

629
25



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

ESTUDIO DE LAS PECULIARIDADES DE LA APLICACION
DE LA SANCION EN EL DELITO DE PECULADO

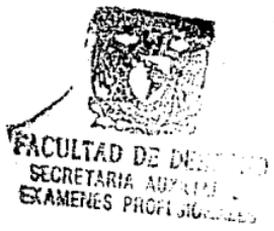
T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ALFONSO MONROY GUAZO



MEXICO, D. F.

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN





UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	PAG
CAPITULO I EL DELITO.	
A) CONCEPTO.	1
B) ELEMENTOS POSITIVOS.	4
C) ASPECTOS NEGATIVOS.	13
CAPITULO II EL PECULADO.	
A) CONCEPTOS.	25
B) ELEMENTOS.	31
C) ANALISIS A LA LUZ DE LA TEORIA DEL DELITO.	33
CAPITULO III LA PENA.	
A) MARCO HISTORICO.	62
B) FUNCIONES Y FINES DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.	67
C) HISTORIA DE LA PENA EN EL DERECHO MEXICANO.	70
D) ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DE LA PENA EN MEXICO.	80
CAPITULO IV LAS PECULIARIDADES DE APLICACION DE LA PENA POR LA COMISION DEL PECULADO EN MEXICO.	94
BIBLIOGRAFIA.	99

C A P I T U L O I

EL DELITO

A) CONCEPTO DE DELITO.

Según el maestro Rafael Márquez Piñero, la palabra delito proviene del latín delicto o delictum, del verbo delinquir, delinquere que significa desviarse, resbalar, - abandonar.

Continúa el autor manifestando que son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o concepto de delito. Tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto o de carácter general, pues un concepto de raíz filosófica valedero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo por consiguiente lo ayer penado como delito --- actualmente puede no serlo y viceversa. (1)

(1) Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. - México. Editorial Trillas, 1990. 2ª Edición. p. 131.

Eugenio Cuello Calón define al delito como "Toda acción u omisión, antijurídica, típica y culpable sancionada con una pena". (2)

El delito es un acto humano, un mal o un daño, - es un actuar. Un mal o un daño aún siendo muy grave, tanto en el orden individual o en el colectivo, no es un delito - si no tiene su origen en un comportamiento humano.

El acto humano ha de ser antijurídico, en contradicción con una norma jurídica, es decir, debe lesionar o - poner en peligro un interés jurídicamente protegido.

Además de esa contraposición, con esa norma jurídica, es necesario que el hecho esté previsto en la ley como delito, que corresponda a un tipo legal. Toda vez que - no toda acción antijurídica constituye delito, sino que ha de tratarse de una antijuricidad tipificada.

(2) Cfr. Cuello Calón, Eugenio. Citado por Márquez Piñero. op. cit. p. 132.

El acto humano debe estar sancionado con pena, -- pues de ahí deriva la consecuencia punible. Si no hay conminación de penalidad no existe delito.

Desde el punto de vista sociológico podemos considerar que, el delito tiene como principal característica -- que se enfrenta a la moralidad de las personas y se opone a las mínimas condiciones de vida de la sociedad.

En México el Código Penal de 1871 en su artículo 1º definió al delito como la infracción voluntaria de una -- Ley Penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda.

El Código Penal de 1929, en su artículo 2º, lo -- conceptuaba: como la lesión de un derecho protegido legal-- mente por una sanción penal.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, define al delito como un acto u omisión que sancionan las -- leyes penales.

Los elementos negativos del delito son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.

B) ELEMENTOS POSITIVOS.

1. CONDUCTA.

La acción en sentido amplio consiste en la conducta o actuación exterior y voluntaria, encaminada a producir un resultado. En este sentido, la acción abarca dos posibilidades: a) un hacer positivo y b) un no hacer. La primera constituye la acción en sentido estricto, el acto; y la segunda la llamada omisión. En el Código Penal Mexicano, el artículo 7º señala los dos aspectos (positivo y negativo), como los únicos modos de conducta penalizable.

En definitiva, la acción en sentido amplio puede definirse, con Jiménez de Asúa, como: "La manifestación de voluntad que mediante una actuación produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo exterior, cuya modificación se aguarda." (3)

(3) Citado por Márquez Piñero, Luis. op. cit. p. 155 y 156.

Los elementos de la acción en sentido amplio son los siguientes:

- a) Manifestación de voluntad; b) Resultado ; --
- c) Relación de causalidad entre aquélla y ésta (también -- llamada nexo causal).

2. TIPICIDAD.

Para Jiménez de Asúa, "La tipicidad es la correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la Ley, para cada especie de infracción". (4)

Carrancá y Trujillo dice que: La tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo concreto. (5)

"El tipo se puede entender como la abstracción -- concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". (6)

(4) Op. cit. p. 746.

(5) Ibidem. p. 381.

(6) Ibidem. p. 235.

Para el maestro Fernando Castellanos Tena: "No - debe confundirse el tipo con la tipicidad, en virtud de que el tipo es la creación legislativa la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta, con la - descripción legal formulada en abstracto". (7)

Continúa el maestro señalado que: "la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el -- descrito por el legislador. Celestino Porte Petit, considera que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula Nullum crime sine tipo". (8)

La tipicidad tiene como función principal ser emi nente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la anti-juricidad por concretarla en el ámbito penal: "La tipicidad no sólo es pieza técnica, sino es como secuela del prin

(7) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de de Derecho Penal. México. Editorial Porrúa, S.A. 1991. 30ª Edición. p. 166.

(8) Castellanos Tena. op. cit. p. 166.

cipio legalista, garantía de la libertad". (9)

Para concluir lo referente a la tipicidad mencionaremos los diferentes tipos existentes:

a) Normales y anormales: los primeros se refieren a situaciones objetivas; en los segundos se trata de una valoración cultural o jurídica. El homicidio es normal, el estupro es anormal.

b) Fundamentales o básicos, éstos constituyen la esencia o fundamento de otros tipos, ejemplo el homicidio.

c) Especiales que se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, ejemplo el parricidio.

d) Complementados, que se constituyen con un básico y una circunstancia, ejemplo el homicidio calificado.

(9) Bernaldo Quiróz, Constancio. Alrededor del Delito y de la Pena. Madrid, España. editorial Viuda de Rodríguez. 1904. 1ª Edición. p. 89.

e) Autónomos y subordinados, los primeros tienen vida propia, ejemplo: robo simple; en tanto que los segundos depende de otro, ejemplo el homicidio en riña.

3. ANTIJURICIDAD.

El Derecho Penal es garantizador y sancionador, - su función es proteger y tutelar los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general. Sin negar totalmente - al aspecto subjetivo, se puede afirmar que la antijuricidad es fundamentalmente objetiva, porque se enfoca a la conducta externa.

Una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho. Este se concibe como una --- ordenación objetiva de la vida y en consecuencia lo injusto se debe entender como una lesión a las normas del derecho.

El Licenciado Castellanos Tena, menciona en su -- obra ya referida que cuando hablamos de antijuricidad nos - estamos refiriendo a la conducta en su fase externa, pero - no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuricidad es puramente objetiva, por-

que atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, es decir, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Según el profesor Celestino Porté Petit. "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación".(10)

El maestro Sergio Vela Treviño menciona que toda acción punible si es antijurídica. Con ello se establece un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción de la misma con las normas del derecho. (11)

En conclusión se puede afirmar que, la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido, a que se contrae el tipo penal respectivo.

(10) Cfr. Castellanos Tena. op. cit. p. 178.

(11) Cfr. Vela Treviño, Sergio. Antijuricidad y Justificación. México. Editorial Trillas. 1986. 2ª Edición. p. -

4. CULPABILIDAD

Es el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, ello quiere decir que contiene dos elementos, uno volutivo y emocional y el otro intelectual, el primero indica la suma de dos querereres, de la conducta y el resultado, y el segundo, el intelectual, es el conocimiento de la anti-juricidad de la conducta. Según el maestro Fernández Doblado: Para la doctrina la culpabilidad es la relación subjetiva entre el autor y el hecho punible y como tal su estudio debe analizar el psiquismo del autor, con el objeto de investigar cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado delictuoso. (12)

La culpabilidad tiene dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución de un hecho tipificado en la ley como delito o cause igual resultado por medio de la negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa

(12) Cfr. Castellanos Tena. op. cit. p. 234.

(dolo, o por un olvido de las precauciones indispensables - exigidas por el Estado (culpa). Igualmente, se puede hablar de preterintencionalidad, como una tercera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

Por ejemplo en el estupro por sus especiales características, consideramos que la forma de culpabilidad que aparece es el dolo, en virtud de que el sujeto activo del delito, obra con toda intención de cometer el ilícito.

5. IMPUTABILIDAD

El hombre es el sujeto activo del delito, pero para que tenga que cargar con determinada consecuencia penal, es necesario que tenga el carácter de imputable. En el ámbito del Derecho Penal, esto solamente puede ocurrirle a aquella persona que por sus condiciones psíquicas tenga posibilidades de voluntariedad.

Según el maestro Carrancá y Trujillo, será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas por la ley para poder desarrollar

su conducta socialmente. Todo aquel sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana. (13)

Según Castellanos Tena la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer, en el campo del Derecho Penal. (14)

Luis Jiménez de Asúa define la imputabilidad en los siguientes términos: "imputabilidad es el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como su causa eficiente y libre". (15)

6. PUNIBILIDAD

Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal mere

(13) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Editorial Porrúa, 1986. 15ª Edición. p. 389.

(14) Cfr. Castellanos Tena. op. cit. p. 218.

(15) Op. cit. p. 326.

cimiento acarrea la palabra punibilidad con menos propiedad para significar la imposición concreta de la pena a quien - ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces una amenaza estatal para los infractores de las normas jurídicas; igualmente, se entiende por punibilidad en forma menos apropiada la consecuencia de la conminación, es decir, la acción específica - de imponer a los delincuentes a posteriori, las penas conducentes. En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las -- sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa.

C) ASPECTOS NEGATIVOS.

