



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ESTUDIO DOGMATICO DEL TIPO PENAL DE
OTORGAMIENTO, REALIZACION O CONTRATACION
INDEBIDA DE OBRA PUBLICA (INCISO D), FRACCION I DEL
ARTICULO 217 DEL CODIGO PENAL FEDERAL)"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ALMA LOPEZ LOPEZ



DIRECTOR DEL SEMINARIO: LIC. JOSE PABLO PATIÑO Y SOUZA

ASESOR DE TESIS: LIC. CARLOS VIDAL RIVEROLL

MEXICO, D. F.

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA





UNIVERSIDAD NACIONAL
AVINUMMA DE
MEZICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/113/SP/05/04
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna **LOPEZ LOPEZ ALMA** ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. **CARLOS VIDAL RIVEROLL**, la tesis profesional titulada **"ESTUDIO DOGMATICO DEL TIPO PENAL DE OTORGAMIENTO, REALIZACIÓN O CONTRATACIÓN INDEBIDA DE OBRA PUBLICA (INCISO D) , FRACCION I DEL ARTICULO 217 DEL CODIGO PENAL FEDERAL)"**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **LIC. CARLOS VIDAL RIVEROLL**, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"ESTUDIO DOGMATICO DEL TIPO PENAL DE OTORGAMIENTO, REALIZACIÓN O CONTRATACION INDEBIDA DE OBRA PUBLICA (INCISO D), FRACCION I DEL ARTICULO 217 DEL CODIGO PENAL FEDERAL)"**, puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **LOPEZ LOPEZ ALMA**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F. a 21 de mayo de 2004.

LIC. JOSE PABLO RATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

A MI MADRE COMO RECONOCIMIENTO DE SU AMOR, SACRIFICIO Y ESFUERZO INFINITO.

A LA MEMORIA DE MI PADRE, POR DARMELA OPORTUNIDAD DE VIVIR

A CESAR ALBERTO, POR SU INVALUBLE APOYO, INCONDICIONAL COMPAÑÍA, TOTAL ENTREGA, EJEMPLO DE SUPERACION E INMENSO AMOR.

A MIS TIOS MARCELINO Y JUANITA, POR BRINDARME SU CARIÑO Y PACIENCIA.

A MIS ABUELOS POR SUS CUIDADOS Y PROTECCION.

A MIS TIOS ALICIA, ALBINO Y OLGA POR ESTAR SIEMPRE A MI LADO.

A MIS PRIMOS ALBERTO, RICARDO Y LETICIA POR SER COMO MIS HERMANOS Y CONTAR SIEMPRE CON SU APOYO Y MOTIVACION.

A ANGEL, ALEJANDRA, CARLOS, ALDAIR, FERNANDO, DANIEL, ADRIAN, CARLITOS, SERGIO, DIANA, DAVID, GEOVANI, FRIDA, ALEJANDRO, ALEXANDRA, ALONDRA Y LIZZETE, POR SER MÍ ESTIMULO PARA SER UN MEJOR SER HUMANO CADA DÍA.

A DIOS, POR PERMITIRME VIVIR.

A MI ALMA MATER Y FACULTAD DE DERECHO, POR ENSEÑARME EL CAMINO DEL CONOCIMIENTO.

AL LIC. CARLOS AUGUSTO VIDAL RIVEROLL, LIC. MARIA EDITH RAMIREZ DIAZ DE VIDAL RIVEROLL Y LIC. IGNACIO CESAR FUENTES RUBIO, POR CONFIAR Y CREER EN MI.

A LIC. ALEJANDRO RIOS PUENTE POR BRINDARME SU APOYO Y COMPARTIR SUS CONOCIMIENTOS.

A MIS AMIGOS ADRIANA, MIREYA, ALEJANDRO, FERNANDO, ROCIO, JULIO CESAR, ULISES, JUANITA, LUPITA, SOFIA, MARCO ANTONIO, LAURA, ELI Y HECTOR,

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
---------------------	----------

CAPÍTULO I

EL ACTUAR DE LOS FUNCIONARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A. El Servidor Público.

1. Origen en la Legislación	4
2. Concepto	24
3. Clasificación	31
4. Régimen Legal	38
4.1. Civil	49
4.2. Laboral	52
4.3. Política	56
4.4. Administrativa	61
4.5. Penal	67

B. Los Contratos Administrativos

1. Concepto	74
2. Tipos de Actos	76
2.1 La Obra Pública	
2.1.1. Concepto	78
2.1.2. Principio Constitucional	81
2.1.3. Ley reglamentaria	84
2.1.4. Reformas	86

C. Antecedentes

1. Reformas al Título IV Constitucional	98
2. Reformas al Código Penal	109

CAPÍTULO II LA CONDUCTA

A. Consideraciones Previas	115
B. La Conducta	
1. Concepto	120
1.1. La conducta o el hecho	121
1.1.1. La acción	122
1.1.2. La omisión	123
1.2. El Hecho	126
C. Clasificación del Delito	129
1. En orden a la conducta	130
1.1. De acción	130
1.2. De omisión	131
1.3. De omisión mediante acción	132
1.4. Mixtos: de acción y de omisión	132
1.5. Sin conducta	133
1.6. De omisión de resultado	133
1.7. Doblemente omisivos	134
1.8. Unisubsistentes o plurisubsistentes	135
1.9. Habituales	135
2. En orden al resultado	136
2.1. Instantáneo	137
2.2. Instantáneo con efectos permanentes	138
2.3. Permanente	138
2.4. Necesariamente permanente	139
2.5. Eventualmente permanente	139
2.6. Alternativamente permanente	140

2.7.	De simple conducta o formal y de resultado material	140
2.8.	De daño o de peligro	141
D.	Ausencia de Conducta	141
1.	Vis Absoluta o Fuerza Física Exterior Irresistible	143
2.	Vis Mayor o Fuerza Física Exterior Irresistible Natural	144
3.	Los Movimientos Reflejos	145
4.	El Sueño	146
5.	El Sonambulismo	146
6.	El Hipnotismo	147

CAPÍTULO III

EL TIPO PENAL

A.	El Tipo	
1.	Concepto	149
B.	Elementos del Tipo	151
1.	Elementos Objetivos	154
1.1	Sujeto Activo	155
1.2	Sujeto Pasivo	158
1.3	Objeto Jurídicamente Tutelado	160
1.4	Objeto Material	161
1.5	Modalidades de la Conducta	164
2.	Elementos Normativos	165
2.1.	Servidor Público	166
2.2.	Indebido	175
2.3.	Otorgar	177

2.4. Realizar	179
2.5. Contratar	180
2.6. Obra Pública	186
3. Elementos Subjetivos	188
C. Clasificación del Delito en Orden al Tipo	189
1. Simple o básico, autónomo o independiente y fundamental	190
2. Especial	191
3. Complementado, circunstanciado o subordinado	192
4. Cerrado y abierto o en blanco	192
5. Normal y anormal	194
6. De formulación libre y casuísticamente formado	195
7. De daño o lesión y tipos de peligro	196
D. La Tipicidad	197
E. La Atipicidad	198
1. Hipótesis de Atipicidad	199
F. La Antijuridicidad	201
G. Causas de Justificación	203
1. Defensa Legítima	204
2. Estado de Necesidad	205
3. Cumplimiento de un Deber	207
4. Ejercicio de un Derecho	208
5. Impedimento Legítimo	209
6. Obediencia Jerárquica	209
7. Consentimiento del interesado	210

CAPÍTULO IV
LA IMPUTABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD

A. La Imputabilidad	213
1. El Doble Aspecto	214
2. Acciones Libres en su Causa	216
B. La Inimputabilidad	218
1. Trastorno Mental o Desarrollo Intelectual Retardado	220
2. Minoría de edad	222
3. Sordomudez	224
C. La Culpabilidad	226
1. El Dolo	230
2. La Culpa	233
D. La Inculpabilidad	239
1. Hipótesis de Inculpabilidad	241
1.1. Error	241
1.2. No Exigibilidad de otra Conducta	247

CAPÍTULO V
CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD, LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS
ABSOLUTORIAS

A. Condiciones Objetivas de Punibilidad	250
B. La Punibilidad y Excusas Absolutorias	
1. La Punibilidad	252
2. Excusas Absolutorias	270

CAPÍTULO VI

ITER CRIMINIS, TENTATIVA, PARTICIPACIÓN Y CONCURSO DE DELITOS

A. Iter Criminis	272
1. Fase Interna	272
2. Fase Externa	274
B. Tentativa	275
1. Tentativa Punible	278
2. Tentativa No Punible	279
C. Participación	283
D. Concurso de Delitos	289
1. Concurso Ideal o Formal	289
2. Concurso Real o Material	291
CONCLUSIONES	297
PROPUESTA DE REFORMA Y ADICIÓN AL ARTÍCULO 217 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL	304
BIBLIOGRAFÍA	312
LEGISLACIÓN CONSULTADA	321

INTRODUCCIÓN

Con motivo de las reformas que sufrió el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, de fecha 5 de enero de 1983, se incorporaron a su Título Décimo, "Delitos Cometidos por Servidores Públicos", otra gama importante de figuras delictivas, entre las cuales destaca la denominada de "**Uso Indevido de Atribuciones y Facultades**", tipo penal que se ubica en el artículo 217 de dicho ordenamiento y que a lo largo de sus tres fracciones e incisos, establece todo un catálogo de posibilidades en que se puede presentar ese delito, sin embargo en el presente estudio, sólo se abordará el estudio de algunas hipótesis delictivas previstas en la fracción I, inciso d), referente al servidor público que indebidamente otorgue, realice o contrate obra pública.

