denigrar se trata, estaríamos en presencia del delito de injurias o de difamación, pero de ninguna manera en el ilícito de peculado. En caso de ausencia de los atributos del objeto material del delito de peculado, estaríamos en presencia de otro delito diverso (fraude, abuso de confianza, etc). Al referirnos a los medios de comisión, observamos que en la fracción II, la falta del medio de comisión previsto de manera expresa, prácticamente excluye no tan sólo la configuración del delito de peculado sino que inclusive, se trataría como una conducta atípica. La falta de elementos subjetivos requeridos por el tipo, puede ser igualmente generadora de otros diversos delitos, pero de ninguna manera del peculado.

Por otra parte, cuando la conducta que aparentemente es delictiva conforme a derecho, se encuentra afectada por alguna causa de justificación, llamadas también justificantes y causas eliminatorias de la antijuricidad, se considera que no es antijurídica, pues no viola ninguna norma. Respecto a las fracciones I y IV del precepto en consulta, pueden operar como causas de justificación: el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, y el cumplimiento de un deber.

Por lo que respecta a las fracciones II y III, sólo es dable como causa de justificación, la del estado de necesidad. Pues, sólo una situación de peligro cierto y grave, cuya superación para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno, como único medio para salvaguardar el propio.

Por lo que se refiere al delito de encubrimiento de peculado, habrá "antijuricidad" cuando el acto de favorecimiento o de recepción no se encuentren justificados en la Ley. En éste caso cabe mencionar que si existen causas de justificación expresas, lo anterior se encuentra en el párrafo segundo de la fracción V del precepto 400 del Código Penal que a la letra dice:

"No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a).- Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b).- El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- c).- Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles" (90)

4.3.4.- Imputabilidad

Corresponde en este momento hacer un estudio del cuarto elemento del delito, es decir, hablaremos de la Imputabilidad. Acerca de este concepto, algunos tratadistas indican que no tiene el rango de elemento esencial, sino que representa el presupuesto básico y esencialísimo de la culpabilidad; y por lo tanto están en desacuerdo con los autores que señalan a la imputabilidad como elemento del delito.

Nosotros estamos en desacuerdo con las teorías que niegan la característica de elemento esencial del delito a la "imputabilidad", pues, nuestra posición, es en el sentido de que son siete los elementos del delito; y para reafirmar nuestra posición a continuación nos permitimos citar al maestro Luis Jiménez del Asúa:

(90) Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común. obra citada. página 134 y 135

"Los escritores alemanes acostumbran a tratar los temas de la imputabilidad y de la culpabilidad sensu stricto, bajo la rúbrica común de culpabilidad que, en sentido amplio, abarca todos los problemas atinentes al nexo moral, que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye la imputabilidad. El aspecto restrictivo de la culpabilidad supone, a más del estudio general de este ingente problema, el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el sujeto puso en su conducta. Recordemos que Meyer emplea la voz "imputación" lato sensu en el mismo sentido amplio en que Liszt y Mezger emplean el término "culpabilidad."

Como ya hemos dicho, al definir el delito, nosotros damos vida propia a la imputabilidad, como requisito del crimen, a fin de poder ilustrar mejor la base de la culpabilidad."(91)

El ameritado penalista Fernando Castellanos Tena, escribe:

"La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente."(92)

De las tesis expuestas, deducimos que es imputable todo aquél sujeto que tenga capacidad de querer y entender, su conducta encajinada a encuadrar en el tipo del delito. Luego entonces para el delito de peculado, son imputables todos aquéllos sujetos capaces de dirigir sus actos dentro del orden jurídico, capacidad que se traduce en la posibilidad de obrar con discernimiento y voluntad, tanto para ajustarse a la norma jurídica como para apartarse de éstas.

(91) JIMENEZ de Asúa, Luis. obra citada. página 325.

(92) CASTELLANOS Tena, Fernando. obra citada. página 218.

Asimismo, cabe referirnos a la inimputabilidad que es el carácter negativo de la imputabilidad, y elimina el presupuesto de la culpabilidad y consecuentemente el delito mismo. Las causas de anulación de la imputabilidad son: la minoría de edad; trastorno mental transitorio; y, el miedo grave.

En el caso del delito de encubrimiento de peculado, habrá imputabilidad cuando el sujeto activo tenga la capacidad de querer y entender, su conducta encaminada a encuadrarse en el tipo del delito. Por lo que se refiere a la inimputabilidad, serán las mismas que ya citamos en renglones precedentes.

4.3.5.- Culpabilidad

Siguiendo el orden que hemos establecido para el estudio de los elementos del delito, entraremos enseguida al estudio concreto de la culpabilidad. La culpabilidad, pues, es el elemento subjetivo del delito, siendo esta la razón para que se haga en el sujeto activo la investigación de la situación interna o psicológica, ya que es necesario precisar si éste, además de ser imputable, se ha servido de dicha capacidad para ser considerado como culpable. Enseguida analizaremos lo que escriben algunos tratadistas, en referencia a la "culpabilidad"

Escribe el tratadista Luis Jiménez de Asúa:

"En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica." (93)

Por su parte, el penalista Ignacio Villalobos nos menciona:

"La culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, esto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo." (94)

Culpabilidad significa en opinión del penalista alemán Edmundo Mezger:

"Un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor; para que alguien pueda ser castigado no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochable" (95)

Una vez estudiado los conceptos sobre la culpabilidad, a continuación vamos a estudiar sus diversas formas, que son: el dolo y la culpa; aunque cabe decir, que algunos autores están de acuerdo en que existe una tercera forma que es la preterintencionalidad.