Los aspectos negativos del delito, son los siguientes:

1. AUSENCIA DE CONDUCTA

Evidentemente si faltan algunos elementos esenciales del delito, éste no se integra, en consecuencia si la conducta está ausente no habrá delito a pesar de las apariencias. La ausencia de conducta impide la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o

negativa la base indispensable del delito.

"En la actualidad el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 15 fracción I capta todas las especies de ausencia de conducta, mediante una amplia formula genérica: incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias .

"Una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada Vis absoluta o fuerza física exterior irresistible, que cabe perfectamente en el actual artículo 15 fracciones I del Código Penal para el Distrito Federal .

"La aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es la acción humana - en el sentido valorativo del Derecho, por no existir manifestación de voluntad, quien obra así no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento, quien es violentado materialmente no comete delito, es tan inocente como la espada de que un asesino se valiera .

Unánimamente se consideran como factores elimina-

torios de la conducta, a la vis maior (fuerza mayor) y a -- los movimientos reflejos. Su presencia demuestra la falta de elemento volitivo indispensable para la aparición de la conducta que como hemos dicho es un comportamiento humano - voluntario, la vis mayor depende de la naturaleza es ener-- gía no humana la vis absoluta deriva del hombre". (16)

2. ATIPICIDAD

No hay delito sin tipo legal, es decir que cuando el legislador no describe una conducta dentro de las leyes penales tal conducta no es delito, habrá ausencia de tipi-- cidad cuando la conducta no se adecúe a la descripción le-- gal, puede decirse que hay tipo pero no encuadramiento de - la conducta al marco legal constituido por el tipo, un caso de esto pudiera ser el estupro cometido con una mujer mayor de 18 años de edad.

(16) Cfr. Castellanos Tena. op. cit. p. 163 a 164.

"Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y f) Por no darse la antijuridicidad especial". (17)

En ocasiones el legislador al descubrir el comportamiento se refiere a la calidad en el sujeto pasivo, el -- activo o en ambos, en el delito de peculado el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público.

Sin interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en los delitos patrimoniales. Se presentará la atipicidad por no existir --

(17) Castellanos Tena. op. cit. p. 175.

objeto material sobre el cual recaiga la acción por ejemplo privar de la vida a quien ya no la tiene.

A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo si no operan la conducta será atípica por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho en despoblado.

Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas éstas han de verificarse para la integración del ilícito, por ejemplo por medio de la violencia física o moral en el caso de la violación.

Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto, estos constituyen referencias típicas a la voluntad del sujeto activo del delito o al fin que persigue.

Por excepción, algunos tipos captan una especial antijuricidad como sucede en el delito de allanamiento de morada al señalar en su descripción que el comportamiento se efectúe sin motivo justificado y fuera de los casos en que la ley lo permita.

3. CAUSAS DE JUSTIFICACION

Cuando la conducta realizada, sea cual fuere está permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica - pues no viola ninguna norma penal, no choca con el orden jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad, se efectúa al amparo de una causa que justifique la conducta.

Las causas de justificación son las condiciones - de realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de la acción.

Las principales causas de justificación según el Código Penal para el Distrito Federal son la legítima defensa, el estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber e impedimento legítimo.

Para Luis Jiménez de Asúa, la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin --- traspasar la medida de defensa y dentro de la racional --

proporcionalidad de los medios. (18)

Como elementos de la defensa legítima se señalan los siguientes:

Una agresión injusta y actual; peligro de inminente daño derivado de una agresión de bienes jurídicamente tutelados y repulsa de una agresión. (19)

El estado de necesidad en el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos pertenecientes a otra persona.

Como casos específicos del estado de necesidad -- ubicamos al aborto terapéutico y el robo de fámélico.

Dentro de la hipótesis de cumplimiento de un deber y el homicidio cometido en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico quirúrgicos y las lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir.

(18) Op. cit. p. 363.

(19) Cfr. Castellanos Tena. op. cit. p. 194.

El impedimento legítimo opera cuando el sujeto teniendo la obligación de efectuar un acto, se abstiene de -- obrar, por ejemplo el secreto profesional.

4. INCULPABILIDAD

La culpabilidad es la absolución del sujeto en el juicio de reproche, esta opera al hallarse ausentes los -- elementos esenciales de la culpabilidad, el conocimiento y la voluntad.

Para que un sujeto sea culpable, precisa en su - conducta la intervención del conocimiento y la voluntad, -- por lo tanto la inculpabilidad debe referirse a ese elemento intelectual y el volitivo.

Las causas de inculpabilidad son el error esen--- cial de hecho y la coacción sobre l avoluntad.

5. INIMPUTABILIDAD.

Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la

salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

El maestro Castellanos Tena cita las siguientes causas de inimputabilidad: A) estado de inconsciencia permanente es el artículo 68 y transitorios en la fracción II del 15: el miedo grave artículo 15, IV; y la sordomudez -- (artículo 67). (20)

El maestro Porte Petit menciona que en caso del estupro, la inimputabilidad la podríamos encontrar en el artículo 15 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal, que se refiere el transtorno mental del inculpado. -- (21)

En conclusión la inimputabilidad es la incapacidad para querer y entender en materia penal.

(20) Cfr. Castellanos Tena. op. cit. p. 223.

(21) Cfr. Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México. editorial Porrúa, -- S.A. 1983. 8ª edición. p. 64.

En la actual forma legal sobre la inimputabilidad pueden quedar comprendidos además de los trastornos mentales transitorios o permanentes aquellos sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado que les impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aun cuando no presenten un verdadero trastorno mental.

En el miedo grave se presenta la inimputabilidad, porque en función del miedo grave el sujeto queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión, razón por la cual no podrá optar por otro medio practicable y menos perjudicial.

6. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En función de las excusas absolutorias, no existe aplicación de la pena y se puede entender como aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinada conducta por justicia o equidad de acuerdo a una correcta aplicación de la política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos del -

delito subsisten y solo se excluye la posibilidad de punición.

El ya referido maestro Castellanos Tena menciona deversas excusas absolutorias, a saber.

a) Excusa en razón de la mínima temibilidad, el robo que no excede de 10 veces el salario mínimo y sea restituido por el sujeto activo el bien robado y pague los daños y perjuicios antes de que el hecho sea puesto en conocimiento del Ministerio Público.

b) Excusas en razón de la maternidad consciste, - por ejemplo; el aborto cuando el embarazo ha sido resultado de una violación.

c) Otras excusas por inexigibilidad, por ejemplo cuando se trate de familiares, el ocultamiento del infractor de un delito y la omisión de acuxilio para investigar los delitos o perseguir a los delincuentes.

d) Excusas por graves consecuencias sufridas. -- Cuando el sujeto activo del delito hubiere sufrido conse---

cuencias graves en su persona que hicieran notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena, el juez podrá, prescindir de ella. (22)

(22) Cfr. Castellanos Tena. op. cit. p. 278 a 281.

C A P I T U L O II
EL PECULADO.

A. CONCEPTOS.

La palabra peculado, viene del latín *peculatus*, - de *peculari*, robar los caudales públicos. La raíz es *pecus* (ganado), pues primitivamente, *pecunia* significaba la riqueza en ganados. Se dice que servio Tulio, sexto rey de Roma hizo marcar las primeras monedas de su tiempo ostentando la figura de una cabeza de vaca o de oveja". (1)

El peculado se define como el "hurto de caudales públicos por quien administra". (2) Es el delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, realizado por aquél a quien está confiada su administración o su custodia.

(1) Cfr. Luis Fernández Doblado. El Delito de Peculado. -- Criminalia. mayo de 1959. Ediciones Botas. p. 234.

(2) Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Castellana. editorial Sopena Argentina, S.A. p. 762.

"En forma general -dice el profesor Fernández Doblado-, es la apropiación de bienes pertenecientes a la administración Pública que realiza un funcionario público o el encargado de un servicio público, cuando por razón de su cargo tiene en posesión tales bienes". (3)

El delito de peculado propiamente no es de reciente creación, sino que posee antigua raigambre; se afirma -- que ya existía en el código de Manú en el que se recomendaba al monarca la vigilancia de sus ministros y se le facultaba para decretar su muerte cuando robaban el real tesoro. (4)

"En Roma el sacrilegium era el hurto de bienes -- pertenecientes a los dioses, como peculatus era el hurto de bienes pertenecientes al Estado. A pesar de la diferente denominación del uno y del otro, se les consideraba formando un solo grupo, pues en Roma los bienes divinos y los del

(3) Cfr. Luis Fernández Doblado. El Delito de Peculado Criminalia. mayor de 1959. ediciones Botas. p. 236.

(4) Mommsen, Teodoro. Derecho Penal Romano. editora Nacional. México 1960. p. 225.

Estado no se diferenciaban jurídicamente, distinguiéndose -- más bien tan sólo por el uso que de ellos se hacía. Llamábase peculatus, el hurto de cosas muebles pertenecientes -- al Estado; y se le daba este nombre, porque antes de que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que tenían el primer rango entre los comunes o públicos, eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de -- los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase. (5)

La Enciclopedia Jurídica Omeba ofrece la siguiente panorámica del delito objeto de este capítulo:

No se trata, claro está, de un delito nuevo. -- Por el contrario, demostraremos la antigüedad de su historia y su evolución a través del tiempo; pero consideramos -- interesante señalar que en la última época se presenta como un problema de muy particulares caracteres, distintos de -- los anteriores, por extenderse al derecho internacional.

(5) Mommsen, Teodoro. op. cit. p. 226.

El diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche, segunda edición, 1845 dice que peculado es la sustracción de caudales del erario público - hecha por las mismas personas que lo manejan, peculatus -dicitur tácito- proprie est pecuniae publicae vel fiscalis furtum et peculator dicitur qui di principis vel populi aerario -- furatur. este delito se castiga entre los romanos, primero con la pérdida del empleo y de la honra; luego, con el destierro. las minas (trabajo en ellas) y aun con la muerte; - después, con la deportación y confiscación de bienes, y últimamente con la privación del derecho de ciudadano y con la restitución del doble (doble).