El legislador dio el carácter penal a ciertas conductas que derivadas del ámbito administrativo transgredieran, además de la normatividad interna, disposiciones jurídicas de orden público e interés social con el conocimiento de que éstas pudieran lesionar los intereses del Estado. Así se tiene que para normar la función de los servidores públicos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 134 establece en materia de manejo de recursos federales el que éstos se administren con eficiencia, eficacia y honradez; asimismo, tratándose de adquisiciones, obra pública, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, la obligación de asegurarle las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes en los actos jurídicos en que intervengan en representación del Estado. El mismo, artículo señala que su incumplimiento será causa de responsabilidad en los términos del Título Cuarto de la Constitución esto es, civil, penal, política y administrativa, las cuales se desarrollarán autónomamente.

Bajo esa panorámica, se efectuarán el análisis de las hipótesis delictivas anteriormente apuntadas, previstas en el inciso d) de la fracción I del numeral 217 del actual Código Penal Federal, todo ello, desde luego, encaminado a determinar y resaltar la importancia que reviste el que en un Estado de Derecho se regule el desempeño de la función encomendada al servidor público en la Administración Pública Federal Centralizada y Paraestatal, a fin de salvaguardar en todo momento el patrimonio y los intereses del Estado y la Sociedad Mexicana.

En tal sentido, primeramente se abordará al inicio del presente trabajo monográfico, los aspectos generales relativos al origen y concepto de la figura del servidor público, asimismo, los actos jurídicos que éste puede celebrar en representación del Estado, destacándose la contratación de obra pública, en beneficio de la Sociedad y del propio Estado. De igual forma, se expondrán los motivos que llevaron al legislador a considerar como delitos ciertas conductas que además de poderse ubicar en el ámbito administrativo, caen en la esfera del Derecho punitivo, por transgredir de una manera intencional disposiciones de orden público e interés social.

Así también, se efectuará el estudio dogmático de la hipótesis delictiva que nos ocupa (Art. 217 fracción I, inciso d), del actual Código Penal Federal, referente al servidor público que indebidamente otorgue, realice o contrate obra pública) analizando los aspectos positivos y negativos que puede revestir, así como las formas en que puede presentarse dicha figura ilícita (capítulo segundo a sexto), estudiándose de manera pormenorizada los elementos que integran el tipo penal de otorgamiento, realización o contratación indebida de obra pública. Lo anterior, a efecto de determinarse cuando se está en presencia de una conducta que pueda ser reprochada penalmente, con independencia de la responsabilidad administrativa a que pudiera dar lugar.

En la práctica, se ha percibido que tanto para la autoridad ministerial, como judicial, resulta un tanto complejo distinguir las cuestiones de índole administrativo de lo penal, incluso se ha llegado a estimar que el legislador se excedió al establecer como delitos, ciertas conductas en las que muchas veces se cometen por impericia o imprudencia del servidor público, sin embargo, cuando ese actuar indebido se robustece con elementos probatorios suficientes que demuestren la intención del agente del delito de lesionar los intereses o el patrimonio del Estado, el reproche penal encuentra su fundamento.

Respecto de esto último, se destaca la importancia que reviste la imposición de sanciones punitivas para dichas conductas, que abaten los altos índices de corrupción que actualmente imperan en nuestro país, específicamente en la Administración Pública Federal, pues día con día van en aumento los casos de delitos en que se ven inmiscuidos servidores públicos que utilizan su empleo, cargo o comisión para obtener beneficios personales. Sanciones que serán fijadas dependiendo del monto de las operaciones indebidas que se hayan realizado.

Finalmente, se espera que el presente trabajo realizado pueda proporcionar un panorama general de todas las circunstancias que deban ser tomadas en consideración al momento de que se valoren y estudien ciertas conductas irregulares cometidas por servidores públicos, a efecto de contarse con una guía tendente a determinar si esos actos pueden ser objeto de análisis desde el punto de vista del Derecho Punitivo y sometidos al consecuente juicio de reproche, o bien, si únicamente deban ser tratadas en el ámbito del Derecho Administrativo.

CAPÍTULO I

EL ACTUAR DE LOS FUNCIONARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

El Estado para poder cumplir con sus fines y funciones, necesariamente debe realizar sus actividades a través de las personas que conforme a la Ley se denominan servidores públicos, quienes realizan a su nombre y representación diversos actos materiales y jurídicos, en virtud de las atribuciones que las leyes respectivas les otorgan.

Como se aprecia, el papel que desempeña el servidor público dentro de la maquinaria administrativa es de suma importancia, y en ese sentido, en el presente capítulo se relatará el origen de mismos, su concepto, como se clasifican y el régimen legal que norma su actuar en el derecho positivo mexicano, conforme se expone a continuación:

A. El Servidor Público

1. Origen en la Legislación.

Desde tiempos muy remotos, la adquisición de bienes y servicios a cargo del Estado, ha recaído en el elemento humano que actualmente se denomina servidor público, cuya participación en la mayoría de los casos resultó fundamental para que los poblados se convirtieran en gobiernos poderosos, sin embargo, dicha actividad desde sus inicios, precisaba estar regulada en cuanto a sus derechos y obligaciones.

Lo anterior, a efecto de delimitar su conducta hacia los gobernados, evitándose de esta manera un abuso desmedido de las facultades que les fueran conferidas.

A este respecto, comenta Rafael I. Martínez Morales, comenta lo siguiente:

"En virtud de los enormes recursos económicos que han poseído las sociedades políticas de todos los tiempos, así como por el poder con que han contado, ha existido una tendencia en algunos servidores públicos de cualquier época a utilizar en su beneficio particular, esos recursos y ese poder." ¹

En efecto, para limitar el poder, los diferentes gobiernos han creado mecanismos jurídicos tendentes a asegurar a los gobernados que las personas al servicio del Estado tengan cierto margen de actuación y que de rebasarlo se hacen acreedores a sanciones de carácter administrativo, civil, político y penal, tal y como lo dispone nuestra Constitución Política en su numeral 109.

Bajo esa tesitura, los servidores públicos serán responsables de sus actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones, a fin de garantizar al Estado el cumplimiento de los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben privar en el servicio público.

¹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. "Derecho Burocrático Diccionarios Jurídicos Temáticos, Vol. 5", Editorial Harla, México, 1998, p. 74.

Ahora bien, dicha figura del servidor público y la regulación de se actuar, encuentran antecedentes en Egipto en la época de Ramsés, en donde se sabe existió un Manual de Jerarquía que delimitaba las actividades de los súbditos del faraón y establecía la forma en que éstos debían conducirse.

Para el caso de la antigua China (500 a.C.), se elaboró un Manual de Organización y Gobierno que regía las funciones encomendadas a cada una de las instituciones creadas para el servicio de la comunidad y la forma en que éstas tendrían que desarrollarse.

Otro ejemplo de lo apuntado es Roma y Grecia, ciudades tan importantes para el derecho, en donde se observaron estructuras administrativas y personas al frente de ellas, estimando que sin su actuación, esas metrópolis no hubieran llegado a ser los imperios que hasta nuestros tiempos se conocen.

Por lo que respecta a nuestros orígenes, tenemos que la cultura mexicana obtuvo logros importantes en la formulación de normas jurídicas relativas a la organización estatal, sustentada en las actividades que realizaban en su beneficio un gran número y variedad de empleados públicos.²

Existió la figura del Huey Tlatoani o Gran Rey, que encabezó el aparato burocrático, siguiéndole en importancia el Cihuacóatl, quien desarrollaba funciones de carácter hacendarias, jurídicas y culturales; quien al igual que el Tlatoani se hacía ayudar por consejos de gobierno que realizaban actos en materia administrativa, jurídica, militar y religiosa.³

² Cfr. El Colegio de México. "Historia General de México, Tomo I", Ed. COLMEX, 3ra. ed., México, 1981, p. 154.

³ *Ibidem*. p. 205 en adelante.

Así también en auxilio del Rey, se conformaron tres consejos, con funciones precisas, a saber:

- El Permanente, integrado por cuatro miembros, con quienes se acordaban asuntos de trascendental importancia.
- El de Justicia, compuesto por jueces y funcionarios que atendían las necesidades del orden judicial.
- El de Guerra, órgano de gran importancia que contribuyó a la creación del imperio mexica.

Los dirigentes mexicas exigían a todos sus funcionarios desde el nivel más bajo, hasta el más alto, honestidad y absoluta responsabilidad en el desempeño de sus labores, plegando su conducta en todo momento a las obligaciones jurídicas y morales impuestas.

Por ello se puede considerar que el marco regulador de la conducta de los funcionarios mexicas era sumamente rígido y se aplicaba sin excepción alguna, previendo sanciones como:

- La destitución y el trasquilamiento para el caso de que los jueces o magistrados aceptaran dádivas con el fin de apartarse de la aplicación estricta de la ley; en caso de que la infracción fuera grave, se les sancionaba con la muerte por degolladura.