(93) JIMÉNEZ de Asúa, Luis. obra citada. página 352

(94) VILLALOBOS, Ignacio. obra citada. páginas 281-282

(95) MEZGER, Edmundo. "Derecho penal." Editorial Cárdenas. 1a. Edición. México D.F., 1985. páginas 189 y 190.

El dolo, constituye la principal forma de la culpabilidad, y la mayoría de los tratadistas coinciden en señalar que es el actuar consciente y voluntariamente, dirigiéndose a la producción de un resultado típico y antijurídico.

La culpa, consiste en términos generales en la producción de un resultado contrario a derecho, sin haberlo querido; en otras palabras, no existe la intención de cometer el hecho prohibido en la Ley, existe la culpa consciente y la culpa inconsciente.

Por lo que se refiere a la preterintencionalidad, se puede observar que esta figura es motivo de vivas polémicas en la doctrina jurídico-penal. Consiste en términos generales, en afirmar que el resultado punible que se produce, va más allá de la intención que tuvo el agente al emprender su acción, es decir, existe el resultado delictivo que sobrepasa la intención del sujeto. Sostienen algunos tratadistas, que es una mezcla de dolo y culpa respecto al resultado acaecido que no se quiso.

En base a lo mencionado, podemos decir que la adecuación de la conducta al tipo legal establecido en el delito de peculado, es dolosa, toda vez que se requiere:

a).- Realizar una acción positiva (distraer, otorgar, etc.);

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

c).- Que la acción la verifique en el ámbito temporal representado por el acto de ejercicio de la tenencia del objeto material.

d).- Que dicho objeto material lo hubiere recibido precisamente por razón de su cargo o del acto jurídico que lo obliga a la necesaria custodia, administración o aplicación; fundando así la tenencia sea a título de posesión derivada, sea como detentación subordinada.

e).- Que el objeto material sea una cosa ajena perteneciente a la Administración Pública o a un Particular.

En resumen, el delito de neulado es de comisión dolosa, y requiere: representar, querer y llevar a cabo algunas de las acciones enunciadas, y, además se necesita el ánimo de dominio y de lucro.

Asimismo, cabe hablar de la inculpabilidad que son todas aquellas causas que controvierten directamente el contenido subjetivo del delito, toda vez que el sujeto es absuelto en el juicio de reproche. Al efecto, observamos que son tres las causas genéricas de exclusión de culpabilidad, que pueden darse en el ilícito en estudio: el error, la no exigibilidad de otra conducta, y, la obediencia jerárquica.

Ahora bien, en lo que se refiere al delito de encubrimiento de peculado, observamos que puede ser de comisión dolosa o culposa; y por lo que se refiere a la inculpabilidad, pueden ser: el error, la no exigibilidad de otra conducta, y, la obediencia jerárquica.

4.3.6.- Condiciones objetivas de punibilidad

Con respecto a las Condiciones Objetivas de Punibilidad, cabe mencionar que hasta la fecha, el tema ha sido objeto de acalorados debates entre los tratadistas de derecho penal; pues, algunos sostienen que las Condiciones Objetivas de Punibilidad son elementos constitutivos del delito, y otros aducen que son elementos esenciales del delito. Es ampliamente ilustrativo de las consideraciones mencionadas lo que nos dice el Doctor Celestino Porte Petit:

"Las Condiciones Objetivas de Punibilidad no constituyen elementos constitutivos del delito, porque no se requiere su existencia. Así se justifica la certera afirmación de Remo Pannain, que las Condiciones Objetivas de Punibilidad son elementos esenciales, porque, cuando se requiere, sin ellas no hay punibilidad, y por lo tanto no hay delito; sin embargo anota, no son elementos constitutivos, porque no intervienen en la construcción de la figura criminal, y su función es la de condicionar la existencia de un delito ya estructuralmente perfecto, pero no vital, finalizando que así como los varios órganos son esenciales para la existencia del individuo, también el oxígeno que debe aspirar, es esencial para la vida, pero no es un órgano."(96)

(96) PORTE Petit Candaujan, Celestino. obra citada. páginas 207 y 208

En este preciso momento, queremos aclarar que debido a la metodología seguida en nuestra investigación, las Condiciones Objetivas de Punibilidad quedaron integradas como elementos constitutivos del delito y así lo hemos venido manejando a lo largo de nuestro trabajo. Pero debemos aceptar que las Condiciones Objetivas de Punibilidad son extrínsecas al delito, a más de estar fuera de sus elementos constitutivos. Pues es verdad, que si falta uno de los elementos constitutivos del delito, este no surge; en cambio, si existen los elementos constitutivos del delito y todavía no se ha verificado la Condición Objetiva, el delito ha surgido y es perfecto, y solamente su punibilidad está subordinada a la verificación de la Condición Objetiva de Punibilidad.

Podemos afirmar que en el secuestro la conducta típica ilícita y culpable consiste en la distracción de su objeto del dinero, valores, fincas, o cualquiera otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, por el servidor público, para usos propios o ajenos; lo anterior genera responsabilidad penal, pero la aplicación de la pena, según se desprende del precepto 223, en sus tres último párrafos de su fracción IV; no se encuentra supeditada a ninguna Condición Objetiva de Punibilidad.