En general, el delito de peculado se confunde e -- identifica con la concusión, y algunas veces la concusión - adquiere el significado más limitado y específico de exacción ilegal, según la nomenclatura de muchos códigos penales vigentes. A nuestro juicio, no es correcto decir exacción ilegal, desde que se incurre en un verdadero pleonismo referido al hecho del cobro de impuestos ilegales. Si el cobro es ilegal, merece llamarse cobro o recaudación, y no --- existe ninguna razón que justifique la necesidad de agregar al vocablo exacción el calificativo de ilegal. (luego vere-

mos que el doctor José Peco coincide con esta opinión). Sólo es exacción cuando el cobro es ilegal, y ese calificativo basta para caracterizar el delito". (6)

El diccionario Jurídico Mexicano, define de esta forma al peculado:

"En sentido exclusivamente gramatical, y teniendo en cuenta la etimología señalada, hace referencia a la sustracción de caudales del erario público, realizada por aquel a quien está confiada su administración". (7)

Marco Antonio Díaz de Leon proporciona el siguiente concepto de peculado:

"Delito que comete 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

(6) Enciclopedia Jurídica Omeba. op. cit. p. 947 y 948.

(7) Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial UNAM. Tomo Mexico, 1985. p. 73.

de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa". (8)

El artículo 223 del Código Penal, indica:

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;

2. 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 ter

(8) Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Porrúa. México, 1986. p. 1235.

cero o a fin de denigrar a cualquier persona;

3. Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la ---fracción de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el Artículo de uso indebido de atribuciones y facultades; y

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

B. ELEMENTOS

si hemos aclarado anteriormente el concepto de --presupuesto, distinguiéndolo según se refiera a la conducta o al hecho o al delito, nos corresponde ahora el análisis del artículo del Código Penal, para precisar si se requie--ren 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 cua-

les 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 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 de 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 distracción o disposición.

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 puedan cometerlo.

Los tres integrantes del delito de peculado, son:

a) Que el agente activo esté encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado, es decir, que participe del ejercicio de funciones públicas.

b) que el dinero o efectos distraídos, constituyan caudales públicos.

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

El presupuesto especial del delito de peculado, - se caracteriza por tratarse del encargado, por razón de sus funciones, dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa - perteneciente al Estado, al organismo descentralizado, o a un particular y las distraiga para beneficio propio o ajeno

De lo anterior deducimos que la materialidad del delito de peculado consiste en la substracción o distracción de los caudales o efectos, cuya administración hubiere sido confiada al encargado de un servicio público, por razón de su cargo.

La ley exige, pues, que el responsable preste un servicio público; he ahí el presupuesto especial del delito

C. ANALISIS A LA LUZ DE LA TEORIA DEL DELITO

LA CONDUCTA EN EL PECULADO. El elemento objetivo

del tipo específico del delito de peculado, está expresado por la palabra distraiga, actividad de carácter material -- que adquiere matices delictuosos al recaer en dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado, o a un particular. La descripción del precepto alude a un comportamiento que se traduce en la distracción, para usos propios o ajenos, de aquellos bienes recibidos en administración, en depósito o por cualquier otra causa.

El elemento psicológico del ilícito está constituido por la coluntad encaminada a distraer o substraer, en beneficio propio o ajeno, los caudales o efectos confiados al encargado de un servicio público.

La descripción del precepto no alude a un resultado en el orden material; la actividad no se exterioriza o integra en el plano objetivo. En consecuencia, el peculado no es un delito de resultado material, ya que nuestro Derecho no precisa de que surja daño o entorpecimiento del servicio público, sino sólo que el encargado de éste dé a los bienes un destino distinto al que debería asignarles. Aun cuando la comisión del delito acarrea, sin duda, el desqui-

ciamiento de la economía y el indudable entorpecimiento del servicio público, tales consecuencias no forman parte del tipo y por ello, insistimos, se trata de un delito formal, de mera actividad, cuyo elemento objetivo, como se ha dicho se integra con la sola conducta y no con un hecho.

El sujeto activo del ilícito no puede ser sino el encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y que no tenga el carácter de funcionario.

Se puede afirmar que el funcionario es aquél que tiene facultades de decisión y mando, mientras que el empleado público sólo tiene las de subordinación y esto es lo que lo distingue del funcionario.

La conducta como elemento del delito de peculado, según nuestro ordenamiento represivo vigente, puede ser -- realizada por un único medio: la distracción.

Distraer, significa destinar, destinar para otro objeto, pasar una cosa a fin distinto de aquél a que estaba dedicada. "Este uso disconforme, nos dice Maggiore, puede

dirigirse:

a) A un fin privado, como en el caso de que el -- funcionario retire dinero público, aunque sea con el propósito de restituirlo;

b) A una finalidad propia de la administración Pública (entendiendo que constituya siempre un medio para conseguir un provecho privado). Esto puede suceder en el caso de que el autor del peculado altere, en provecho propio o ajeno, el destino específico de la cosa sin alterar su destino genérico". (9)

"La distracción de la cosa para usos propios o -- ajenos, implica no ya el uso temporal y ocasional de ella, sin alterar su destino, sino verdaderamente pasarla a fin - de aquel al que estaba destinada; vale decir, desafectarla e impedir en esa forma que cumpla su misión funcional dentro del servicio público, con perjuicio de éste y en provecho del agente con dirección objetiva de su acción". (10)

(9) Maggiore Guisepe. op. cit. p. 164.

(10) Fernandez Doblado. op. cit. p. 244.

CLASIFICACION DEL DELITO DE PECULADO EN ORDEN A -
LA CONDUCTA. En orden a la conducta, el delito de peculado
puede clasificarse de la siguiente forma:

- a) De acción;
- b) Unisubsistente;
- c) Plurisubsistente.

Es un delito de acción porque el activo o agente
del mismo, para tipificarlo necesita de un actividad, de un
hacer positivo, distraer.

Es unisubsistente porque el delito se integra con
un solo acto, o sea la distracción, y no necesita para su -
perfecta conformación de varios actos, según desprendemos -
de la descripción que de él nos hace el artículo 223 del có
digo penal.

CLASIFICACION DEL DELITO DE PECULADO EN ORDEN AL
TIEMPO O POR SU DURACION. En orden al tiempo o por su dura
ción, el delito de peculado se clasifica en: instantáneo y
continuado.

El delito de peculado, generalmente es instantáneo, o instantáneo con efectos permanentes, pues queda consumado al verificarse la actividad que lo constituya; sólo por excepción puede admitirse que sea continuado, si existe unidad de resolución, pluralidad de acciones similares (distracción o subtracción de los bienes que pueden ser objeto del peculado) y unidad de lesión jurídica.

ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA (AUSENCIA) EN EL DELITO DE PECULADO. Hipótesis posibles. Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; si la conducta está ausente, no habrá delito por falta del elemento objetivo, puesto que el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, es el cimiento indispensable del ilícito.

TIPO Y TIPICIDAD. Fernando Castellanos dice que "no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto". (11) Es decir, la tipicidad

(11) op. cit. p. 167.

es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; es la coincidencia de una conducta con la -- formulada por el legislador.

Porte Petit estima que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula -- nullum crime sine tipo.(12)

Nosotros creemos también que la tipicidad es un elemento esencial del delito, pero independiente de la antijuricidad, dado que en la práctica existen conductas típicas que no son antijurídicas. Estamos de acuerdo con Mayer en que la tipicidad es indiciaria de antijuricidad; si el legislador elabora sus tipos, es porque estima a las conductas en ellos descritas seguramente contrarias al derecho -- (a menos que exista una causa de justificación, sin que por ello desaparezca la tipicidad). (13)

(12) Op. cit. p. 37.

(13) Citado por Castellanos Tena. op. cit. p. 169.

Con relación al concepto de tipo, Jiménez de Asúa dice que es "la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito"(14) y, por lo que respecta a la tipicidad, opina que es "Función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene además, funcionamiento indiciario de su existencia". (15)

Mezger define al tipo legal como "el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica". El tipo significa, al decir del mismo autor, "el total de los elementos del delito.

Esta concepción de Mezger, que involucra los elementos del delito en el tipo, interpretando dogmáticamente su contenido, no deja de ser novedosa y se aparta, un tanto

(14) Jiménez de Asúa. op. cit. p. 293.

(15) Citado por Castellanos Tena. op. cit. p. 171.

de ese esquema que ve en el tipo la descripción de un hecho con independencia de sus elementos valorativos de naturaleza subjetiva. Por ello, el mismo autor agrega en el propio sentido jurídico-penal significa (el tipo) más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos -- artículos, y a cuya realización va ligada la sanción pe---nal". (16)

ATIPICIDADES EN EL PECULADO. La falta de la total integración de los elementos descritos en el tipo legal da origen al aspecto negativo de la tipicidad, o ausencia de tipicidad, también denominada atipicidad.

Son causas de atipicidad en el delito de peculado, las siguientes: la ausencia de los atributos o cualidades requeridos por el tipo en el sujeto activo, la falta de los atributos o cualidades requeridas por el tipo en el sujeto pasivo. Además si con anterioridad hemos dicho que el --- agente para usos propios o ajenos tiene que distraer de su

(16) Citado por Cástellanos Tena. op. cit. p. 173.

objeto bienes recibidos den administración, en depósito o - por cualquier otra causa por razón de su cargo, la ausencia de estos requisitos exigidos por la ley dará lugar a la ingxistencia del delito por atipicidad de la conducta.

CLASIFICACION DEL EPCULADO EN ORDEN AL TIPO. Podemos clasificar el delito de peculado, en orden al tipo, - de la manera siguiente:

1. Es un tipo autónomo e independiente.
2. Es un tipo compuesto.
3. Es un tipo anormal.

Decimos que es un tipo autónomo e independiente, en virtud de no requerir, para su existencia, de ningún --- otro tipo del cual dependa, teniendo por tanto vida propia.