Sobre el particular, es sumamente ilustrativo, Alfredo Chavero, al describir en su obra México a través de los siglos que:

"...Los jueces administraban justicia rectamente, y si no cumplían con sus deberes, como por ejemplo el embriagarse o el cohecho, si no era grave el caso, los amonestaban sus compañeros, y si reincidían se les privaba del cargo, y si cometían una gran injusticia, el Rey mandaba matarlos." ⁴

- La prisión y muerte, si los llamados calpiexque, encargados de la administración fiscal o de la recaudación de tributos a favor del gobierno, incurrieran en malos manejos en la recaudación de los tributos, extendiéndose el castigo a su mujer e hijos con el despojo de su casa.⁵
- La decapitación, cuando los guerreros se indisciplinaban, desertaban, insubordinaban o acobardaban.
- El destierro o pena de muerte para los sacerdotes que violaban su voto de castidad.

Estos ejemplos, sólo eran algunas de las sanciones aplicables, sin embargo, refiere Floris Margadant, que:

"Otras penas eran la caída en la esclavitud, la mutilación, el destierro definitivo o temporal, la pérdida de ciertos empleos, destrucción de su casa o encarcelamiento en prisiones, que en realidad eran lugares de lenta y miserable eliminación. Penas más ligeras, a primera vista, pero considerada por los aztecas como implicando una insoportable ignominia, eran las de cortar o chamuscar el pelo." ⁶

⁴ CHAVERO, Alfredo. "México a través de los siglos, Tomo I", Ed. Cumbre, México, 1958, p. 655.

⁵ *Ibidem*. CHAVERO, Alfredo, p. 633

⁶ FLORIS MARGADANT, Guillermo. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano", Textos Universitarios, México, 1991, p. 26.

El proceso para arribar a la imposición de estos castigos, era de carácter oral, registrándose en algunas ocasiones en jeroglíficos, así como las principales sentencias en pictografía, para luego conservarlas en archivos oficiales.⁷

La rigidez de las sanciones que se imponían a los funcionarios mexicas, fueron resultado de la necesidad de contar con empleados públicos sabios, honrados, responsables y eficaces en el ejercicio de sus funciones públicas.

Con la conquista de nuestro territorio, por parte de la Corona Española, la ahora denominada Nueva España, requería de instituciones y funcionarios que vigilaran a los indígenas, a efecto de salvaguardar los intereses de la Monarquía Española, encontrando así, ordenamientos que regían la conducta de esos servidores públicos.

Los reyes españoles depositaron el poder público en un virrey, provisto de una potestad casi ilimitada, gozando dicho funcionario de facultades múltiples, tales como la de nombrar a sus subordinados, éstos últimos, en ejercicio de sus tareas frecuentemente cometían abusos.⁸

Entre los empleados al servicio del virrey, se encontraban los oidores, consejeros, intendentes, corregidores, alcaldes mayores y ordinarios, regidores, fiscales, protectores de indios, alcaldes del crimen, oficiales de la Real Hacienda, etc.

⁷ Ibidem. p. 28

⁸ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. Ob. Cit. p. 25.

Comenta Rafael I. Martínez, que debido a los abusos cometidos y la corruptela de los empleados públicos, resultó necesario para la Corona Española implementar mecanismos que garantizaran el debido ejercicio del servicio público como lo fue el Juicio de Residencia, pues en caso contrario debía de ser perseguido y sancionado por actuar de manera ilícita. Así también se elaboraron normas que protegieran a los indígenas, siendo el ejemplo las Leyes de Indias.⁹

Otro de los medios empleados para tener un mejor control sobre los funcionarios y que estos cumplieran con sus deberes y obligaciones para los que habían sido nombrados, consistió en las visitas.

Las visitas, consistieron en inspeccionar las labores de los gobernantes, funcionarios y organismos coloniales relacionados con la administración pública. Dicha revisión era ordenada cuando existía sospecha o denuncia de una mala administración, llevándola a cabo un juez denominado visitador.¹⁰

El visitador recogía los testimonios relativos al caso, practicaba los interrogatorios que consideraba necesarios, los cuales se llevaban a cabo sin la presencia del funcionario investigado, hecho lo anterior, se analizaba toda la documentación y corría a cargo del Consejo de Indias o del Virrey emitir el fallo, determinando si se había o no cometido un delito grave en contra del bienestar público, de encontrársele culpable se le imponía, según procediera: la amonestación, represión en público, multa, suspensión del empleo o del sueldo, etc.

⁹ Cfr. MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Ob. Cit. p. 25

¹⁰ Cfr. HERRERA PÉREZ, Agustín. "Las Responsabilidades de los Servidores Públicos", Ed. Carsa, México, 1991, p. 41.

Por lo que respecta al Juicio de Residencia, éste tenía como finalidad procurar que las disposiciones de la Corona Española, de índole legal, administrativa o política fueran debidamente cumplidas.

El juicio daba oportunidad a que los habitantes pudieran hacer oír su voz cuando el funcionario cesaba en el cargo o se cambiaba de puesto, así también sobre aquellos que ejercían cargos vitalicios y ninguna otra persona podía ocupar ese empleo, sino antes se había presentado juicio de residencia, donde el Tribunal hacía entrega de un certificado del Consejo de Indias o de la Audiencia, mediante el cual se absolvía o se le declaraba culpable, de ahí que si el funcionario había procedido con honestidad, este juicio significaba un motivo, incluso de halago, como se señala en alguna de las Leyes de Indias.

Luego entonces, se observa que el actuar de los funcionarios debía acatarse a la norma que en ese tiempo imperaba, para evitar la corrupción y lograr una mayor honradez en el desempeño de sus funciones públicas, pero no siempre fue efectivo, ya que los altos funcionarios con conexiones sociales y familiares allegadas al Virrey, casi siempre eran dispensados, originando que el juicio perdiera confianza entre los habitantes de la Nueva España.

Este medio de control, fue incluido en la Constitución de Cádiz de 1812, dentro del Título V denominado "De los Tribunales y de la Administración de Justicia en los Civil y en lo Criminal", Capítulo I "De los Tribunales", artículo 261.¹¹

Bajo el amparo de las ideas de independencia y libertad, el 16 de septiembre de 1810, nuestro país proclamó la Constitución Política de la

¹¹ *Ibidem.* p. 72.

República Mexicana, misma que fue consumada hasta el 27 de septiembre de 1821. En este documento, se concibió la figura del funcionario público, actualmente denominada servidor público y los principios reguladores del debido cumplimiento de la función pública, incluyéndose así el Título IV denominado "De la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos", sancionando a los servidores públicos por los delitos que cometieran durante el tiempo de su encargo o por las faltas u omisiones en que incurrieran en el ejercicio de éste, así como el procedimiento a seguir para la aplicación de las sanciones y las autoridades competentes para aplicarlas, como a continuación se transcribe:

"TÍTULO IV

De la responsabilidad de los funcionarios públicos

Art. 103. *Los diputados al Congreso de la Unión, los individuos de la Suprema Corte de Justicia y los Secretarios del Despacho, son responsables por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas ú omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo encargo. Los gobernadores de los Estados lo son igualmente por infracción de la Constitución y leyes federales. Lo es también el Presidente de la República; pero durante el tiempo de su encargo solo podrá ser acusado por los delitos de traición á la patria, violación expresa de la Constitución, ataque á la libertad electoral y delitos graves del orden común.*

Art. 104. *Si el delito fue común, el Congreso erigido en un gran jurado declarará, á mayoría absoluta de votos, si ha ó no lugar á proceder contra el acusado. En caso negativo no habrá lugar á ningún procedimiento ulterior. En el afirmativo,*

el acusado queda por el mismo hecho, separado de su cargo y sujeto á la acción de los tribunales comunes.

Art. 105. *De los delitos oficiales conocerán: el Congreso como jurado de votos, si el acusado es ó no culpable. Si la declaración fuere absolutoria, el funcionario continuará en el ejercicio de su encargo. Si fuere condenatoria, quedará inmediatamente separado de dicho cargo y será puesto a disposición de la Suprema Corte de Justicia. Esta, en tribunal pleno y erigida en jurado de sentencia, con audiencia del reo, del fiscal y del acusador, si lo hubiere, procederá á aplicar á mayoría absoluta de votos la pena que la ley designe.*

Art. 106. *Pronunciada una sentencia de responsabilidad por delitos oficiales, no puede concederse al reo la gracia de indulto.*

Art.107. *La responsabilidad por delitos y faltas oficiales solo podrá ecsigirse durante el periodo en que el funcionario ejerza su encargo y un año después.*

Art. 108. *En las demandas del órden civil no hay fuero, ni inmunidad para ningún funcionario público.”¹²*

En esta Constitución, encontramos que fue fundamental para la organización y funcionamiento del nuevo Estado, el vigilar y en su caso sancionar a los funcionarios que faltaban a su encargo.

¹²TENA RAMÍREZ, Felipe. "Leyes Fundamentales de México 1808-1957", Editorial Porrúa, México, 1999, p. 624 - 625.

Nótese que en dicha Constitución se hablaba de la denominación funcionario público, misma que posteriormente se consideró indebida para dar paso al actual carácter de servidores públicos a las personas que prestan sus servicios al gobierno federal o bien local, como se expondrá más adelante.

Con la llegada al poder de Antonio de Santa Anna, en el año de 1823 se expidió el Plan de Casa Mata, el cual tenía por objeto, la integración de un nuevo Congreso Constituyente, órgano que en 1824 aprobó la Constitución Federal Mexicana.