Cabe mencionar que anteriormente el artículo 221, establecía:

"La sanción será de uno a seis años de prisión si, dentro de los diez días siguientes a aquél en que se descubrió el delito, de

volviera el reo lo substraído. Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución, de la inhabilidad y de la multa correspondiente." (97)

En este artículo sí encontramos una Condición Objetiva, pero no para que pueda imponerse la pena, sino para que se aplique una menor que la ordinaria, por lo que más bien podemos hablar de una Condición Objetiva de Atenuación de Penalidad, ya que si el agente de vuelve, dentro del plazo a que alude el precepto, lo que hubiere substraído, resultará beneficiado con la aplicación de sanciones sensiblemente más benignas.

En lo referente al delito de encubrimiento de peculado, tampoco se dan las Condiciones Objetivas de Punibilidad.

4.3.7.- Punibilidad

De acuerdo con nuestro índice, a continuación estudiaremos lo referente a la "punibilidad". A este respecto debemos mencionar el hecho de que los tratadistas no se ponen de común acuerdo sobre la característica de este concepto; de esta manera, para algunos tiene carácter fundamental o elemental del delito; para otros constituye una consecuencia del delito.

(97) "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931"
obra citada. página 333

Entre la corriente que menciona que la punibilidad tiene carácter fundamental o es un elemento integral del delito, mencionaremos a Pavón Vasconcelos y Jiménez de Asúa. Para el primero, la punibilidad es la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes ya establecidos en las normas jurídicas, las cuales garantizan el orden social.⁽⁹⁸⁾

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa precisa que lo característico del delito es ser punible; y por lo tanto la punibilidad es el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la Ley, es objeto de recibir una pena.⁽⁹⁹⁾

Entre los tratadistas que mencionan que la punibilidad es una consecuencia del delito, mencionaremos entre otros a Fernando Cagellanos Tena quien expresa que, la punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una sanción penal.

El brillante penalista Ignacio Villalobos, hace hincapié en que el delito es oposición al orden jurídico, tanto objetiva (antijuricidad) como subjetiva (culpabilidad), mientras la pena es la reacción de la sociedad y por ello externa a aquél, constituyendo su consecuencia ordinaria. Termina el maestro Ignacio Villalobos afirmando que un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible.⁽¹⁰⁰⁾

(98) Cfr. PAVON Vasconcelos, Francisco. obra citada. página 453

(99) Cfr. JIMENEZ de Asúa, Luis. obra citada. página 426

(100) Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. obra citada. página 212

Queremos insistir en el hecho, de que tanto las Condiciones Objetivas de Punibilidad como la Punibilidad misma, continúan siendo objeto de discusión de carácter doctrinal con respecto a su consideración como elementos constitutivos del delito o si son elementos externos del mismo. Solamente nos resta decir que la discusión subsiste, y que nosotros incluimos el estudio de ambas figuras como elementos constitutivos del delito, por razones de exposición metodológica.

Recordemos que desde un punto de vista dogmático, el artículo 7º del Código Penal establece: que el delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales, por lo que deducimos que la pena es consecuencia directa del delito.

Aplicando la punibilidad al delito de peculado, encontramos la siguiente situación: los dos últimos párrafos del artículo 223, establecen las sanciones aplicables atendiendo, fundamentalmente, al monto del perjuicio causado y apreciado en dinero.

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

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

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de 500 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de 2 a 14 años de prisión, multa de 300 a 500 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de 2 a 14 años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos."(101)

Por lo que se refiere al delito de encubrimiento de peculado que se establece en el artículo 400 del Código Penal vigente, observamos que encuentra su penalidad en el mismo precepto, y en lo referente dice:

"Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa.

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a).- Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b).- El cónyuge la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo y
- c).- Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles."(102)

Es evidente, que en los últimos incisos citados estamos ante la presencia de las excusas absolutorias en caso del delito de encubrimiento de peculado.

(101) Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común. obra citada. página 79

(102) Ibid. página 134

CAPITULO QUINTO

ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DELITO DE PECULADO. PROPUESTA DE REFORMAS.

- 5.1.- La tentativa en general
- 5.2.- La tentativa en el delito de peculado
- 5.3.- La participación en el delito de peculado
- 5.4.- Propuesta de reformas a los ordenamientos relativos, a efecto de terminar con el ilícito de peculado.

5.1.- La tentativa en general

Se dice que el delito recorre un camino que va desde su ideación hasta su consumación; en la Doctrina se le conoce con el nombre de "iter criminis", o sea, el proceso de elaboración del delito hasta su terminación. Veámos que nos dicen al respecto Fernando Castellanos Tena y Francisco Pavón Vasconcelos.

Escribe el primero de los autores citados: "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. A este proceso se le ha dado el nombre de iter criminis, es decir, camino del crimen." (103)

Pavón Vasconcelos nos ilustra con las siguientes palabras: "El iter criminis comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito desde su ideación hasta su agotamiento." (104)

De acuerdo a la cita de los eminentes penalistas mexicanos, es evidente que los delitos que se realizan en forma culposa no admiten, por su naturaleza, el iter criminis; y solamente lo admitirán aquéllos delitos que se cometan en forma dolosa.