Se dice que es un tipo compuesto con relación a los intereses jurídicos que el tutela, que se traduce en la protección y defensa de los bienes patrimoniales de la ad--ministración pública, así como en el interés del Estado por la probidad y fidelidad del funcionario público encargado -

de ese servicio.

Lo catalogamos como un tipo anormal, porque no só lo describe situaciones puramente objetivas.

LA ANTIJURICIDAD EN EL PECULADO. Hemos visto en el estudio de la antijuricidad que ésta es única, no obstante ello, posee un doble contenido; formal y material. Enfocando los dos aspectos al delito en estudio, podemos afirmar que el primero se integra cuando el sujeto activo del ilícito transgrede el artículo de nuestro ordenamiento repressivo mediante su actividad. El segundo aspecto de la antijuricidad mencionada, o sea el material, se presenta cuando se lesionan los bienes jurídicos protegidos por el Derecho, que no son otra cosa que el mantenimiento de la confianza y fidelidad que se espera del encargado de un servicio público y en la conservación y destino de los bienes así como la normal prosecución de los servicios públicos.

Concluyendo, la actividad consistente en la distracción en bienes pertenecientes al Estado, al organismo descentralizado o a un particular por el sujeto activo del ilícito, para usos propios o ajenos es antijurídica formal-

mente, por cuanto se viola la Ley y materialmente porque -- pugna con la norma implícita en la prohibición de realizar un acto atentatorio a la seguridad que deben tener aqué--- llos.

CAUSAS DE JUSTIFICACION O AUSENCIA DE ANTIJURICIDAD. Dentro del sistema que nos hemos impuesto, de señalar los aspectos positivos y negativos del delito, debemos examinar la ausencia de antijuricidad.

Cuando en un hecho de apariencia delictuosa falta el elemento antijuricidad, no hay delito. Así lo expresa Cuello Calón y agrega: "En las causas de exclusión de la - antijuricidad el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado al derecho, la situación especial en que se cometió el hecho constituye una -- causa de justificación de su conducta. Como consecuencia - de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal, ni siquiera civil, pues del que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione in tereses jurídicos ajenos". (17)

(17) Cuello Calón, op. cit. p. 274.

Porte Petit dice: "es causa de justificación, -- aquella que conforme a derecho una conducta o hecho, que de otro modo sería antijurídico ". (18)

Para Fernando Castellanos son causas de justificación "aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la natijuricidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito, porque en presencia de alguna de ellas faltará uno de los elementos esenciales del ilícito - penal, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes y causas eliminatorias de la antijuricidad". (19)

CAUSAS DE JUSTIFICACION O AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD EN EL PECULADO. A) Legítima defensa. No podemos encontrar una ausencia de antijuricidad en el peculado en función de la legítima defensa, por inexistencia de la agre---

(18) Porte Petit. op. cit. p. 198.

(19) Castellanos Tena. op. cit. p. 179.

sión calificada que pudiera traer como consecuencia la distracción o disposición típicas.

B) Puede aceptarse la eliminación de antijuricidad en el peculado, por estado necesario, puesto que es fácil imaginar la colisión de intereses, la incompatibilidad entre los bienes tutelados por la figura del peculado y la persona o los bienes del necesitado. Claro que para que se configure la justificante, será indispensable que los bienes sacrificados sean de menor entidad que los salvados.

C) No podemos concebir que en el peculado se encuentre una justificación por deber legal, a menos que se trate de la obediencia jerárquica, cuando el inferior tenga la obligación de prestar al superior incondicional obediencia, pero en este caso salimos del campo de la justificación por deber legal, para adentrarnos en la obediencia debida, la cual, al menos en esta hipótesis, no es otra cosa que el cumplimiento de un deber.

D) Ejercicio de un derecho en el peculado. Preciado en líneas anteriores el concepto de esta causa de justificación, surge el problema de considerar su funciona-

miento en el delito de peculado. Aparentemente parece poco probable que frente a un derecho reconocido por la ley, pueda su titular dejar de cumplir el mandato implícito en el tipo legal que sanciona el peculado. Si la ley prohíbe en el artículo del Código Penal, distraer de su objeto los bienes afectos al servicio público, sólo es posible concebir que la titularidad del derecho corresponde a quien tiene la calidad legal de encargado de tal servicio, pero como no es aceptable que la propia ley autorice y prohíba al propio -- tiempo, con referencia al mismo sujeto y a idéntico objeto un determinado proceder, de acuerdo con el principio lógico jurídico de contradicción, que declara que en tal situación no pueden las dos normas (la que prohíbe y la que autoriza) ser válidas, se justifica nuestra afirmación inicial. En -- otros términos, aún en el caso de admitir un derecho declarado en la ley, el ejercicio del mismo está limitado, por -- cuanto al encargado del servicio público, a cualquier ac-- ción que no implique incumplimiento del deber. Los bienes patrimoniales de distinta naturaleza afectos al servicio -- público pueden ser propiedad particular y por tanto existir un derecho genérico reconocido en la ley para el propietario; no obstante, las limitaciones impuestas por su afectación al servicio público, impiden el ejercicio de tal dere-

cho en cuanto éste constituye un incumplimiento del deber.

Podría, a pesar de todo lo antes expuesto, darse una situación privilegiada en la ley o en un contrato, que autorizara, en determinados casos, la distracción y hasta la disposición de los objetos ó bienes recibidos por el empleado o encargado, en razón de su cargo, como sucedería, por ejemplo, cuando la disposición tuviera como origen el retraso injustificado y exagerado de los sueldos y tal acto hubiere sido expresamente previsto en una norma jurídica o en la relación contractual. Tal hipótesis caería lógicamente dentro del ejercicio de un derecho, aspecto negativo de la antijuricidad, por se especie del género que denominamos causas de justificación, aún cuando su simple planteamiento no deja de ser extravagante.

E) Obediencia jerárquico-legítima. Ya dijimos que puede presentarse una hipótesis de obediencia debida -- que integre una causa de justificación, a saber: cuando el subordinado tiene que obedecer sin reservas al superior, -- por mandato legal, como ocurre en ciertos casos en las relaciones entre los miembros del ejército. En claro que si la orden recae en los bienes que son materia de peculado, no --

se configurará el delito por ausencia de antijuricidad, por que como se dijo en el inciso C), tal excluyente de la antijuricidad se identifica con la llamada "cumplimiento de un deber".

CULPABILIDAD EN EL PECULADO. El delito de peculado és necesariamente doloso, porque la exigencia del tipo - implica la voluntariedad de la actividad de distraer o subtraer, por lo que queda excluída la comisión culposa. La conducta, por sí sola agota, según se ha expresado en pági- nas anteriores, el elemento objetivo del ilícito que nos -- ocupa y su realización sólo puede concebirse, por la naturaleza misma de la acción, de modo voluntario. con acierto indica Fernández Doblado, que el peculado culposo no cons-- tituye delito, aún cuando pueda dar lugar a una responsabi- lidad disciplinaria o de carácter civil.

Podemos afirmar que es posible la preterintención en el peculado, ya que puede concebirse que el resultado sobrepase a la intención del agente. Sostenemos que la pretererintención no es mezcla de dolo y culpa, sino que en vez de hablar de delitos preterintencionales por la culpabilidad, resulta más exacto ocuparse de delitos con resultado pre--

terintencional.

De lo anterior concluimos que el delito a estudio necesariamente es doloso, en razón de que el empleo en la ley del vocable y distraer, implica, forzosamente, la voluntariedad.

En otras palabras, el dolo en el peculado, lo --- constituye en primer término, el conocimiento que tiene el agente, de que no debe aplicar las sumas o bienes que están bajo su cuidado, a fines distintos a los señalados por el poder público, y en segundo, volición de la acción indebida

En cuanto a la hipótesis de distracción, debe concurrir el dolo específico consistente en el particular conocimiento de la destinación de la cosa y el fin de provecho propio o ajeno sin que sea requerido el ánimo de lucro.

CAUSAS DE INCULPABILIDAD EN EL PECULADO: a) El -- error esencial e invencible de hecho, y b) La no exigibilidad de otra conducta.

a) Dentro del aspecto negativo de la culpabilidad

un error esencial o invencible de hecho sobre los elementos que integran el tipo de peculado, puede, según el caso, desviar la figura contra el patrimonio o eximir por completo - la culpabilidad.

b) En el peculado también es posible admitir la exclusión de culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, (según la teoría normativa) o a virtud de coacción - sobre la voluntad (de acuerdo con los psicólogos); tal - sería el caso en que el sujeto llevara a cabo la distrac-- ción en función de seria y grave amenaza (vis moral), de un mal inminente y de consideración, sin que con motivo de dicha amenaza perdiera sus facultades o se quebranten de mo do relevante, porque entonces operaría una causa de inimpu- tabilidad.

LA PUNIBILIDAD EN EL PECULADO. Hemos afirmado -- que la punibilidad consiste en la amenaza, por parte del Es tado a través de una norma, de la imposición de una pena si la conducta llena el presupuesto legal. Por lo que se re- fiere al peculado, nuestro Código Penal lo sanciona así:

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos -

utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto de lo distraído 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 años 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 años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS. Luis Jiménez de Asúa define las excusas absolutorias en los siguientes términos: "Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que ha

cen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública; es decir que son motivos de impunidad -como - también las llama Vidal utilitates causa". (20)

Fernando Castellanos dice que: "en función de -- las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen al aspecto negativo de la punibilidad. -- Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena -y agrega-: El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con -- una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables: sólo se excluye la posibilidad de punición".(21)

(20) Jiménez. op. cit. p. 176.

(21) Castellanos. op. cit. p. 289.

En el capítulo del título del libro del Código Penal, no encontramos consignada ninguna excusa absolutoria, lo que se justifica en razón de la gravedad del hecho delictuoso y del interés público en su punición.

EL ITER CRIMINIS. El delito surge primero en la mente del hombre y concluye hasta el instante de su cabal agotamiento. A este proceso se le llama iter criminis, es decir, camino del crimen, constituido por dos etapas, interna y externa.