En dicho instrumento, se plasmó la preocupación del Gobierno, por el que los cargos públicos fueran desempeñados con la máxima diligencia, así las cosas, se encomendó a la Cámara de Senadores y Diputados velar por dicho fin, constituyéndola como Gran Jurado para conocer de las acusaciones formuladas contra el Presidente de la Federación para el caso de delitos como traición a la Independencia Nacional, cohecho, soborno y por impedir o entorpecer las elecciones y funciones de la Cámara; así también estableció la responsabilidad de los Secretarios de Despacho y los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia cuando incurrieran en conductas ilícitas.¹³

La Constitución de 1824, sólo estuvo en vigor hasta el año de 1835, siendo derogada por "Las Siete Leyes de 1836", documento así nombrado por estar dividido en siete capítulos; en uno de los cuales se plasmó nuevamente dispositivos relativos a las responsabilidades en que pudiesen haber incurrido los funcionarios, comisionando al Supremo Poder Conservador tratar de impedir los abusos de los poderes federales.¹⁴

¹³ Cfr. DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. "El Derecho Disciplinario de la Función Pública", INAP, México, 1990, p. 52-53

¹⁴ Cfr. SOLIS LUNA, Benito. "El Hombre y el Derecho", México, 1956, p.50

Debido a la situación política en que se encontraba nuestro país, con motivo de la Guerra de Texas, la intervención francesa y los desacuerdos políticos internos, no alcanzaron a entrar en vigor las leyes a que nos referimos, ordenando Santa Anna la disolución del Congreso Constituyente y la Creación de la Junta de Notables cuyo principal objetivo consistió en la redacción de una nueva Constitución.

En el año de 1834 se promulgaron las "Bases Orgánicas" instrumento legal en el que también se contempló regular la actuación de los funcionarios del nuevo gobierno de corte centralista, aunque para el caso de los Diputados y Senadores, gozaban de inmunidad absoluta, sin embargo, fue creado un Gran Jurado, encargado de determinar si había o no lugar a instaurar el procedimiento respectivo con motivo de las acusaciones por delitos oficiales o comunes que hubiesen cometido los Secretarios de Despacho, Ministros de la Suprema Corte de Justicia, Consejeros de Gobierno y Gobernadores de Departamento.

Cabe destacar, que bajo este régimen Constitucional, el Presidente de la Nación no quedaba exento del procedimiento de responsabilidad, a pesar de que contaba con inmunidad para desempeñar sus funciones, así mismo, estaba facultado para suspender de sus empleos o privar de la mitad de los sueldos, hasta por tres meses a los empleados del gobierno, también se permitía a los gobernadores de los Estados para que sancionaran a los empleados a su cargo.

Estas disposiciones estuvieron vigentes hasta la promulgación del Acta Constitutiva de 1847, documento que siguió los principios reguladores de la conducta de las personas al servicios del gobierno, porque designó a la Cámara de Diputados como Gran Jurado de Sentencia, encargándose de determinar si el funcionario sujeto a procedimiento era culpable o no de la acusación que existía

en su contra, correspondiéndole a la Suprema Corte de Justicia la determinación de la sanción respectiva.

Con la finalidad de cumplir con este principio constitucional se expedieron varios decretos, por ejemplo, la Ley Penal para los Empleados de Hacienda y la Ley para hacer efectiva la Responsabilidad de los Jueces.

Estos ordenamientos tuvieron la característica de ser muy severos, pues previeron sanciones como la pena de muerte o prisión, para el caso de que los empleados hacendarios y tratándose de jueces, se les privaba del empleo o inhabilitaba de por vida para ejercer la profesión.

Por lo que respecta a la Constitución de 1857, sus disposiciones sólo establecieron las responsabilidades de una minúscula parte del total de los servidores del Estado, con un enfoque fundamentalmente de naturaleza penal y política, dejando de lado la responsabilidad administrativa.

Instrumento que en su Título Cuarto, aparte de la responsabilidad del Presidente de la República, sólo previó las responsabilidades de los altos funcionarios a nivel federal, así como las de los gobernadores a nivel estatal en materia de delitos, faltas y omisiones oficiales, y delitos comunes.

El texto del artículo 103 Constitucional establecía que los Diputados del Congreso de la Unión, a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia y los Secretarios del Despacho, eran responsables por los delitos comunes que cometieran durante el tiempo de su encargo, y por los delitos, faltas u omisiones

en que incurran en el ejercicio del mismo encargo, extendiéndose esa responsabilidad hasta un año después de haber cesado en sus puestos. Los gobernadores de los Estados lo son igualmente por infracción de la Constitución y leyes federales.¹⁵

Esta ley fundamental también previó en dicho numeral, el fuero de que gozaría el Presidente de la República, sin embargo, si se le podía juzgar por delitos como traición a la patria, violación expresa a la Constitución, ataque a la libertad personal y delitos graves del orden común, para el caso de los Gobernadores de los Estados, podían ser acusados por infracciones a la Constitución y a las Leyes Federales.

Posteriormente, durante el período en que Maximiliano de Habsburgo fue emperador de nuestro país, se suspendió la vigencia de la Constitución de 1857, imponiéndose en su lugar el Estatuto Provisional del Imperio, pero al restaurarse la República con Benito Juárez al frente, dicho ordenamiento fue de nueva cuenta aplicable, comentando Carlos Vidal Riveroll, que al amparo de esta Constitución, estuvo vigente la "Ley Sobre Responsabilidad de los Funcionarios Públicos", publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de noviembre de 1870, norma también conocida como Ley Juárez, que a nivel federal restringía el ejercicio del puesto que tenían los funcionarios públicos.¹⁶

Este ordenamiento estableció como delitos oficiales de los Altos Funcionarios de la Federación:

¹⁵ Cfr. DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. "El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos", 3ra. ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p. 43 -44.

¹⁶ Cfr. VIDAL RIVEROLL, Carlos. "El delito de enriquecimiento lícito desde el punto de vista constitucional y legal", Foro Regional sobre Aspectos Jurídicos y Operativos Específicos del Control, Guadalajara, Jalisco, 1986, p. 3.

- El ataque a las instituciones democráticas, a la forma de gobierno Republicano, Representativo Federal y a la Libertad de Sufragio.
- La usurpación de atribuciones
- La violación de garantías individuales y,
- Cualquier infracción de la Constitución o Leyes Federales.

Opinando Carlos Vidal Riverroll, que la regulación que se hace de los llamados delitos oficiales, es demasiado genérica y en rigor crítico, no pudieran considerarse estos supuestos propiamente delitos, ya que de manera primordial se identificaban simplemente con situaciones políticas, concretándose las sanciones del caso a la destitución del cargo y a la inhabilitación para ocupar otros por tiempo no inferior a 5 años ni mayor de 10 años.¹⁷

Esta ley es de suma importancia, toda vez que estableció los principios reguladores del juicio de procedencia y del juicio político, además de que los servidores públicos, no solamente podían ser sancionados por delitos oficiales, sino también del orden común.

El 6 de junio de 1896, el General Porfirio Díaz, promulgó la "Ley de Responsabilidades y Fuero Constitucional de los Altos Funcionarios Federales", en su primer capítulo regulaba la responsabilidad y el fuero constitucional de los altos funcionarios federales, que eran los mismos sujetos a que se refirió la Ley Juárez, ya que ambas remitían al citado artículo 103 Constitucional. Reconocía la responsabilidad por delitos, faltas y omisiones oficiales en iguales términos que aquella, y la responsabilidad por delitos cometidos durante el tiempo de su encargo, pero además, en forma clara determinó la "declaración de procedencia", que debía dictar el Gran Jurado en los casos de los delitos o faltas del orden

¹⁷ Cfr. Ídem.

común cometidas por los altos funcionarios, estableciendo que gozarían de fueron constitucional desde que entraran en funciones.

En un capítulo específico regulaba el procedimiento a seguir en los casos de delitos del orden común, contemplando la posibilidad de que un alto funcionario solicitara de la Cámara de Diputados la "Declaración de Inmunidad", para suspender la sustanciación de algún juicio en su contra. Este procedimiento podía culminar con la declaración de procedencia o de que no ha lugar a proceder, dentro de la propia Cámara de Diputados, denominada Gran Jurado. Además de esta resolución, también se previó la existencia de la denominada "Declaración de Incompetencia", que se emitía cuando el delito o la falta se hubiere cometido por el funcionario en época diferente a cuando gozare de fuero; es decir, aunque el funcionario tuviere fuero en el tiempo de la acusación, si el delito lo cometió en época anterior, podría procesársele por aquellos hechos, sin necesidad de procedimiento previo ante el Gran Jurado.

Respecto de los delitos, faltas y omisiones oficiales, se establecieron los procedimientos ante el jurado de acusación y el jurado de sentencia, pero no se especificaron los delitos oficiales, para cuya identificación remitía al en ese entonces Código Penal de 1872.¹⁸

Por lo que respecta a la responsabilidad en que pudiesen incurrir el Presidente de la República y los Gobernadores, éstos señalaban que podían ser sujetos de Juicio Político; precisando para este caso que la Cámara de Diputados debía erigirse en Jurado de Acusación y la Cámara de Senadores en Jurado de Sentencia.

¹⁸ Cfr. DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. Ob. Cit. p. 47 – 48.