(103) CASTELLANOS Tena, Fernando. obra citada. página 275

(104) PAVON Vasconcelos, Francisco. obra citada. página 467

La mayoría de los tratadistas están de acuerdo al señalar que - el iter criminis tiene dos fases: una interna y otra externa. En la primera se distinguen tres momentos: a).- La ideación, se considera como el momento en que aparece en el sujeto la idea de delinquir; - b).- Deliberación, es aquél en el que el sujeto valora la idea concebida y surge la lucha entre ésta y los elementos inhibitorios del sujeto, tales como la educación, la religión, los convencionalismos sociales, medio ambiente, etc.; c).- Resolución, es el momento en que el sujeto, después de haber deliberado, decide ejecutar el ilícito con la intención y voluntad de delinquir. Cabe mencionar, que esta fase se encuentra fuera del derecho penal, y por lo tanto, no se sanciona, pues, el derecho no puede penar la sola intención sin realización, ya que invadiría la vida privada de las personas y se convertiría, en esta forma, en arbitrario tirano de la libertad.

La fase externa, a su vez, también se subdivide en tres etapas: a).- La manifestación, que es el momento en que se exterioriza la intención criminal; no es por lo general incriminable, sino por excepción. Fernando Castellanos Tena cita como ejemplo el artículo número 282 del Código Penal, el cual dice que se sancionará al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo. Agrega el citado autor: la propia Constitución establece una garantía al decir que la manifiesta-ción de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judi-

cial o administrativa, a menos -aquí viene la excepción que contempla el Código Penal- que ataque a la moral, los derechos de tercero, perturbe el orden público o provoque algún delito.⁽¹⁰⁵⁾ b).- La preparación, son todos aquéllos actos encaminados a la ejecución de un delito (el sujeto que piensa matar, compra un arma); por regla general estos actos no son punibles. Se menciona como excepción el artículo 256 del ordenamiento citado, el cual establece sanciones para los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz, ganzáas, -armas o cualquier instrumento que dé lugar para sospechar su propósito de cometer un delito. Para nosotros es obvio que en éste precepto, tácitamente se habla de la preparación. c).- La ejecución, es cuando se realiza la idea delictiva, ésta reviste dos formas: la consumada y la tentativa. La primera es cuando el ilícito penal cobra vida; es decir, es el momento de la transgresión penal, que da como resultado la mengua o destrucción del bien jurídico tutelado. Por lo que respecta a la Tentativa, cabe decir lo siguiente: Francisco Pavón Vasconcelos, considera que en sí misma la tentativa no constituye delito pues siempre está referida a un delito determinado cuya ejecución ha sido comenzada sin llegarse a la consumación; es decir, jurídicamente considerada, la tentativa es un delito imperfecto.⁽¹⁰⁶⁾

Por su parte Ignacio Villalobos, escribe: "En realidad se tiende hoy a reducir la importancia de las antiguas distinciones nominales, considerando que todo acto externo que se encamine a la reali-

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. GASTELLANOS Tena, Fernando. obra citada. página 278

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. PAVON Vasconcelos, Francisco. obra citada. página 473

zación de un tipo penal puede llamarse "tentativa" y sólo interesa distinguir en qué momento es punible." (107)

El Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, establece en su artículo 12, lo relativo a la tentativa:

"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 aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente." (108)

Raúl Carranca y Trujillo comentando el artículo en cita, dice:

"La tentativa consiste en la ejecución de hechos. Como se trata de la ejecución incompleta de un delito, se requiere inexcusablemente que el activo realice un comienzo de ejecución. La consecuencia se impone: sólo cabe la tentativa en los delitos ejecutables mediante actos, no en los que sólo admiten la omisión como única forma de la ejecución, ya se trate de la simple omisión o de la omisión espiritual o delito imprudencial." (109)

Creemos que la posición adoptada por el Doctor Carranca y Trujillo es la más correcta y lógica sobre la interpretación que debe darse al artículo en cita.

(107) VILLALOBOS, Ignacio. obra citada. página 456

(108) Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común. obra citada. página 10

(109) CARRANCA y Trujillo, Raúl. "Código Penal Anotado" Editorial Porrúa S.A., 12a. Edición. México D.F., 1986. página 59

La tentativa ha sido clasificada en: tentativa acabada(delito frustrado) y tentativa inacabada(delito intentado. La primera es toda aquélla en la que el sujeto realiza todos los actos necesarios para la comisión del delito pero éste no se integra por causas ajenas a su voluntad; tal es el caso de que alguien pretendiendo matar a una persona dispare su arma intencionalmente, y aunque causando heridas que pudieran llegar a ser mortales, por la pronta intervención quirúrgica, no sobreviene el deseado resultado. Estaremos en este caso frente a un delito frustrado de homicidio.

La segunda forma de la tentativa, la inacabada, es aquélla, como su nombre lo indica, en la que hay una incompleta ejecución de los actos necesarios a la producción del resultado típico; tal sería el caso de que un sujeto pretendiendo privar de la vida a otro sujeto, le apunta con su arma y está listo a disparar, pero en ese preciso momento se presenta un tercero y lo desarma. En esta hipótesis estaríamos frente a un delito intentado.