La primera comienza en el instante en que el sujeto concibe el ilícito y termina en el momento en que está a punto de volcarse al exterior. Cuando se exterioriza se inicia la segunda fase, la cual termina con la consumación.

La fase interna comprende tres períodos:

- a) idea criminosa o ideación;
- b) deliberación; y
- c) resolución.

Hay ideación cuando surge en la mente humana la -
idea de cometer un delito.

La deliberación es el proceso psíquico de lucha -
entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter mo-
ral o utilitario que pugna contra ella.

La resolución consiste en el acto de voluntad de
delinquir. La fase externa comprende: a) Manifestación; --
b) Preparación; y c) Ejecución.

Manifestación. La idea criminosa aflora al exte-
rior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente -
como idea o como pensamiento exteriorizado, antes existente
sólo en la mente del sujeto.

Preparación. Los actos preparatorios se producen
después de la manifestación y antes de la ejecución. Sebas-
tían Soler dice que consisten en "aquellas actividades que
por sí mismas son insuficientes para mostrar su vinculación
con el propósito de ejecutar un delito determinado y para
poner en peligro efectivo un bien jurídico determinado.(22)

(22) Soler Sebastián. op. cit. p. 87.

Ejecución. La ejecución del delito puede revestir dos formas diversas, a saber: tentativa y consumación.

LA TENTATIVA EN GENERAL. Cuello Calón expresa -- que "cuando habiendo dado comienzo a la ejecución se interrumpe ésta por causas ajenas a la voluntad del agente, surge jurídica de la tentativa".

Para la existencia de la tentativa es menester -- que concurren los siguientes elementos:

A) Intención de cometer un delito determinado;

B) Que haya un principio de ejecución del delito, es decir, que hayan comenzado a ejecutarse los actos propios y característicos del delito; y

C) Que la ejecución se interrumpa por causa independiente de la voluntad del agente".

Continúa el autor, existe tentativa, en sentido estricto, "cuando se comienza la ejecución de un delito y se realiza alguno o algunos de sus actos constitutivos, pe-

ro sin llegar al último acto de ejecución. .

El mismo autor escribe que "hay delito frustrado - (tentativa acabada) cuando el agente ejecuta todos los actos propios y característicos del delito de modo que éste - queda materialmente ejecutado, pero 'sin que responda a la - intención de aquél por causas independientes a su voluntad, es decir, cuando el agente ha hecho todo cuanto era necesario para su consumación sin que ésta llegue a producirse". (23)

La tentativa incabada es aquella en la que el sujeto no ha realizado todos los actos que por su parte eran necesarios para la consumación del delito.

La tentativa imposible, como expresa Pavón Vasconcelos, se da cuando el resultado jamás puede realizarse, ya sea porque los medios empleados por el agente sean inidó---neos o porque falte el objeto contra el cual va encaminada la actividad que ha desplegado el sujeto activo. (24)

(23) Cuello Calón. op. cit. p. 276.

(24) Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve ensayo sobre la -- tentativa. Editorial Porrúa. México 1982. 3ª edición. p. 132.

Cuello Calón anota al respecto que el delito, no obstante la voluntad del agente y los actos por él ejecutados, puede no llegar a su consumación por dos causas: --- a) cuando el medio empleado para realizarlo es inadecuado, inidóneo, y b) cuando falta el objeto material del delito. (25)

LA TENTATIVA EN EL PECULADO. Es posible admitir que la ejecución del delito de peculado quede, en grado de tentativa, ya sea acabada o incabada, según se realicen todos, o casi todos los actos directa e inmediatamente 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. 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, verbigracia, por la visita de un auditor. -

(25) Cuello Calón. op. cit. p. 277.

Para establecer si la tentativa es acabada o incabada, precisa analizar si se llevaron al cabo todos los actos ejecutivos o bien si hubo omisión de alguno de ellos.

LA PARTICIPACION. Consiste la participación en la voluntad cooperativa de varios sujetos en la ejecución de un ilícito penal, sin que el tipo requiera pluralidad.

"Así como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios individuos, con su comportamiento, pueden infringir una sola disposición; en el primer caso hay pluralidad de delitos; en el segundo, unidad en el delito con concurso de autores".

Para que haya participado, es necesario la concurrencia de varios sujetos que encaminan su conducta hacia la realización de un ilícito penal, produciéndose éste como consecuencia de la intervención de todos ellos.

LA PARTICIPACION EN EL DELITO DE PECULADO. Ya se ha dicho en otro lugar que el delito de peculado está descrito en un tipo especial, que hace referencia al sujeto ag

tivo, ya que sólo pueden cometerlo los que tengan las calidades típicamente exigidas y que en el caso consisten, precisamente, en que se trate de encargados de un servicio público y además tengan el carácter de funcionarios públicos.

También en otra parte hemos anotado que por autor debe entenderse el que contribuye con una causa eficiente - para la producción del delito y que cuando son varios los autores se les denomina coautores.

Ahora bien, con referencia al peculado, cuya actividad típica sólo puede realizarse el sujeto cualificado, es evidente que no hay posibilidad de admitir la coautoría respecto a personas no cualificadas, pues como expresa Pavón Vasconcelos, sólo pueden realizar la conducta típica --- aquellos que reúnan las exigencias que, en cuanto al sujeto señala la hipótesis legislativa.

Sin duda, quienes participan en el peculado sin tener la calidad requerida para ser autores o coautores pueden, no obstante, ser válidamente considerados como cómplices.

ces, porque de hecho intervienen prestando auxilio de cualquier especie al sujeto cualificado. Edmundo Mezger (26) - expresa que una persona no cualificada que participa en un delito especial desciende, necesariamente, al papel de cómplice; por ende, en el peculado, todo interventor no cualificado, será cómplice.

(26) Pavón Vasconcelos, Francisco. op. cit. p. 134.

C A P I T U L O I I I

LA PENA

A) MARCO HISTORICO.

Es el turno de remotarse a los orígenes del Derecho y con ello a los de la vida social del hombre, y como consecuencia de lo anterior surge la necesidad de seleccionar las fuentes que han de ayudar para alcanzar el fin propuesto; pero no por ello deja de tener riesgo el profundizar en la historia, ya que esa plétora de acontecimientos, que leemos en las crónicas de las personas acuciosas que han tenido la capacidad de registrar su versión de los sucesos que se empeñaron en investigar, incluye tanto frutos de la observación como engendros de la fantasía y deformaciones hijas del sentimiento o de la ignorancia.

No es solo el hecho de observar con imparcialidad el testimonio del evento de interés, necesario es y sólo la experiencia lo enseña, ser precavido con el intérprete de la vida, para poder distinguir las apreciaciones subjetivas en que pudo haber envuelto el momento de vida que -

tomó, y cuidarse de los mercenarios, que a costa de la prostitución espiritual en la que se encuentran, retoman los -- acontecimientos sopesándolos con las bolas de dinero que se les d^{an} para tratarlos con la más amplia lenidad, dejando -- ver claramente el color del oro con el que fueron pagados.

La historia es archivo invaluable para el noble -- fin de custodiar la memoria de los sucesos del género humano, y evitar repetir los errores cometidos en el pasado, a la vez que permite confiar y perfeccionar las soluciones correctas halladas para sucesos anteriores y semejantes.

La historia está formada no sólo por los aconteciumientos más remotas de los que se tiene conocimiento, sino -- también por el instante actual, que pasa a ser historia en el momento mismo de consumarse.

A veces parece ilusorio o fantástico el que se -- tenga certeza de los acontecimientos pasados, se duda de -- ello, por lo que se mencionó de la venalidad de los histo--riadores, ya sea por corrupción económica o por interés -- ideológico de ahí la inseguridad para establecer el grado de veracidad de un texto historiográfico.

Como el presente trabajo se refiere especialmente al Derecho, disminuye ese riesgo, si se consideran para fundarlo sólo las conclusiones de los juristas reconocidos por su dedicación y empeño para el estudio, quienes tratan de describir el camino que ha seguido el desarrollo del Derecho, tomando como base las obras de los más destacados legisladores e intérpretes de la ley, desde el alba de las civilizaciones hasta nuestros días.

Las ideas y principios que llegaron a hacerse realidad desde su exposición de las grandes obras, principalmente, el contrato social, la enciclopedia y la declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano; indican la línea a seguir ya que los principios de libertad, igualdad y fraternidad moldean el derecho con la objetivación de los tiempos *Nullum Crimen, Nulla poena Sine Lege*, haciendo disminuir paulatinamente la crueldad en las penas, ya que si todos los hombres son iguales, sólo se debe castigar los hechos dañosos a la sociedad y sólo con penas necesarias, no exagerando la severidad de las mismas, por lo que tampoco ha de influir en que sea mayor o menor el castigo impuesto, la calidad de la persona ofendida o la del ofensor.

La ideología del individualismo liberal que tiene su centro en la persona humana resalta el respecto a la misma.

Tal reconocimiento Jurídico-Social de la libertad, permitió iniciar el cambio en las penas, puesto que antes - los valores humanos estaban socavados por la organización - de las clases privilegiadas.

Son simultáneos el concebir la pena privativa de libertad y la codificación que empezaba a realizarse por to da Europa.

Llegó a tener preeminencia la pena privativa de - libertad o prisión, sobre la de muerte, que poco a poco ha sido desterrada de la mayoría de los ordenamientos jurídicos, puesto que ambas penas parecen excluyentes.

Los clamores por una penalidad más justa y humana han hecho que se sustituyan en muchos casos las penas de muerte, mutilaciones, azotes y otras más, infamantes también por la prisión, privativa de la libertad solamente.

Las ideas de la ilustración aunadas a las de --- Beccaria, Howard, Marat y Bentham llegaron al continente Americano, en donde Guillermo Penn estableció el Sistema de Filadelfia o Celular en Norte América, mismo que se caracteri zaba por el aislamiento continuo del reo durante todo el pe riódo de su condena.

En un principio los aprisionados no tenían traba jo; pero después este se hizo obligatorio dentro de su cel da, donde debían guardar silencio absoluto, normas de asce tismo, y practicar la lectura de la biblia, como única per mitida. Todo ello fue debido a la gran influencia religio sa que generó una disciplina semejante a la de los monaste rios Catolicos.