Con la conformación del Congreso Constituyente de 1917 y su respectiva Ley Fundamental, señala Vidal Riveroll, que la Ley Reglamentaria de 1896 dejó de tener su razón de ser, pero no obstante ello siguió teniendo fuerza obligatoria hasta la expedición del Código Penal de 1929, por la regulación expresa de su Capítulo denominado "Delitos cometidos por Altos Funcionarios de la Federación".¹⁹

Por lo que respecta a la Constitución de 1917 y en relación con las Responsabilidades de los Altos Funcionarios de la Federación, el Congreso Constituyente tomando como punto de partida la Constitución de 1857, realizó algunas modificaciones al Título IV de la Constitución denominado "De las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos" (art. 108 al 114) agregando únicamente al numeral 108, como sujeto de responsabilidad al Procurador General de la República y se determinó que el Presidente sólo podía ser juzgado durante el desempeño de su encargo por delitos del orden común y por traición a la patria.

Para atender este principio constitucional, el 21 de febrero de 1940, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la norma reglamentaria del Título Cuarto de la Constitución Política Mexicana, artículos 108 al 114, nombrada "Ley Federal de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados" de 30 de diciembre de 1939. Dicha disposición fue derogada el 31 de diciembre de 1979 por la diversa que llevara el mismo nombre.

Con la expedición de este ordenamiento, se buscaba tener un marco jurídico más completo que regulara la actuación de los funcionarios públicos, con el propósito de que éstos se condujeran dentro del desempeño de sus funciones

¹⁹ *Ibidem.* p. 4-5.

con la máxima diligencia y estricto apego a las leyes, pues de lo contrario se encontraba previsto el procedimiento respectivo para investigar y en su caso sancionar esa conducta indebida.

La Ley de 1979 estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1982, pues en esta fecha fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la "Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos", ordenamiento que obedeció a las reformas del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aspecto que será abordado en temas posteriores y que como innovación, introdujo el vocablo de servidor público dejando atrás el de funcionario, inclusive el de alto funcionario, tratando con ello de uniformar su denominación.

Este documento, se encargó de regular la conducta del servidor público en sus aspectos político y administrativo, pues como se recordará hasta antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1929, los delitos cometidos por los funcionarios públicos fueron contemplados por leyes de corte administrativo, confirmando con ello la independencia entre las materias.

En términos generales, dicho ordenamiento abordaba los siguientes puntos:

- Sujetos de sus disposiciones.
- Obligaciones que debían ser observadas por el servicio público.
- Responsabilidades y sanciones administrativas.
- Autoridades y procedimientos de responsabilidad administrativa.
- Autoridades y procedimientos del juicio político.
- Registro Patrimonial de los servidores públicos.

- Procedimiento para la declaratoria de procedencia para el procesamiento penal de los servidores que gozaban de fuero.

Este dispositivo fue derogado por decreto publicado el 13 de marzo de 2002, mediante el cual la entonces Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, ahora de la Función Pública, dio a conocer la nueva "Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos", misma que a la fecha se encuentra vigente y tiene por objeto al igual que la anterior, reglamentar el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme se expone a continuación:

"Art. 1°. Esta Ley tiene por objeto reglamentar el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de:

I.- Los sujetos de responsabilidad administrativa en el servicio público;

II.- Las obligaciones en el servicio público;

III.- Las responsabilidades y sanciones administrativas en el servicio público;

IV.- Las autoridades competentes y el procedimiento para aplicar dichas sanciones, y

V.- El registro patrimonial de los servidores público." ²⁰

²⁰ Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. 1ª. ed, por parte de la de Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, 2002, p. 60.

Conforme lo expuesto en este punto, se aprecia que la participación de las personas dentro de los distintos gobiernos, a lo largo de la historia ha sido de suma importancia para el cumplimiento de sus fines, sin embargo, ese actuar ha tenido que ser regulado de distinta forma, a fin de no proveerlos de un poder o atribuciones ilimitadas, que en caso de incumplimiento serían acreedores a una sanción.

En nuestra legislación mexicana, inicialmente se hablaba de los funcionarios públicos, sin embargo dicho término no resultaba muy feliz y en tal sentido con las reformas de 1982, los legisladores consideran más adecuado cambiar la denominación por la de servidor público.

Como parte de las obligaciones que desde un principio operaban para los servidores públicos, desde luego, cabe destacar la lealtad, para después sumarse la legalidad, imparcialidad, eficiencia, legalidad y honradez. Principios que actualmente están contenidos en la aludida Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos en su artículo 7º que a la letra dice:

“Artículo 7.- Será responsabilidad de los sujetos de la Ley ajustarse, en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, a las obligaciones previstas en ésta, a fin de salvaguardar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que rigen en el servicio público.”²¹

Debe destacarse también que en un inicio las conductas de los servidores públicos eran tuteladas desde un punto de vista administrativos y políticos, para después abarcarse al ámbito penal y civil.

²¹ *Ibíd.* p. 63.

Conforme al numeral 109 Constitucional, la conducta del servidor público puede recaer en los aspectos administrativos, político, civil y penal, los cuales son independientes uno de otro, tratando se esta forma no dejar impune ninguna conducta que contravenga lo dispuesto en ella y que afecte los principios antes aludidos.

2. Concepto.

Antes de las reformas de 1982 al Título IV Constitucional, se utilizaban diversos términos para nombrar a aquellas personas que prestaban sus servicios al Estado, como el de empleado, funcionario, alto funcionario o incluso burócrata, según las actividades que desempeñaran.

Al respecto, diversos autores han expuesto su punto de vista, existiendo disparidad de criterios en cuanto a la denominación que debe de prevalecer, es decir, si debe hablarse de empleado, funcionario público, alto funcionario o burócrata:

Martínez Morales, señala que los trabajadores al servicio del estado pueden ser:

- Empleado: es quien presta sus servicios para algún órgano del estado, en virtud de un nombramiento y que se desempeña normalmente en actividades de apoyo al funcionario; su labor no implica un poder de decisión, disposición de la fuerza pública o representación estatal alguna.

Sobre el particular, Serra Rojas agrega que el empleado no tiene una atribución especial prevista en la ley y sólo colabora en la realización de actividades materiales o técnicas, sin que su participación sea determinante en los objetivos del estado, tal sería el caso de las secretarías, encargados del mantenimiento de los inmuebles, archivistas, etc. ²²

- Funcionario: es aquel que dispone de poder jerárquico con respecto a los empleados y los demás funcionarios inferiores, el cual deriva de la capacidad de mando, de decisión y de disciplina, es decir, los mandos medios aparte de los denominados mandos superiores (desde jefe de departamento hasta subsecretario).

El Diccionario Jurídico Mexicano, señala que funcionario es aquel servidor del Estado, designado por disposición de la Ley para ocupar grados superiores dentro de la estructura orgánica de aquél y para asumir funciones de representatividad, iniciativa, decisión y mando. ²³

- Alto funcionario: tradicionalmente era así identificado aquel que desempeña en el ámbito federal, un cargo de elección popular (Presidente de la República, Diputado o Senador); el que se encuentra en el máximo nivel dentro del poder judicial (Ministro de

²² Cfr. SERRA ROJAS, Andrés. "Derecho Administrativo Tomo I", 14°, ed., Ed. Porrúa, México, 1983, p.374 y sig.

²³ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1987, p. 259.

la Suprema Corte de Justicia de la Nación), o que es titular de cualquier dependencia del poder ejecutivo (Secretario de Estado).²⁴

No hay que olvidar que estos términos se empleaban en la abrogada Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados de 1939, pues este ordenamiento los clasificaba en empleados públicos, funcionarios y altos funcionarios.

Por lo que respecta al término burócrata, se dice que proviene de la palabra burocracia, que etimológicamente deriva del francés *bureaucratie* y éste a su vez de *bureau*, oficina, escritorio y del griego *Kratos*, poder, lo cual implica entonces, el poder tras el escritorio de los empleados públicos. Sin embargo, el vocablo burócratas se ha usado de manera despectiva, pues así se califica a las personas que se encuentran al servicio del Estado y que su actividad no representa algo productivo o que simplemente no realizan su trabajo, recibiendo a cambio un salario retribuable, bonos, premios, etc.

Como puede observarse, son diversas las denominaciones aplicadas respecto de las personas que prestan sus servicios al Estado, pero el concepto de servidor público cobró relevancia a partir de 1982, año en que como ya se indicó se reformó el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se expidió la entonces Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Anteriormente, ese Título aludía a las "responsabilidades de los funcionarios públicos", en tanto que hoy se refiere a la "responsabilidades de los servidores públicos". La exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional advirtió que con ese cambio quedaba de manifiesto "la naturaleza

²⁴ Cfr. MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Ob. Cit. p. 91-92

del servicio a la sociedad que comporta (el) empleo, cargo o comisión (del servidor público)".²⁵

El numeral 108 Constitucional indica:

"Artículo 108.- Se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

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

Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de

²⁵ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 5.

este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y Municipios". ²⁶

Por su parte la nueva Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, precisa que son sujetos de ese ordenamiento los servidores públicos federales señalados en el primer párrafo primero del artículo 108 Constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos públicos federales, englobando así, no solo a las que trabajan en la Administración Pública Federal, sino también en los poderes legislativo y judicial, dejando a un lado la diferencia entre funcionario, empleado y alto funcionario. ²⁷

Con motivo de la reforma aludida, el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal, también sufrió modificaciones en la materia, mediante decreto del 30 de diciembre de 1982, para disponer en su numeral 212, quienes son servidores públicos:

"Artículo 212.- Para los efectos de este Título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismo descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedad asimiladas a éstas, fideicomisos

²⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Sista, México 2003, p. 48

²⁷ Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. 1ª. ed. Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, 2002.

públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y el Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los diputados a las legislaturas locales y a los Magistrados de los tribunales de Justicia locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal.

Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente.”²⁸

A este respecto, comenta Francisco González de la Vega, que con esa reforma se pretendió modernizar y actualizar la legislación punitiva, pues se define el término servidor público para que sea acorde con la designación en la Ley de Responsabilidad, ampliando además su aplicación a los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales de Justicia de los Estados por lo que se refiere a los delitos de competencia federal, así como a los particulares que participen en la comisión de los delitos previstos en el título décimo y undécimo del citado Código Adjetivo.²⁹

Posteriormente, este dispositivo tiene reformas que modificaron su denominación y por ende separan la competencia federal de la local, siendo publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 2000, para

²⁸ Código Penal para el Distrito en Materia Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal, 57 ed., Ed. Porrúa, México, 1996, p.56.

²⁹ Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. "EL Código Penal Comentado", 12ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1996, p. 321.

quedar como Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal, ambos ordenamientos mantienen este dispositivo en su numeral 212.

Ahora bien, dentro de la doctrina jurídica se han vertido diferentes opiniones a lo que debemos entender por servidor público, a saber:

Rafael I. Martínez Morales, señala que servidor público es la persona física que realiza una función pública de cualquier naturaleza.³⁰

Sergio García Ramírez, señala que servidor público es quien presta sus servicios al Estado, en virtud de un nombramiento, con el propósito de atender alguna de las atribuciones, funciones o tareas legalmente asignadas a aquél.³¹

En opinión de Sergio Monserrit, "el criterio para definir el término servidor público tiene su fundamento en la formalización de su relación laboral con el Estado y no así en la prestación de un servicio público, en tanto que no todos los servicios públicos son brindados por servidores público y no todos los servidores públicos los brindan. En estricto sentido, la función formal de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial que se traduce en dirimir controversias entre particulares mediante una sentencia que se aplica al caso específico, no es un servicio público, como tampoco lo es la formulación y expedición de leyes por parte del Poder Legislativo".³²

³⁰ Cfr. MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. Ob. Cit. p. 91.

³¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Derecho de los Servidores Públicos", 1ª. ed., Ed. Instituto Nacional de Administración Pública A.C. y UNAM, México, 2002, p. 4-5.

³² ORTIZ SOLTERO, Sergio Monserrit. "Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos", 1ª. ed., Ed. Porrúa, México 1999, p. 4-5.

Siguiendo al citado autor, se debe considerar como servidor público a aquella persona física que ha formalizado su relación jurídico laboral con el Estado mediante un nombramiento previamente expedido por el órgano administrativo competente, o en su defecto, que figura en las listas de raya de los trabajadores temporales, y que legalmente lo posibilita para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el Gobierno Federal, en el Gobierno del Distrito Federal, en los Gobiernos Estatales o en los Gobiernos Municipales.

La conceptualización del término servidor público obedece a la necesidad de identificar a las personas físicas que desempeñan un empleo cargo o comisión en las diferentes esferas de gobierno, para así poder demandar, dentro del marco legal fijado, el cumplimiento de las obligaciones que les son inherentes.³³

Es evidente la conveniencia de haber uniformado los criterios, pues de esta forma se engloba en un solo concepto a toda persona que desempeña un empleo, cargo o comisión, de cualquier naturaleza dentro de los poderes del Estado, haciéndola responsable ante la sociedad de sus actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos.

3.- Clasificación.

No obstante de establecerse constitucionalmente como servidores públicos a todas aquellas personas que presentan sus servicios al Estado, dentro de la doctrina jurídica existen diferentes clasificaciones o agrupaciones de dichas personas:

³³ Cfr. ORTIZ SOLTERO, Sergio. Ob. Cit. p. 5.

Para Sergio Monserrit Ortiz, los servidores públicos pueden clasificarse de la siguiente manera:

I.- Una primera clasificación obedece a las prerrogativas constitucionales y la forma en que son nombrados en los términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

A. FUNCIONARIOS. Son lo que desarrollan y ejecutan las funciones públicas del Estado y quienes ejercen, dentro de ciertos niveles de jerarquía, actos de gobierno y de autoridad. Se pueden distinguir funcionarios de distintas categorías:

- **Funcionarios Electos.** Es decir, aquéllos representantes de elección popular que se renuevan periódicamente de acuerdo a las disposiciones constitucionales que les son aplicables en cada caso. En el Poder Ejecutivo Federal el único servidor público que es electo popularmente es el Presidente de la República y en el Congreso General lo son los Senadores y los Diputados.
- **Funcionarios Designados.** Son los servidores públicos que han sido seleccionados por otros de más alta jerarquía o por los miembros de otro poder público, como es el caso de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, del Procurador General de Justicia, de los Agentes Diplomáticos, de los Cónsules Generales, de los empleados superiores de Hacienda, Coroneles y demás jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales.

B. EMPLEADOS. Aquellas personas que no tiene facultades de mando y decisión.³⁴

II.- Una segunda clasificación atiende a lo dispuesto en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

A. Al estipular en su artículo tercero, que el servicio que se llegue a presentar, será en virtud de:

- **Nombramiento**
- **Por figurar en las listas de rayas de los trabajadores temporales**

B. En apego al contenido del numeral cuatro:

- **TRABAJADORES DE CONFIANZA.** Aquellos que prestan sus servicios en la Presidencia de la República, Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial y que tengan actividades de dirección, inspección, vigilancia, fiscalización, manejo de fondos o valores, auditoría, control directo de adquisiciones, entre otros rubros.
- **TRABAJADORES DE BASE.** Son los que no se encuentren incluidos en alguna de las actividades que menciona el numeral antes citado, teniendo la característica de ser inamovibles, aunque en ciertas ocasiones es necesario atender a las características del caso concreto. Los titulares de las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal y los representantes sindicales participarán conjuntamente en

³⁴ *Ibíd.* p. 6 en adelante.

la formulación, aplicación y actualización de los Catálogos Generales de puestos, tanto por el Gobierno Federal como para las entidades que estén sometidas al régimen de la ley burocrática, a efecto de identificar a los servidores públicos en atención a sus funciones.

III.- Otra forma de clasificación, consiste en ser:

- A. **Empleado.** Se puede considerar a todos los servidores públicos que desarrollan una actividad física o intelectual a cambio de una contraprestación.
- B. **Encargado.** Depende de los grados de responsabilidad y de autoridad que ostentan ciertos servidores públicos.

“Encargado, es el servidor público que ostenta un cargo. El cargo público es de naturaleza temporal, ya sea discrecional o legal...”

El cargo puede nacer de la voluntad popular como la de los servidores que son electos periódicamente o la voluntad de otros servidores públicos de mayor jerarquía, pero invariablemente, la persona encargada es legalmente responsable de los actos que realice como servidor público.”³⁵

En este caso se encontrarían los Titulares de las dependencias del Ejecutivo Federal, puesto que son designados por el Presidente de

³⁵ Ibidem. p. 15.

la República, incluso esta última figura también es el claro ejemplo de un encargo temporal por mandato Constitucional.

- C. **Comisionado.** Es el servidor público que desempeña una comisión, entendiendo por esta última:

*“La comisión es una especie de encargo y una derivación de la relación laboral que nace del empleo o del encargo, ya que no puede ser comisionada aquella persona que no tenga un nombramiento previamente expedido por la autoridad competente. La comisión presenta las mismas características de temporalidad y responsabilidad, aunque ... no es originada en ningún caso por la voluntad popular, aun cuando el servidor público pueda ser comisionado por la persona facultada o el órgano administrativo competente para ocupar un puesto de elección popular”.*³⁶

En este supuesto se encuentran, los servidores públicos que por designación del titular de alguna dependencia son enviados como representantes de nuestro país en alguna reunión entre diversas naciones; para la celebración de ciertos compromisos es decir se avocan a una tarea en específico y que puede o no estar dentro de sus funciones.³⁷

Por otra parte, también se puede clasificar a los servidores públicos, atendiendo al nivel Gubernamental en que presentan sus servicios:

³⁶ *Ibidem.* p. 6 en adelante.

³⁷ *Ídem.*

Gobierno Federal.

Gobierno Local.

Municipales.

En el primer supuesto encontramos a las personas que presentan sus servicios para Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, esto es en Secretarías de Estado, Entidades Paraestatales, Empresas de Participación Estatal órganos desconcentrados, entre otros; la Suprema Corte de Justicia de la Nación que es cabeza del Poder Judicial Federal y todos los órganos que lo integran, así como los que por elección popular ocupan un lugar en el Congreso de la Unión y demás personal adscrito.

Los servidores públicos locales son aquellos que desempeñan un empleo cargo o comisión dentro de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de cada una de las entidades federativas que integran nuestro país.

En lo tocante a los servidores públicos municipales, encontramos siempre las figuras del Presidente, Alcalde, Tesorero, Síndico y Regidores, sin embargo se puede requerir de más personal, dependiendo si la demarcación y población es extensa.³⁸

Diversa clasificación, es aquella que se basa en la forma en que ingresan a laborar al servicio del Estado:

³⁸ Cfr. MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Ob. Cit. p. 93 – 94.

- A. Por nombramiento.
- B. Por contrato.
- C. Por contrato colectivo de trabajo.