5.2.- La tentativa en el delito de peculado

Desde hace mucho tiempo los tratadistas del derecho penal han venido discutiendo sobre el problema de la tentativa en el delito de peculado. De los teóricos que están en favor de la existencia de la tentativa en el delito de peculado, cabe mencionar al argentino

Daniel Carrera, quien en su obra "peculado" escribe:

"En nuestro Código, conforme al párrafo 1, artículo 261, nos encontramos en la misma situación frente a la cual trabaja la doctrina italiana. Compartimos su postulación, es decir; aceptamos que el peculado admite la tentativa."(110)

Más adelante escribe la siguiente cita: "Un alcalde para cometer peculado, había emitido algunas órdenes que el tesorero se negó a pagar." (111)

Para nosotros es posible admitir que la ejecución del delito de peculado quede en grado de tentativa, ya sea acabada o inacabada, según se realicen todos, o casi todos los actos directamente encaminados a la distracción o substracción de los bienes objeto del multicitado ilícito, puesto que la conducta puede ajustarse a las exigencias del artículo 12 del Código Penal en consulta. La tentativa se configuraría, por ejemplo, respecto del encargado de un Almacén General de Depósito, que hubiera concertado con un tercero la venta de las semillas confiadas a su cuidado y que, en el instante de pretender retirarlas, fuera sorprendido, por ejemplo, por la visita de un inspector (auditor). Asimismo, para establecer si la tentativa es acabada o inacabada, precisa analizar si se llevaron al cabo todos los actos ejecutivos.

(110) CARRERA, Daniel. "Peculado." Editorial Depalma. 1ª. Edición. Buenos Aires, Argentina. 1968. página 151

(111) Ibid. página 151

Pensamos que en todo delito doloso está palmitante la configuración de la tentativa, en otras palabras, en todos los delitos de resultado material debe buscarse y analizarse si existe o no la tentativa; por tal razón, consideramos que en el delito de peculado si se configura la tentativa.

5.3.- La participación en el delito de peculado

Para que haya participación, es necesaria la concurrencia de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un ilícito penal, produciéndose éste como consecuencia de la intervención de todos ellos. Existen varios criterios acerca de la naturaleza de la participación, entre los que podemos mencionar el de la causalidad, el de la accesoriedad, y el de la autonomía.

El primer criterio, dice Fernando Castellanos Tena: "Identifica la participación con el problema de la causalidad, ya que la intervención activa de varias personas, sea directa o indirecta en la producción del delito, coloca su particular actuar en el rango de condiciones que, en su conjunto, producen un resultado típico. Para esta postura, dentro del conjunto de condiciones productoras del resultado, la actividad del autor constituye la causa eficiente de éste, destacando la de los partícipes por cuanto a su eficacia causal." (112)

(112) CASTELLANOS Tena, Fernando. obra citada. página 284

Respecto a la segunda teoría, el autor en consulta escribe: "La concepción monista o unitaria enfoca el problema de la participación como concurso de sujetos en un delito único; pretende encontrar al autor en quien ejecuta los actos descritos en el tipo penal; los demás actos ejecutados por distintos sujetos, están en relación accesoria con aquél que es el principal, pero quedan unidos a él en virtud del querer común, del propósito idéntico. De acuerdo con la tesis de la accesoria, será autor el que realice la acción principal, que se identifica con la descrita en el tipo penal; los partícipes verifican actos de naturaleza accesoria que se ligan con la conducta principal mediante el querer común o propósito colectivo."(113)

En lo referente a la última Tesis, nos dice Castellanos Tena: "La autonomía, sostiene que todos los partícipes realizan una conducta eficiente productora del resultado y, por tanto, todos deben ser responsables sin distinguir entre autores y cómplices, lo que equivale a sostener la pluralidad de sujetos en la actividad delictiva, pero sin establecer grados de responsabilidad."(114)

Ya hemos dicho en incisos precedentes que el delito de peculado está descrito en un tipo especial, que hace referencia al sujeto activo; ya que sólo pueden cometerlo los que tengan las calidades típicamente exigidas y que en el caso consisten, precisamente, en que se trate de: todo servidor público, cualquier persona que acente o solicite realizar las promociones o denigraciones a que se refiere el artículo 223, y, cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligado a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales los distraiga de su objeto.

(113) CASTELLANOS Tena, Fernando. obra citada. páginas 284 y 285

(114) Ibid. página 285

Ahora bien, con referencia al peculado, cuya actividad típica - sólo pueden realizarla alguno de los sujetos cualificados, es evidente que no hay posibilidad de admitir la coautoría respecto a personas no cualificadas, pues, sólo pueden realizar la conducta típica aquéllos que reúnen las exigencias que, en cuanto al sujeto, señala la hipótesis legislativa.

Sin duda, quienes participan en el delito de peculado sin tener la calidad requerida para ser autores o coautores pueden, no obstante, ser válidamente considerados como cómplices, porque de hecho intervienen prestando auxilio de cualquier especie al sujeto cualificado; por ende, en el delito de peculado, todo interventor no cualificado será cómplice..

5.4.- Propuesta de reformas a los ordenamientos relativos a efecto de terminar con el delito de peculado

La responsabilidad ha sido desde tiempos remotos un concepto que se integra a la vida cotidiana del ser humano como un importante elemento de equilibrio de la vida social. Aún antes de intuir el contenido de este concepto, el hombre ya actuaba responsablemente en el marco de un orden social, que al mismo tiempo que determinaba los ámbitos de su libertad individual, establecía sus obligaciones ante la sociedad.

En los ámbitos individual, familiar, laboral y social la responsabilidad ha tomado características distintas. Sin embargo, parte importante de su desarrollo se ha orientado primordialmente a cumplir con la función de asegurar el equilibrio social. En este sentido, la responsabilidad ha estado vinculada a la moral, la religión, los usos y convencionalismos sociales así como al derecho y al gobierno, conformando un amplio orden normativo que establece las normas de conducta que armonizan y conjugan las aspiraciones individuales con las necesidades sociales.