De igual forma, dichas ideas influyeron en Elam - Lynds para la creación del Sistema de Auburn en Nueva York, en el cual existían el aislamiento Celular Nocturno para -- que los penados pudieran responderse de la fatiga del día y evitar la contaminación entre los compañeros, el trabajo en común, ya que tener talleres por cada celda era muy caro y así se aprovechaba la experiencia de los maestros que ense ñaban a los aprendices y en todo momento existía la regla

del silencio absoluto, al grado que no nada más se prohibía que hablaran entre ellos, sino que tampoco se les permitía intercambiar gestos, su enseñanza consistía únicamente en aprender a leer, escribir y en algunas nociones de aritmética. Vestían trajes que llevaba el número de registro que correspondía al preso.

Los anteriores sistemas fueron precursores de la forma actual de aplicar la privación de la libertad, tanto pena cuanto medida preventiva.

B) FUNCIONES Y FINES DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

Durante las diferentes etapas por las que ha pasado la historia humana la evolución de la pena va de la mano de la misma, cambiando su aplicación el propósito para el cual es impuesta.

Si en la actualidad la pena privativa la libertad ha desplazado a la mayoría de las que en nuestra ley fundamental son consideradas como infamantes, inclusive, crueles, anteriormente sólo se daba en tanto se resolvía la forma de suplicio que iba a sufrir el reo. Después pasó a

ser segregación del sujeto nocivo a la comunidad, que viéndolo privado de su libertad podía sentirse tranquila, entre tanto el criminal pasaba en resto de su vida en mazmorras y calabozos o emparedados, según la agravación con que se aplicaba tal pena.

Afortunadamente la prisión, como pena, tiene en la actualidad funciones y fines diversos y más humanos, si consideramos los que ha tenido a través del tiempo.

La pena tiene principalmente como funciones:

a) El ser preventiva o ejemplarizantes, en sus --
dos formas:

1. Preventiva general, que hace que se inhíba la colectividad o el sujeto que desee delinquir, en virtud de saber que tal conducta le acarreará tal mal, lo que ayuda a reprimir los deseos de materializar las conductas antisociales con consecuencias legales.

2. La preventiva particular, que se logra como consecuencia de una primer pena impuesta y sufrida que dis-

pone el ánimo del reo a no volver a delinquir, pues queda -
amedrentado, amén de readaptado.

b) El ser socializadora o resocializadora; busca el adaptar a la sociedad lastimada al sujeto que se vió envuelto en algún delito, para que al final de la pena quede apto para la convivencia pacífica y para que a la vez no --
guarde resentimiento a la sociedad que le privó de su libertad por algún tiempo.

Hay quienes impugnan que la pena privativa de la libertad tenga también función retributiva, ya que ello supondría que el individuo que causó un mal a la sociedad, se le debe, en la misma proporción causar un mal, con lo que -
supuestamente se restaura el orden jurídico infringido, pero aceptar lo anterior es considerar a la pena de prisión -
como venganza social, con lo que se retrocedería más de un siglo en los avances humanistas y sociales del propósito de la privación de libertad.

El fin de la pena privativa de libertad coincide con la segunda función, antes indicada, puesto que lo que -
se quiere es que el sujeto que por cualquier circunstancia,

personal o social, delinque; al final de la pena, vuelva a ser una persona socialmente apta para la convivencia Familiar, Laboral y en común con todos los individuos de la sociedad, y económicamente productivo, por lo que no será una carga.

C) HISTORIA DE LA PENA EN EL DERECHO MEXICANO.

No se debe dejar a un lado la evolución que ha -- tenido la pena en nuestro México, ya que como movimiento -- histórico es trascendente, y más para nosotros.

Por ello que siempre es bueno revisar nuestra his toria, y en el caso que nos ocupa, la investigación se limi ta al vasto mundo de la pena y su evolución en nuestro país ya que este opúsculo no tiene como fin el establecer si Mé- xico empieza desde 1821, por ejemplo, o poco antes o des--- pués, ni el porqué, por lo que con visión global se conside ra, para efectos de este trabajo, a México como el espacio terriotiral actual y lo que en el se ha desarrollado en --- tiempos anteriores.

El Derecho para los aztecas fue consecuencia de su filosofía y se regía por la severidad moral, por la concepción rígida de la vida y por su régimen político tan con--
catenado a los aspectos anteriores, ello se aprecia mejor --
al considerar su derecho penal y sus elementos cargados de simbolismo.

Los procesos tenían una duración no mayor a ---
ochenta días, existía la publicidad procesal y no así la --
apelación.

Era el Emperador quien dirigía el juicio, y quien en unión con el Tlatocan cuatro parientes del emperador, --
llevaba el asunto hasta la ejecución de la condena senten--
cia que realizaba el emperador.

Aunque la restitución al ofendido o la reparación del daño era la mera de resolver los delitos menos graves, también existía la Pena de muerte para una diversidad de --
conductas como traición al Estado, espionaje, deserción en la guerra, maltrato a los embajadores extranjeros, altera--
ción en las medidas para el comercio, homicidio intencional incesto, homosexualidad, alcahuetería, etc., pudiendo ser --
aplicada por descuartizamiento, golpes de porra en la cabeza,

desuello, ahorcamiento, en la hoguera, garrote, lapidación.

Es interesante, dándole la consideración que se merece, percatarse de la forma como Netzahualcóyotl aplicaba las penas en su reinado de Texcoco, que por la proximidad geográfica, cultural política con sus vecinos los Aztecas, no carecía en sus leyes del rigor extremo que caracterizaba la regulación de aquellos, pero tuvo una característica determinante que tomaba en cuenta las excluyentes de responsabilidad, que ellos establecieron, como era la absoluta embriaguez, que el activo del robo fuera menor de diez años o el robo de Famélico.

Era el juez quien tenía amplias facultades para imponer la pena, que flucturaba entre muerte, confiscación de bienes, esclavitud, detierro, suspensión de empleo, confinamiento y restitución o reparación del daño.

Por lo que hace a los Zapotecas, sus principales delitos eran: adulterio solo cometido por la mujer casada, que a petición de parte era muerta y sino lo solicitaba el marido, era el Estado quien se encargaba de castigarla con

mutilaciones, y al cómplice de la adúltera sólo se le imponía una fuerte suma como multa y se le obligaba, para el caso de hubieran procreado, a sostener a los hijos nacidos de esa unión; pero lo curioso es que se daba, también, como pena accesoria al ofendido el prohibirle que se volviera a juntar con su mujer hallada en adulterio. Al robo simple se le reprimía con flagelaciones en público contra el autor de la conducta, y el robo agravado le podía ocasionar al autor desde la confiscación de bienes, que se entregaban al ofendido hasta la pena de muerte. Lo que demuestra que no había distinción entre delitos y conductas antisociales era que al joven encontrado ebrio se le confinaba y para el caso de que se le volviese a encontrar en el mismo estado se le flagelaba en público.

El procedimiento del pueblo purépecha para conocer de los delitos e imponer las penas, estaba sumamente ligado a los tribunales religiosos ya que empezaba en el vigésimo día de las fiestas, ehuateconcuaro, en el que el sacerdote interrogaba a los presuntos responsables e inmediatamente determinaba si eran responsables, a quienes sí eran la primera vez que incidían, ya que si era leve su falta sólo se les exponía a la vergüenza pública, amonestándolos; -

pero si el delito había sido de homicidio, adulterio, robo o desobediencia al rey, la pena era la muerte, y una vez -- llevada a cabo, se incineraba al cadáver, que expiaba de -- esa pena la culpa por medio del fuego.

Yendo hacia el sur del actual territorio mexicano hacemos hincapié en la cultura maya, puesto que fue la más -- completa y sobresaliente de aquellos tiempos en esos lugares.

El procedimiento era sumarísimo, puesto que el -- Batab, tomaba conocimiento de los hechos y hacía las investigaciones necesarias para comprobarlos, si a su criterio -- no se acreditaban, absolvía; pero de lo contrario, aplicaban la pena los tuptiles, puesto que no había recurso contra la condena.

Los delitos graves eran el adulterio, el homicidio y el robo, aunque no eran los únicos, y las penas se -- pueden resumir en muerte, esclavitud y resarcimiento del daño.

La evolución histórica y jurídica de los pueblos americanos antiguos se interrumpió de manera tajante al ---

acontecer la invasión de los españoles y a esa interrupción - correspondió un cambio en las concepciones del derecho, ya que a las legislaciones indoamericanas iban a suceder las - importadas por los iberos. Los peninsulares transplantaron a base de fuerza y para cometer ese traslado parece oportuno emplear las palabras de un Maestro Universitario, quien en tono sarcástico aunque también complaciente, por lo menos para la etapa histórica dice: "Con que razón se ha dicho que la colonia fue una espada con una cruz en la empuñadura. Por un lado hirió y mató, por otro evangelizó. La colonia tuvo que legislar en parte con dureza y en parte -- con bondad. Abundaron las leyes tutelares, de efectos negativos... así que la bondad, si bien se piensa, resultó contraproducente. Pero no había otro camino. Las nuevas leyes, al fin y al cabo fueron una especie de filtro por el - que pasó la cultura Europea, Española.

La colonia... es víctima de la falsa apreciación histórica, de los complejos, de los resentimientos, y se -- han lanzado sobre ella perjuicios e incomprensiones, como - si no hubiera sido la figura de la mexicanidad". (1)

(1) Carranca y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México. Editorial Porrúa. 3ª Edición. México - 1986. p. 61.

El influjo de corrientes ideológicas pletóricas - de emociones al revisar los sucesos históricos, puede hacer se perder la objetividad en el análisis y generar la inclinación parcial hacia determinada posición.