El primer supuesto, es la forma más usual en que las personas ingresan a la Administración Pública, considerando Martínez Morales, que el nombramiento es el acto jurídico formal en cuya virtud la administración pública designa a una persona como funcionario o empleado y la somete al régimen que, conforme a la ley, le es aplicable específicamente a la función pública.

El nombramiento implica por ende, que la persona a quien refiere, acepta todas las obligaciones inherentes, así como los beneficios que le otorga y las responsabilidades por cualquier abuso del mismo.

Los servicios que se prestan por contrato civil, atienden a medidas de carácter presupuestario, pues en mucho de los casos se trata de servicios eventuales o especializados, para los que no se requiere sostener una relación de trabajo permanente con el Estado, formalizándose en el campo del derecho civil, lo anterior no significa que deba el prestador hacer a un lado los principios de probidad y honradez en el desempeño del mismo.

Otra clase de servicio personal que se presenta al Estado, es aquella que se otorga por virtud en un contrato colectivo de trabajo, típico de algunas

instituciones paraestatales, como Petróleos Mexicanos, Instituto Mexicano de Seguro Social, Comisión Federal de Electricidad, entre otras, cuya relaciones laborales están registradas por el apartado A del numeral 123 de la Constitución Federal, por la Ley Federal de Trabajo y como ya se apuntó, por su propio Contrato Colectivo de Trabajo en muchas ocasiones va más allá de la norma en beneficio de los trabajadores.³⁹

Como se puede observar, podríamos encontrar diversos criterios para agrupar a los servidores públicos, sin embargo, sea cual sea su carácter, ninguno debe dejar de observar al momento de desempeñar sus funciones los principios constitucionales de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia contenidos en el numeral 113 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero en caso contrario, nuestro sistema normativo prevé disposiciones para sancionar su conducta, como se expondrá a continuación, pues en todo momento se busca que el servicio público se sensibilice respecto de los intereses de la sociedad.

4.- Régimen Legal

Como se ha expuesto, existen diversos ordenamientos que regulan el actuar de los servidores públicos, pudiéndose distinguir entre aquellos que rigen su relación laboral, la de su función que desempeña y las que prevén sanciones para el caso de incurrir en responsabilidad durante el desarrollo de su encargo, tales como: la Carta Magna, leyes reglamentarias, acuerdos, circulares, etc.

³⁹ Ibidem. p. 55, 90 en adelante.

a) Dentro de aquellas normas que rigen el vínculo laboral se encuentran las siguientes:

- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Norma que como principio fundamental incluye en su artículo 123, Apartado B, los derechos y obligaciones de los trabajadores al servicio del Estado.

Al respecto, Sergio García Ramírez, señala:

*“Tras diversos intentos para regular adecuadamente esta importante materia, en 1938 se expidió el Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión. En 1960, los principios consignados en dicho Estatuto, fueron incorporados al Apartado B) del artículo 123. Anteriormente, este precepto sólo incluía las disposiciones que luego integrarían el Apartado A). Con sustento en aquél, en 1963 se dictó la vigente Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 constitucional (LFTSE).”*⁴⁰

Las disposiciones contenidas en el citado apartado B) del artículo 123 Constitucional, sólo resultan aplicables a los trabajadores que prestan sus servicios en dependencias o entidades de la Administración Pública Federal, así como los del Poder Judicial y Legislativo del mismo orden y el Gobierno del Distrito Federal.

⁴⁰ Ob. Cit. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Pág. 2-3.

Por lo que se refiere a las relaciones de trabajo entre las entidades federativas y sus empleados estarán normadas por las leyes que expidan sus congresos locales, en total apego a lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución Federal, pero en todo caso siguiendo los lineamientos consignados en el referido ordinal 123 constitucional y su norma reglamentaria, esto es la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

En opinión de Rafael Martínez Morales, las leyes burocráticas estatales siguen la línea de la Ley Federal, adecuándola únicamente a las necesidades y capacidad financiera del poder público estadual; mientras que los trabajadores municipales, sus derechos y obligaciones estarán delimitados por las Leyes que expidan las legislaturas locales,⁴¹ lo anterior, en atención al contenido del artículo 115 último párrafo de nuestra Constitución Política, que señala expresamente lo siguiente:

*“Las relaciones de trabajo entre los municipios y sus trabajadores, se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los Estados con base en lo dispuesto por el artículo 123 de esta Constitución, y sus disposiciones reglamentarias.”*⁴²

- **Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE)**, reglamentaria del apartado “B” del artículo 123 de nuestra Constitución.

⁴¹ Cfr. MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Ob. Cit. p. 93- 94.

⁴² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Sista, México, 2002, p. 53.

Este ordenamiento fue creado por Decreto del Ejecutivo Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de Diciembre de 1963, siendo sujetos de ella, de conformidad con el propio artículo 123 Constitucional, los trabajadores de los Poderes de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal.

La LFTSE establece los derechos y obligaciones de los trabajadores al servicio de los órganos estatales. Asimismo, los clasifica en empleados de base y de confianza, e indica las prerrogativas para cada uno de ellos. En uno u otro caso, prevé los aspectos jornada de trabajo, salario, medios de defensa, proceso laboral, etc., pero todas y cada una de esas disposiciones encaminadas a proteger sus intereses.

- **Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (Ley del ISSTE).**

Por lo que se refiere a este diverso ordenamiento, se comenta que fue creado por Decreto del Ejecutivo Federal publicado en el D.O.F., el 27 de diciembre de 1983; dicha norma regula todo lo relativo a la seguridad social de los trabajadores de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal (excluye a aquéllos al servicio de las fuerzas armadas) ya sea que se encuentren en activo, sean pensionados, jubilados, así como a su derechohabientes.

Cabe señalar que este dispositivo también resulta aplicable a funcionarios de los demás Poderes Federales e inclusive de algunos empleados al servicio del estado y municipios, siempre y cuando se celebre el convenio

respectivo con el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Además de los anteriores ordenamientos, existen otras disposiciones aplicables, tales como:

- Reglamento de prestaciones económicas y viviendas del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (28 de junio de 1988). Regula administrativamente la aplicación de la Ley del ISSSTE en materia de pensiones, indemnización global, prevención de accidentes y enfermedades de trabajo, etc.

- Ley Federal del Trabajo (1° de abril de 1970). Es el ordenamiento general sobre relaciones laborales, aplicable a servidores públicos de organismos descentralizados y empresas de participación estatal que no se hallen expresamente sujetos a la legislación laboral burocrática.

- Ley del Seguro Social (21 de Diciembre de 1995). Rige en materia de seguridad social y es aplicable a los servidores públicos sujetos al Apartado A) del artículo 123 Constitucional.

- Reglamento Interior del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (18 de Febrero de 1980). Regula los conflictos individuales, colectivos o intersindicales que se presenten en la relación laboral de los servidores públicos, dichas controversias serán ventiladas ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

No se omite mencionar, aquellas disposiciones que versan sobre servidores públicos al servicio de las fuerzas armadas:

- Ley Orgánica de la Armada de México (24 de Diciembre de 1993).
- Ley de Disciplina de la Armada de México (26 de Diciembre de 1978).
- Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas de Mexicanas (29 de Julio de 1976).
- Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos (26 de Diciembre de 1986).
- Código de Justicia Militar (31 de Agosto de 1933).
- Ley de Servicio Exterior Mexicano (4 de Enero de 1994).
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.⁴³

⁴³ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Ob. Cit. p. 12 en adelante.

A mayor abundamiento, cabe precisar que, también existen los Reglamentos Internos del Trabajo o Manuales de Organización que para cada dependencia o entidad son aplicables. También se observan las Condiciones Generales de Trabajo, las cuales atienden las necesidades de sus empleados relativos a la intensidad y calidad del trabajo; medidas para prevenir riesgos profesionales; medidas disciplinarias y procedimientos para aplicarlas; exámenes médicos de los trabajadores; laborales insalubres y peligrosas que no deben desempeñar los menores de edad; protección a las trabajadoras embarazadas, y condiciones tendientes a obtener la eficacia y seguridad en el trabajo.⁴⁴

De lo anteriormente expuesto, resulta evidente que existe un amplio marco normativo que regula las relaciones entre el Estado y sus trabajadores, disposiciones todas y cada una de ellas, encaminadas a salvaguardar sus derechos como consecuencia de una lucha social a través del transcurso del tiempo.

b) Por otra parte, existen diversas disposiciones encaminadas a regular la conducta de los servidores públicos en aras de garantizar la tranquilidad y seguridad de los gobernados. Esas normas, imponen como obligación al servidor público el que se conduzca en el desempeño de su empleo, cargo o comisión honestidad, legalidad, imparcialidad y eficiencia, cuyo incumplimiento, lo hará susceptible de ser sujeto, según sea el caso, de un procedimiento administrativo disciplinario de responsabilidad.

⁴⁴ Ídem.

En este sentido, Rafael Martínez opina que la responsabilidad de los empleados al servicio del Estado, es la obligación de pagar las consecuencias de un acto, por ende, el servidor público debe responder por sus conductas indebidas o ilícitas, según lo establezcan las leyes.⁴⁵

Al respecto, el legislador se ha preocupado por incorporar a nuestro sistema de derecho positivo, disposiciones que limiten y sancionen a aquellos servidores públicos que falten o inobserven las obligaciones inherentes a su cargo, incluyendo para tal efecto en diversos ordenamientos mecanismos que sancionen esas conductas.