Etimológicamente la expresión "responsabilidad" proviene de la raíz latina "spondeo", de la voz "responder" que significa responder, ésto es, estar obligado. En los planos de lo jurídico y lo político el contenido del concepto ha sido reglamentado en forma amplia y variada. Conviene recordar que todo orden jurídico-político, es un orden de dominio. Esto significa que algunos hombres de la sociedad, tienen un poder relevante sobre la vida de los demás. De ahí la importancia de normar la actuación de esos pocos hombres que se convierten en dirigentes de la sociedad.

En nuestro país, la actuación de las personas que han sido funcionarios públicos ha dejado mucho que desear, y algunos de ellos se han beneficiado con la prescripción de su delito, por otro lado encontramos a los ex-funcionarios que aún pueden ser aprehendidos y consignados. Por lo que hace a los exfuncionarios que han sido juzgados por el delito de peculado, cabe citar al ingeniero Eugenio

Méndez Docurro, cometido en la época en que fungió como Secretario de Comunicaciones y Transportes en el gabinete del Presidente Luis Echeverría; otro caso es el de Roberto Martínez Vara, exsubdirector Administrativo de la desaparecida Comisión Nacional de la Industria Azucarera en el gabinete de José López Portillo.⁽¹¹⁵⁾

Entre los casos más recientes de exfuncionarios que cometieron el ilícito de peculado, encontramos el de la candidata del Partido Revolucionario Institucional a la gubernatura de Baja California, Margarita Ortega Villa, al parecer su campaña electoral fue en una buena parte financiada con recursos del erario estatal, del cual se sustrajeron ilegalmente más de 23700 millones de pesos en sólo ocho meses, de enero a agosto de 1989. Otros 1 600 millones de pesos fueron distraídos en igual forma en 1988, para hacer un total de 25300 millones de pesos. Esta cifra es la alcanzada por el peculado descubierto y denunciado por el gobierno del panista Ernesto Ruffo, que llevó a la aprehensión y consignación, el viernes 12 de enero del año 1990, de los exdirectores de Egresos del Gobierno del Estado y del exsubdirector de Egresos.⁽¹¹⁶⁾

Otro caso, es el del expresidente municipal de Naucalpan de Juárez, licenciado Agustín Leñero Bares, quien junto con el primer Síndico, fueron detenidos y consignados por el delito de peculado cercano a los 12 mil millones de pesos. La Contaduría General de Glosa detalla que en el periodo comprendido de enero de 1988 al 11 de oc-

(115) Cfr. Revista Proceso, número 648 de fecha 3 de abril de 1989, México D.F., página 25

(116) Cfr. Revista Proceso, número 690 de fecha 22 de enero de 1990, México D.F., página 12

tubre de 1989 se cometió este ilícito. La denuncia se basa en responsabilidades previstas en el artículo 143 del Código Penal para el Estado de México y entre otras cosas es por la existencia de facturas apócrifas; rubro de gastos no comprobados; faltante de material eléctrico; pagos realizados y no ingresados a la tesorería y el faltante de activos fijos por 6 mil millones.⁽¹¹⁷⁾

Es nuestra humilde opinión, que los daños al patrimonio nacional (peculado) debería castigarse en forma tal que no existiera la prescripción del ilícito, de no establecerse esto, debe de doblarse el término de la prescripción. Pues, pensamos que la prescripción - del delito de peculado es una cuestión que alienta a la reincidencia, ya que existen funcionarios públicos que saben perfectamente - que pueden abusar de su cargo y después desaparecer el tiempo necesario para evadir la Ley.

Al respecto, el subprocurador de Procedimientos Penales de la - Procuraduría General de la República, Héctor Francisco Castañeda Jiménez, opina:

"Es decepcionante para quienes nos esforzamos en la procuración de la justicia, que servidores públicos que tanto daño han hecho a la Nación, no paguen su culpa."⁽¹¹⁸⁾

Continúa el funcionario en consulta: "Se ha puesto en marcha el Programa de Abatimiento al Rezago, especialmente de orientación a

(117) Cfr. Periódico Excelsior, de fecha viernes 12 de octubre de 1990, México D.F., páginas 2 y 13

(118) Revista Proceso, número 648 de fecha 3 de abril de 1989, México D.F., páginas 25 y 26

perseguir los delitos de peculado y defraudación en dependencias públicas de todo el país, se ha conseguido ya la detención y consignación de 109 servidores públicos que laboraban en diversas dependencias del sector oficial, entre ellas: Sedue, Banrural, Fertinex, la Banca Nacionalizada, Petróleos Mexicanos. En Puebla, Tabasco y Coahuila opera ya el citado Programa. En el primer Estado hay 200 casos de peculado por ejecutar. En Coahuila, 30 y en Tabasco, 300. En este último Estado fue detenido y consignado el gerente general de la Empresa Paraestatal Pesquera Tabasqueña; se le encontró culpable del delito de peculado por más de 90 millones de pesos."(119)

Ante la situación descrita, pensamos que el Poder Público debe reprimir con mayor severidad los delitos cometidos por sus servidores en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas por la mayor facilidad para éstos de consumar los hechos punibles en detrimento de la autoridad, respetabilidad y fines del Estado, en que los coloca su situación privilegiada de servidores públicos.