Lo cierto es que unos luchaban por adueñarse de - las tierras recién conocidas para ellos y los otros las defendían, tratando de evitar la expropiación forzosa, y por ello perduró durante la colonia, verbigracia en lo manifestado por Chichimecatecutli, cacique de Texcoco, quien dijo: Quienes son éstos que nos deshacen, perturban, viven sobre nosotros y los tenemos a cuestras y nos sojuzgan. ¿Quién - viene aquí a mandarnos y prendernos y sojuzgarnos, que no - es nuestro pariente, ni nuestra sangre y también se nos -- iguala?. Palabras que por ser del nieto de Netzahualcóyotl dejan de ser representativas del sentimiento común de los conquistados.

Pero dejamos a un lado las luchas por vencer y -- por imponer el deseo del ganador, y vemos el marco jurídico concerniente a la pena que se desarrollaba en aquella época que según las palabras que antecedieron, es lo que fraguó - la mexicanidad.

El conjunto jurídico más importante de la época - del dominio español en América fue la Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias, integrada por las disposiciones que se habían dado para regir a la Nueva España, ordenado - originalmente por Felipe II en el año 1570, y que, debido a la renovación constante de la junta encargada del proyecto, entró en vigor en 1680, cuando reinaba Carlos II.

Tal recopilación establecía como penas: la muerte por horca o garrote, corte de mano y clavamiento de éste en la casa del ofendido, azotes confinamiento, entrega del -- deudor para que pagara con su trabajo al acreedor.

Esas leyes contenían grandes innovaciones, sobre todo para aquellos tiempos, incluso aventajaban a las de -- Europa, al establecer cárceles en todos los centros de po-- blación; alojar a los reclusos, sepárandolos según su sexo evitar la prostitución de la mujer reo, ordenar que todas - las cárceles se encontraran limpias y con agua para que pu- diera beberla en sus habitaciones; obligar a que se tratara bien a todos los presos, prohibir que los custodios se sig- vieran de ellos en forma personal, prohibir al personal de las cárceles recibir cualquier clase de gratificación prove- niente de los internos, prohibir despojar a los pobres de -

sus ropas para pagar los gastos de prisión, así como el re- tener al preso por deudas ocasionadas por los gastos de pri sión; el que ya hubiese cumplido con su pena no podía ser - retenido por deudas de gastos de prisión, exhortar a las in dias prostitutas para que regresaran a sus pueblos u obtu-- vieran un trabajo renumerado, etcétera.

Aunque había mucha diferencia en cuanto a la apli cación de penas y al rigor de las mismas entre españoles e indios, el juzgador se remitía a las leyes españolas de ese entonces cuando había laguna en la Ley de Indias, por lo -- que se aplicaban simultáneamente el Fuero Real, las Parti-- das, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de -- Castilla, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la No-- vísima Recopilación.

De igual forma regían en las Colonias las Ordenan zas para la dirección, régimen o gobierno del cuerpo de mi- nería de la Nueva España y de su Tribunal, las que encarga- ban la investigación se enviaba al expediente a la sala de Crímen de la Audiencia para que resolviera sobre la pena a aplicar, pudiendo éste ser tan efectiva como la mutilación de miembros.

No se debe olvidar que en la época Colonial, al igual que en Europa, la Santa Inquisición tenía jurisdicción, por lo que se dieron en el procedimiento inquisitivo, la tortura y la confesión como reina de las pruebas; siendo el judaísmo, la herejía y la apostasía los delitos de mayor comisión y la hoguera la pena más difundida.

En esa época, dió la Colonia a un ser innovador, en el estudio y propósitos del Derecho Penal, Manuel de Larizábal y Uribe, originario de Tlaxcala, con su obra Discurso sobre las penas, constituye el primer proyecto de Código Penal en la historia de Indoamérica, con temor a caer en la exageración se puede decir que fue el creador de la sociología criminal y de la teoría térmica, puesto que señala el influjo de ambos factores en la comisión de determinados delitos, por ello el medio social y la influencia del clima deben tenerse en cuenta al momento de formular las leyes.

Una de sus preocupaciones primordiales fue la prevención del delito, por ello señaló la importancia de dar la debida educación, la que corresponde a su estrato social y que la aplicación de la pena sea infalible para que detenga al que de alguna forma desea delinquir, por eso pu-

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

so de manifiesto la importancia de la moral como freno para la comisión de delitos.

En cuanto a la pena decía, debe de ser de tal forma que no haga peor e incorregible al sujeto que la sufre.

D) ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DE LA PENA EN MEXICO.

Los movimientos de emancipación en la Nueva España, hicieron pocas modificaciones a la forma de aplicar las penas, puesto que continuaron en vigor la mayor parte de -- los procedimientos de los tribunales de la Colonia.

De los años 1810 a 1821, transcurre una época de trascendetales cambio en las formas de vida de la población mexicana, en ese período se hizo frecuente la aplicación de la pena de muerte, tanto a los insurrectos como a los re-- listas imperialistas, la aplicaba al bando que tomara pr-- sineros.

Cuando México fue ya independiente se aplicaron -- las leyes que en materia penal habían regido para la Colo-- nia, aunque existía la tendencia a la derogación y abroga-- ción de tales normas, de manera sumamente paulatina.

Durante la lucha Insurgente, se incrementó el bandolerismo, que por la condición social de los sujetos activos de tales conductas, así como por el resentimiento de -- los mismos, tuvo matiz social, puesto que no eran la mera -- intención de robar o la necesidad de subsistir las motivado ras de tales acciones; se puede decir que había concurren-- cia de intenciones en tales sujetos, ya que su desprecio a la sociedad que los marginaba, himillaba y explotaba, gene-- raba necesidad de emancipación, decisión de lucha y deseo -- de venganza.

Lo anterior aunado a que no había una adecuada -- normatividad, tenía como una de sus consecuencias el que se llegase a juzgar por enésima vez al mismo sujeto y por los mismos hechos, con sendas penas como sentencias dictadas.

Dióse en igual forma el abuso de la aplicación de la pena de muerte después de 1821, conseguida ya la idependencia de los mexicanos respecto del gobierno peninsular.

En ese contexto social, Juan Alvarez convoca el -- 16 de octubre de 1855 al Congreso constituyente, como se ha bía establecido en el Plan de ayutla, modificada la convoca

toria en cuanto a la sede del Congreso, el 17 de febrero de 1857 con la sanción de nuestra primera Constitución Federal, antecedente inmediato de la actual Constitución, ya -- que de la comparación entre ambas se ve que salvo algunas -- variantes y agregados es la misma.

De los participantes en los acalorados e inteli-- gentes debates de aquella asamblea constituyente, cabe men-- cionar a Francisco Zarco, Guillermo Prieto, Moreno, Guzmán e Ignacio Ramírez, representantes de las ideas liberales -- que se preocuparon por reivindicar la dignidad humana de -- aquellos individuos que hubieren cometido algún delito.

La postura de esos liberales fue defendida con só-- lidos argumentos contra toda pena infamante o de extrema -- crueldad, así como contra la de muerte, que se empleaba in-- distintamente.

Aunque, por los avances científicos-jurídicos --- actuales, parecerían reaccionarias las palabras de Zarco, - cuando frente al congreso constituyente dijo: Para que haya penitenciarías no se necesitan magníficos edificios como el de Filadelfia, hasta lograr el separo, el aislamiento de --

los presos. Unidas a la manifestación hecha por Gamboa de que, locales ya existen: Hay mil conventos casi abandonados por falta de religiosas, con todos los tamaños, con todas - las condiciones necesarias para buenas penitenciarías, también se pueden acondicionar los castillos de san Juan de -- Ulúa y Perote, pero el sólo dicho de ellos ante aquel con-- greso constituyente deja entrever el acontecer histórico de aquellos tiempos. Aquellas ideas apoyadas por el movimien-- to social, lograron que se plasmaran en la constitución de 1857 los siguientes artículos.

Artículo 13.- En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales espe-- ciales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley, subsiste el fuero de - guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exac-- ta conexión con la disciplina militar, la ley fijará con -- toda claridad los casos de esta excepción.

Artículo 14.- No se podrá expedir ninguna ley re-- troactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado; sino -- por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente --

aplicadas a él por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

Artículo 15.- Nunca se celebrarán tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país en donde cometieron el delito la condición de esclavos; ni convenios o tratados en virtud de lo que se alteren las garantías y derechos que esta constitución otorga al hombre y al ciudadano.

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito flagrante, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Artículo 17.- Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Esta será gratuita --

quedando en consecuencia abolidas la costas judiciales.

Artículo 18.- sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del -- proceso en que aparezca que el acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquier otra manifestación de di nero.

Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de éste término, constituye responsa--- bles a la autoridad que la ordena o la consiente y a los -- agentes, ministros, alcaides o carceleros que le ejecuten.- Todo mal tratamiento en la aprehensión ó en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben co-- rregir las leyes y castigar severamente las autoridades.

Artículo 20.- En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías:

I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere.

II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición de su juez.

III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos.

V. Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan.

Artículo 21.- La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa solo podrá imponer, como corrección hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclu---

sión, en los casos y modo que expresamente determine la ley.

Artículo 22.- Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales.

Artículo 23.- Para la abolición de la pena de -- muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse a otros casos más que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o -- ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiera la ley.

Artículo 24.- Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia.

Entre tanto y a manera de comentario, se señala - la imprecisión del transcrito artículo 23; ya que la frase "a la mayor brevedad posible" causó problemas en su interpretación en ese entonces, y por faltar "el régimen penitenciario" se continuaba aplicando la pena de muerte, ya que - la abolición de la pena de muerte se condicionó a la creación del régimen penitenciario.

Algunos autores remotan el origen del artículo 18 constitucional (que es el que habla de la pena privativa de libertad) a la "constitución de Cadiz" del año 1812, de -- donde pasó en 1823 al "Reglamento Político Mexicano", para prolongar su existencia en las "Siete Leyes de 1836", y en "Las Bases Orgánicas de la República Mexicana", de 1856; de ahí paso a la Cosntitución de 1857, quedando por fin en la constitución de 1917; pero no se debe olvidar, aunque sea - un período un tanto irregular o molesto, el segundo imperio donde Maximiliano en el artículo 67 de su "Estatuto Provi-- sional del Imperio Mexicano", establece que; En las cárce-- les habrá siempre separación entre los formalmente presos y los simplemente detenidos".