En base a todo lo mencionado, proponemos que sean reformados los artículos 105 con la adición de un párrafo y, el artículo 223 en el tercer párrafo de su fracción IV. Estos artículos se encuentran redactados en los siguientes términos:

"Artículo 105.-La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que señala la Ley para el delito de que se trata, pero en ningún caso será menor de tres años."

(119) Revista Proceso, número 648 de fecha 3 de abril de 1989, México, D.F., página 26

Párrafo Tercero de la fracción IV:

"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."

Para finalizar la presente investigación, enseguida hacemos las propuestas que creemos necesarias; de tal forma que los artículos - citados deberán tener la siguiente redacción:

Adición de un párrafo al Artículo 105:

"Tratándose del delito de peculado, la acción penal prescribirá en un plazo consistente en el doble del término medio aritmético de la pena privativa de libertad que establece la Ley para este delito, pero en ningún caso será menor de tres años."

Párrafo Tercero de la Fracción IV:

"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 a cinco años de prisión, multa de trescientas a seiscientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos a cinco años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos."

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Al hablar del delito de peculado, claro está, de ninguna manera estamos hablando de un delito nuevo, sino que de acuerdo a nuestra investigación, estamos ante la presencia de un ilícito que de acuerdo a los grandes tratadistas, tiene su punto de partida desde el derecho romano. Entre los romanos, este delito se castigaba con: la pérdida del empleo y de la honra; luego con el destierro y aún con la muerte; después con la deportación y confiscación de bienes.

SEGUNDA.- Más tarde en España, observamos que una Ley de Partida ordena la pena capital al tesorero, recaudador o juez que robe u oculte maliciosamente alguna cantidad de fondos públicos y aún a los auxiliares, consejeros o encubridores. Asimismo, el que tomaba de una manera violenta para sí las rentas y derechos reales de que el Rey se hallaba en posesión; o que se resistiera públicamente con el ánimo de impedir su cobranza, incurria en las penas de muerte y de confiscación de bienes.

TERCERA.- Por lo que respecta a los antecedentes del delito de peculado en México; encontramos la Legislación de España aplicable a sus Colonias, posteriormente los Códigos de 1871, 1929 y 1931 éste último ordenamiento es el vigente, claro está con sus correspondientes modificaciones. El Código Penal vigente, cataloga al ilícito de peculado dentro de los delitos cometidos por los servidores públicos.

CUARTA.- Peculado, proviene del latín *peculatus*; de *peculium*, caudal. En sentido exclusivamente gramatical, y teniendo en cuenta la etimología señalada, se hace referencia a la sustracción de caudales del erario público, realizada por aquél a quien está confiada su administración.

QUINTA.- La reforma al Código Penal de 30 de diciembre de 1982, afectó de manera sustancial, al delito de peculado. De tal manera, que ahora se refiere a los "Delitos cometidos por Servidores Públicos". Define como Servidor Público a toda persona que desempeña 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, etc.

SEXTA.- En su esencia jurídica, el ilícito de peculado consiste en la distracción o indebida utilización de elementos integrantes de los caudales públicos. Las fracciones I y II del artículo 223, se refieren 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.

SEPTIMA.- El sujeto activo del delito ha de haber recibido los bienes, por razón de su cargo, ya que el factor delictual supone la tenencia provisional con obligación restitutoria, o de rendir cuentas o de dedicarlos a un fin determinado. De tal manera, que si el agente no tuviera su posesión y los tomara, estaríamos ante la presencia del delito de robo.

OCTAVA.- En cuanto al sujeto pasivo, es decir, el titular o titulares de los bienes jurídicamente protegidos, de un lado tenemos a la colectividad social, la comunidad, la sociedad, esto es en la totalidad de las fracciones y, del otro lado, el particular de los concretos y conducentes supuestos de las fracciones I, II y III del artículo en consulta (organismo descentralizado o un particular, en su caso, la persona denigrada).

NOVENA.- El Estado, para realizar sus funciones requiere de bienes muebles o inmuebles, ya sean del Estado o de los gobernados. De la misma forma, requiere de personas que le presten un servicio físico o intelectual o ambas, a cambio de una contraprestación pecuniaria; estableciéndose de esta manera la relación contractual entre el Estado y sus Servidores, y cuyos derechos y obligaciones se encuentran establecidos en una Ley o Reglamento Secundario (Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado).

DECIMA.- Ante la situación descrita, pensamos que el Poder Público debe reprimir con mayor severidad los delitos cometidos por sus servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas por la mayor facilidad para éstos de consumar los hechos punibles en detrimento de la autoridad, respetabilidad y fines del Estado, en que los coloca su situación privilegiada de servidores públicos. En razón de lo anterior, proponemos que sean reformados los artículos 105 con la adición de un párrafo y, el artículo 223, en el tercer párrafo de su fracción IV. Estos artículos deberán quedar redactados en los siguientes términos:

Adición de un párrafo al artículo 105:

"Tratándose del delito de peculado, la acción penal prescribirá en un plazo consistente en el doble del término medio aritmético de la pena privativa de libertad que establece la Ley para este delito, pero en ningún caso será menor de tres años".

Párrafo Tercero de la Fracción IV:

"Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indistintamente 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 valiente, se impondrán de tres a cinco años de prisión, multa de trescientas a seiscientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos a cinco años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos".

LIBROS

- 1.- CARDENAS de la Peña, Enrique. "Historia de las Comunicaciones y los Transportes en México. EL TELEGRAFO". Editorial Sector Comunicaciones y Transportes. Primera Edición. México, D.F. - 1997.
- 2.- CARRANCA y Trujillo, Raúl. "Código Penal Anotado." Editorial Porrúa, S.A., 12a. Edición. México, D.F., 1986.
- 3.- CARRANCA y Trujillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa, S.A., 15a. Edición. México, D.F., 1988.
- 4.- CARRERA, Daniel. "Peculado". Editorial Depalma. 1a. Edición --- Buenos Aires, Argentina. 1968.
- 5.- CASTELLANOS Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa, S.A., 14a. Edición. México D.F., 1980.
- 6.- DUHALT Kraus, Miguel. "Una Selva Semántica y Jurídica. La Clasificación del Personal al Servicio del Estado" Editorial Instituto Nacional de Administración Pública. 1a. Edición México, D.F., 1978.
- 7.- GORNES Mac-Pherson. John. "Orígenes del Correo". Editorial --- Elite 1a. Edición. Caracas, Venezuela. 1943.
- 8.- JIMENEZ de Asúa, Luis. "La Ley y el Delito", Editorial Hernos Sudamericana. 1a. Edición. México, D.F., 1986.
- 9.- MEZGER, Edmundo. "Derecho Penal." Editorial Cárdenas. 1a. Edición. México, D.F., 1985.
- 10.- PAVON Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa S.A., 7a. Edición. México, D.F., 1985.
- 11.- PORTE Petit Candaudap. Celestino. "Acuntamientos de la parte General de Derecho Penal". Editorial Porrúa S.A., 11a. Edición.
- 12.- PORTE Petit Candaudap. Celestino. "Programa de la Parte General del Derecho Penal". Editorial UNAM. 1a. Edición. México, - D.F., 1988.

- 13.- RUIZ Massieu, Francisco. "Estudios jurídicos sobre la nueva administración pública mexicana" Editorial Limusa S.A., 1a. Edición. México D.F., 1981.
- 14.- SERRA Rojas, Andrés. "Derecho administrativo." Tomo 1. Editorial Porrúa S.A., 8a. Edición. México D.F., 1977.
- 15.- TRNA Ramírez, Peline. "Leyes fundamentales de México 1808-1964" Editorial Porrúa S.A., 2a. Edición. México D.F., 1964.
- 16.- VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho penal mexicano" Editorial Porrúa S.A., 4a. Edición. México D.F., 1983.

LEGISLACION

"Código de Defensa Social para el Estado de Puebla." Editorial Cajica S.A., 1a. Edición. Puebla, Pue., México 1987.

"Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal." Editorial Porrúa S.A., 46a. Edición. México D.F., 1990.

"Código Penal para el Estado de Guerrero." Editorial Cajica S.A., 3a. Edición. Puebla, Pue., México. 1981.

"Código Penal para el Estado de México." Editorial Cajica S.A., 2a. Edición. Puebla, Pue., México. 1989.

"Código Penal para el Estado de Veracruz." Editorial Cajica S.A., 4a. Edición. Puebla, Pue., México. 1987.

"Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871" En: Leyes Penales Mexicanas Tomo 1. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1a. Edición. México D.F., 1979.

"Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929" En: Leyes Penales Mexicanas Tomo 3. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1a. Edición. México D.F., 1979.

"Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931" En: Leyes Penales Mexicanas Tomo 3. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1a. Edición. México D.F., 1979.

"Condiciones Generales de Trabajo de Telégrafos Nacionales." Editado por el Sindicato de Trabajadores de Telégrafos Nacionales. 1a. Edición. México D.F., enero de 1989.

"Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos." Editorial Porrúa S.A., 88a. Edición. México D.F., 1990.

DECRETO, por el que se crea Telégrafos Nacionales. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 20 de agosto de 1986.

DECRETO, por el que se crea Telecomunicaciones de México. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 17 de noviembre de 1989.

"Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado." Editorial Porrúa S.A., 25a. Edición. México D.F., 1989.

"Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos." Editorial Porrúa S.A., 25a. Edición. México D.F., 1989.

"Ley Federal de las Entidades Paraestatales." Editorial Pac S.A., 1a. Edición. México D.F., 1988.

"Ley Orgánica de la Administración Pública Federal." Editorial Pac S.A., 1a. Edición. México D.F., 1988.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DIAZ de León, Marco Antonio. "Diccionario de derecho procesal penal" Tomo 11. Editorial Porrúa S.A., 1a. Edición. México D.F., 1986.

MARQUEZ Piñero, Rafael. "Diccionario Jurídico Mexicano." Tomo VIII Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 1a. - Reimpresión. México D.F., 1985.

SANCHEZ Viamonte, Carlos. "Enciclopedia Jurídica Omeba." Tomo XXI. Editorial Driskill. 1a. Edición. Buenos Aires, Argentina. 1978.

DOCUMENTO

"El Telégrafo en México." Editado por el Departamento de Estudios y Proyectos de Telégrafos Nacionales. 1a. Edición. México D.F., diciembre de 1986.

PUBLICACIONES PERIODICAS

"Revista Proceso." Número 648, de fecha 3 de abril de 1989. México D.F.

"Revista Proceso." Número 690, de fecha 22 de enero de 1990. México D.F.

"Periódico Excelsior." viernes 12 de octubre de 1990, México D.F.