"Vuelto al poder a los mexicanos y ya estando en la presidencia Porfirio Díaz, se reforma el 14 de Mayo de 1901 el artículo 23 de la Constitución de 1857 y en su texto establecía: queda abolida la pena de muerte para los delitos políticos. Quedando casi igual el resto del precepto sin cambios trascendentes, con lo que se suprimió la condición de establecer el régimen penitenciario para poder abolir la pena de muerte.

Para los fines del presente trabajo, no es pertinente transcribir, o interpretar los acontecimientos históricos, de todos ya conocidos, precedentes de la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hace referencia a la de 1917, que si bien es cierto que aportó cambios importantes, también es cierto que, en lo fundamental, sigue siendo la misma de 1857.

El artículo 18 de la Constitución presentado por Venustiano Carranza ante los constituyentes, establecía:

Sólo habrá lugar a prisión delitos que merezca - pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El - lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y es

tará completamente separado del que se destinare para la -- extensión de las penas.

Toda pena de más de dos años de prisión se hará - efectiva en colonias penales o presidios que dependerán directamente del gobierno federal, y que estarán fuera de las poblaciones, debiendo pagar el Estado a la Federación los - gastos que correspondan por el número de reos que tuvieran en dichos establecimientos.

El congreso constituyente reunido en Querétaro re tomó parte del proyecto presentado por Carranza, en cuanto beneficiaba a los ideales político-sociales prevalecientes, agregándole la intención de que la prisión regenere al reo a través del trabajo. Quedando aprobado el texto de la siguiente manera.

Los gobiernos de la Federación y de los Estados - organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal-colonias, penitenciarias o presidios, sobre la base del trabajo como medio de regeneración.

Es hasta el 23 de febrero de 1965 cuando el enton ces Presidente Constitucional Gustavo Díaz Ordaz, perfiló -

la línea a seguir para la obtención de la meta deseada, al establecer la reforma y adición al artículo que se comenta, cuyo texto dice:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. el sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medio para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezca las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos de orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores. La legislación que promulgó el presidente Díaz Ordaz cambió el concepto de regeneración por el de Readaptación.

El 4 de febrero de 1977, se adicionó el artículo 18 Constitucional el quinto párrafo, que conforme a lo publicado en el Diario Oficial de la Federación, quedó:

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los Gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Por ellos se establece en rango constitucional - la repatriación, empleando las palabras de García Ramírez, - de nuestros compatriotas sentenciados penalmente en país ex tranjero pudiendo así compurgar sus condenas en su país de origen.

C A P I T U L O I V

LAS PECULIARIDADES DE APLICACION DE LA PENA POR LA COMISION DEL PECULADO EN MEXICO.

Como ya fue señalado oportunamente el delito de -
peculado es un ilícito ya muy antiguo, toda vez que desde -
la época de los romanos existe el mismo, en nuestro País el
incremento desmesurado en este especial delito, va de la ma
no con la corrupción integral que vivimos y padecemos de al
guna forma todos cuantos habitamos el territorio nacional.

El peculado, junto con el cohecho y la concusión
conforma un bloque de ilícitos que generan la denominada co
rrupción, la cual es tanta que ha dado lugar a frases del -
ingenio popular como "la corrupción somos todos" y el llama-
do "Año de Hidalgo" en el cual todo aquel político encumbra
do que no obtenga beneficio económico en su cargo, será in-
cluido en un grupo de funcionarios insultados por haber de-
jado "algo" y no habérselo llevado todo, en el último año
de Gobierno Federal.

En nuestro País hemos observado que el desvío de fondos destinados para obras públicas en beneficio del funcionario que debió haberlos utilizado para determinado fin, es una práctica común y el delito es cometido desde empleado de menor rango que dispone para su beneficio personal de una parte del dinero que recibió por concepto de viáticos, hasta el Presidente de la República en su oportunidad.

La razón fundamental que nos motivó a elaborar esta tesis, fue la peculiaridad del peculado en cuanto a la aplicación de la pena en México, se debe a que solo se sanciona a determinados servidores públicos y no a todos cuantos cometen el delito referido.

El día 1º de Septiembre de 1982, el Lic. José -- López Portillo nacionalizó la Banca y el 2 de Septiembre de 1982 recibió un apoyo multitudinario, lo que generó que a finales de noviembre del mismo año, todos los empleados y funcionarios públicos "voluntariamente y espontáneamente", donaran un día de salario para el pago de una parte de la deuda externa, no obstante pensamos que con el dinero recibido por José López Portillo este cometió un peculado, lógico, no castigado.

El 19 y 20 de Septiembre de 1985, nuestra Ciudad de México sufrió un par de sismos que la destruyeron de manera importante a la llamada Ciudad de los Palacios y el mundo entero se volcó en ayuda para los miles de damnificados, con comida, utensilios y un sinfín de bienes que en su gran mayoría no llegaron a quienes estaban designados, cometiéndose un gigantesco peculado en el cual intervinieron muchos incluido obviamente el Lic. Miguel de la Madrid Hurtado.

Desde que se inició el Programa Nacional de Solidaridad en el presente sexenio 1988-1994, ya se han presentado indicios de corrupción vía peculado, en el próximo régimen 1994-2000 sabremos si el actual Primer Mandatario cometió peculado.

Lo que por nuestra parte consideramos, es que el tratamiento jurídico en cuanto a la sanción del peculado en México, se ha observado como una cuestión de venganza personal del Presidente en turno hacia personajes públicos determinados.

Por ejemplo José López Portillo encarceló a Eugenio Méndez Docurro quien fungió como Secretario de Comunicaciones y Transportes en el sexenio 1970-1976 por peculado, - en virtud de haber tenido rencillas entre sí cuando ambos - eran funcionarios públicos en el Gobierno de Luis Echeverría Alvarez.

Miguel De la Madrid Hurtado, gris personaje de -- nuestra baraja política alcanzó notoriedad al inicio de su régimen, encarcelando al Ingeniero Jorge Díaz Serrano por peculado, cuando los enterados afirmaban que en realidad -- fue una venganza de tipo político ya que Díaz Serrano tuvo notable relación con José López Portillo, por lo que fue rival político de De la Madrid y esa fue la razón del encarcamiento de Díaz Serrano.

En cambio Arturo Durazo Moreno, ejemplo de corrupción integral que cometió peculado, cohecho, concusión y muchos otros delitos fue encarcelado por diversos ilícitos, - menos peculado, de manera tal que ya salió de la cárcel sin problema jurídico alguno y a Díaz Serrano a veces tratan de - inmiscuirlo en su situación jurídica delictuosa aparentemente resuelta.

En el actual régimen del Lic. Carlos Salinas de Gortari, también se han observado aspectos de espectacularidad inicial y en enero de 1989, haciendo gala de prepotencia se introdujeron cientos de personas entre policías judiciales y miembros del ejército, al hogar de Joaquín Hernández Galicia "La Quina" fabricándole diversos ilícitos -- muy diferentes a los que en realidad cometió en su dilatada carrera sindical, todo porque en 1984 siendo Salinas de Gortari Secretario de programación y Presupuesto tuvo enfrentamientos con "La Quina" por algunas cuestiones poco claras respecto a la explotación de desechos petrolíferos que desde hacía décadas explotaba el Sindicato Petrolero, concluyéndose entonces que también el encarcelamiento de Joaquín Hernández fue venganza personal.

Por lo antes expuesto, consideramos que la aplicación de la pena en el delito de peculado en México se debe fundamentalmente al criterio único y vital del Presidente de la República en turno y no a una cuestión plenamente jurídica, ya que hay tantos que al amparo del poder público han hecho fortuna, que el pueblo ha determinado que si en México se encarcelara a todo aquel funcionario o servidor público corrupto; no habría quien cerrara la puerta.

B I B L I O G R A F I A

BERNALDO QUIROZ, CONSTANCIO, ALREDEDOR DEL DELITO Y DE LA PENA. MADRID, ESPAÑA. EDITORIAL VIUDA DE RODRIGUEZ. 1904. - 1ª EDICION.

CARRANCA Y TRUJILLO , RAUL. CARRANCA Y RIVAS, RAUL. CODIGO PENAL ANOTADO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1993. 17ª EDICION.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. MEXICO - 1991. 17ª EDICION.

CARRANCA Y RIVAS, RAUL. DERECHO PENITENCIARIO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1986. 3ª EDICION.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. MEXICO. EDITORIAL PORRUA, S.A. 1991. 30ª EDICION.

DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL. TOMO II. EDITORIAL PORRUA. MEXICO, 1986.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO DE LA LENGUA CASTELLANA EDITORIAL SOPENA ARGENTINA. S.A.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. EDITORIAL UNAM, TOMO VI. MEXICO, 1985.

FERNANDEZ DOBLADO, LUIS. EL DELITO DE PECULADO CRIMINALIA.
MAYO, 1959. EDICIONES BOTAS. MEXICO.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS. LA LEY PENAL. EDITORIAL SUDAMERICANA
BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1978.

MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. MEXI-
CO. EDITORIAL TRILLAS, 1990. 2ª EDICION.

MOMMSEN TEODORO. DERECHO PENAL ROMANO. EDITORA NACIONAL. ME
XICO, 1960.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. BREVE ENSAYO SOBRE LA TENTATI
VA. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1982. 3ª EDICION.

PORTE PETIT, CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL -
DE DERECHO PENAL. MEXICO. EDITORIAL PORRUA. S.A. 1983. 8ª -
EDICION.

SOLER SEBASTIAN. DERECHO PENAL ARGENTINO. EDITORIAL LOSADA.
BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1956.

VELA TREVIÑO, SERGIO. ANTIJURICIDAD Y JUSTIFICACION. MEXICO
EDITORIAL TRILLAS. 1986. 2ª EDICION.

L E G I S L A C I O N

CONSTITUCION POLITICA DE 1857.

CONSTITUCION POLITICA DE 1917.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.