Bajo esos términos nuestra Carta Magna, en su Título Cuarto denominado "De las Responsabilidades de los Servidores Públicos", establece en sus artículos 109 y 111 cuatro tipos de responsabilidad, a saber:

- Política
- Penal
- Administrativa
- Civil

En una interpretación jurídica del texto constitucional, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido criterio en torno a los tipos o modalidades de responsabilidades en que puede incurrir un servidor público al momento de incumplir con sus obligaciones legales, conforme se transcribe a continuación:

⁴⁵ MARTÍNEZ MORALES Rafael. Ob. Cit. p. 74

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Abril de 1996

Tesis: P. LX/96

Página: 128

“RESPONSABILIDADES DE SERVIDORES PÚBLICOS. SUS MODALIDADES DE ACUERDO CON EL TÍTULO CUARTO CONSTITUCIONAL. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 108 al 114 de la Constitución Federal, el sistema de responsabilidades de los servidores públicos se conforma por cuatro vertientes: A).- La responsabilidad política para ciertas categorías de servidores públicos de alto rango, por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho; B).- La responsabilidad penal para los servidores públicos que incurran en delito; C).- La responsabilidad administrativa para los que falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública, y D).- La responsabilidad civil para los servidores públicos que con su actuación ilícita causen daños patrimoniales. Por lo demás, el sistema descansa en un principio de autonomía, conforme al cual para cada tipo de responsabilidad se instituyen órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propias, aunque algunas de éstas coincidan desde el punto de vista material, como ocurre tratándose de las sanciones económicas aplicables tanto a la responsabilidad política, a la administrativa o penal, así como la inhabilitación prevista para las dos primeras, de modo que un servidor público puede ser sujeto de varias responsabilidades

y, por lo mismo, susceptible de ser sancionado en diferentes vías y con distintas sanciones.

Amparo en revisión 237/94. Federico Vera Copca y otro. 23 de octubre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el quince de abril en curso, aprobó, con el número LX/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a quince de abril de mil novecientos noventa y seis."

Ahora bien, además de esas cuatro modalidades apuntadas, diversos autores coinciden en que también existe la posibilidad de se origine una diversa por el incumplimiento de las obligaciones laborales. Opinión que ha sido materia de jurisprudencia, al reconocerse la relación entre el servidor público y el Estado, en los términos siguientes:

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Agosto de 1999

Tesis: IV.1o.A.T.16 A

Página: 799

"SERVIDOR PÚBLICO, LA RESPONSABILIDAD DEL, TIENE DIVERSOS ÁMBITOS LEGALES DE APLICACIÓN (ADMINISTRATIVA, LABORAL, POLÍTICA, PENAL, CIVIL). EI

vínculo existente entre el servidor público y el Estado, acorde al sistema constitucional y legal que lo rige, involucra una diversidad de aspectos jurídicos en sus relaciones, entre los que destacan ámbitos legales de naturaleza distinta, como son el laboral, en su carácter de trabajador, dado que efectúa una especial prestación de servicios de forma subordinada, el administrativo, en cuanto a que el desarrollo de su labor implica el de una función pública, ocasionalmente el político cuando así está previsto acorde a la investidura, y además el penal y el civil, pues como ente (persona), sujeto de derechos y obligaciones debe responder de las conductas que le son atribuibles, de manera que al servidor público le pueda resultar responsabilidad desde el punto de vista administrativo, penal, civil e inclusive político en los supuestos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o la Constitución Local correspondiente y así mismo la laboral, y por lo tanto, no se incurre en la imposición de una doble sanción cuando éstas, aunque tienen su origen en una misma conducta, sin embargo tienen su fundamento y sustento en legislación de distinta materia (administrativa, laboral, penal, etc.).

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL CUARTO CIRCUITO.

Revisión fiscal 31/99. Contraloría Interna en la Secretaría de Energía. 1o. de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: José R. Medrano González. Secretario: José Manuel de la Fuente Pérez.”

Para una mayor comprensión y sin el afán de profundizar en cada uno de los aspectos comentados, de manera sucinta se efectuará su análisis.

4.1. Civil.

En un Estado de derecho, cuando una persona obra contrariamente a lo que marcan las normas (ilícitamente) o bien en contra de las buenas costumbres, derivándose con su conducta un daño a otra, en principio queda obligado a repararlo, a menos que demuestre (en un juicio) que esa afectación es consecuencia de la propia culpa o negligencia inexcusable de la víctima.⁴⁶

Respecto del daño que pudiera ocasionar, éste puede ser de carácter moral o material. De acuerdo con el artículo 1916 del Código Civil Federal, se entiende por daño moral, la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.⁴⁷

El daño material, se presenta cuando por la realización de actos ilícitos se provoca una afectación o cambio en el mundo físico o impacta en el patrimonio de las personas, pudiendo en este caso reparar el daño indemnizando en dinero o reponiendo las cosas al estado en que se encontraba antes de sufrir el cambio (artículos 1910 al 1915)⁴⁸, contrario al daño moral, que este sólo acepta el pago.

⁴⁶ Código Civil Federal, Ed. ISEF, Artículo 1910, p. 198.

⁴⁷ *Ibidem.* p.199.

⁴⁸ *Ibidem.* p. 198.

Como se aprecia, ese tipo de responsabilidad es aplicable a cualquier persona que no tenga el carácter de servidor público, sin embargo, cuando ese daño o perjuicio lo hacen las personas en su calidad de servidores públicos en el desempeño de sus atribuciones, el Estado tiene la obligación de responder frente a los particulares de manera solidaria, pudiendo ser también subsidiaria.

Bajo esos términos, el Código Sustantivo de referencia, señala que será responsabilidad solidaria, tratándose de actos ilícitos dolosos, es decir, ya sea éste o el servidor público, indistintamente, repararán esa afectación, pero cuando esos actos no tengan ese carácter, ésta será subsidiaria, o sea, el servidor público responderá directamente con su patrimonio, y sólo se le podrá exigir al Estado, cuando su empleado no tenga bienes o con los que cuente no sean suficientes para cubrir los daños y perjuicios causados. Para este último caso, el Estado se reserva el derecho de repetir en contra del servidor público.⁴⁹

En similares términos, la entonces Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en su artículo 77 bis, preveía dicha indemnización solidaria a favor del particular, disposición que fue retomada por la actual Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, que en su numeral 33 señala:

“Artículo 33.- Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y ésta haya causado daños o perjuicios a los

⁴⁹ *Ibidem.* p. 200.

particulares, éstos podrán acudir ante la Secretaría o el contralor interno respectivo para que elabore el dictamen correspondiente que comunicarán a la dependencia o entidad en la que el infractor se encuentre adscrito, para que éstas, si así lo determinan, reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación de los daños y perjuicios en cantidad líquida y ordenen su pago, sin necesidad de que acudan a la instancia judicial o a cualquier otra.

Lo anterior, sin perjuicio de que el particular acuda directamente ante la dependencia o entidad en la que el servidor público desempeñe su empleo, cargo o comisión para que éstas resuelvan lo conducente.

Si la dependencia o entidad determina que no ha lugar ha indemnizar o si el monto no satisficela reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, las vías jurisdiccionales correspondientes.⁵⁰

Conforme a lo apuntado, resulta evidente que la responsabilidad civil opera de distinta manera tratándose de servidores públicos, los cuales pueden quedar obligados a resarcir los daños que llegaren a ocasionar con motivo de sus funciones o bien, directamente el Estado frente al particular.

⁵⁰ Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. 1ª. ed, por parte de la de Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, 2002, pp. 82 - 83.

4.2. Laboral.

Los particulares, al igual que los servidores públicos pueden incurrir en este tipo de responsabilidad.

Para el caso del servidor público, que es el que nos ocupa, será sujeto de tal responsabilidad, cuando incumpla alguna de las obligaciones contraídas con motivo de la relación de trabajo o de las que en el caso concreto, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado le impone.⁵¹

El referido ordenamiento, en su numeral 44, lista las obligaciones de los trabajadores, a saber:

“Artículo 44. Son obligaciones de los trabajadores:

- I. Desempeñar sus labores con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, sujetándose a la dirección de sus jefes y a las leyes y reglamentos respectivos;*
- II. Observar buenas costumbres dentro del servicio;*
- III. Cumplir con las obligaciones que les impongan las condiciones generales de trabajo;*
- IV. Guardar reserva de los asuntos que lleguen a su conocimiento con motivo de su trabajo;*
- V. Evitar la ejecución de actos que pongan en peligro su seguridad y la de sus compañeros;*
- VI. Asistir puntualmente a sus labores;*

⁵¹ DÁVALOS José. "Derecho del Trabajo I", 6ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1996, p. 397.

VII. No hacer propaganda de ninguna clase dentro de los edificios o lugares de trabajo, y

VIII. Asistir a los institutos de capacitación, para mejorar su preparación y eficiencia.”⁵²

Otras causas, por las que se pueden hacer responsables laboralmente a los servidores públicos, se establecen en el artículo 46 de la referida Ley:

- a) Cuando el trabajador incurre en faltas de probidad u honradez o en actos de violencia, amagos, injurias, malos tratamientos contra sus jefes.
- b) Cuando faltare por más de tres días consecutivos a sus labores sin causa justificada.
- c) Por destruir intencionalmente edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados con el trabajo, etc.

Para el caso de que la conducta del servidor público cayera en alguno de estos supuestos, el jefe superior de la oficina procederá a levantar un acta administrativa, en la que se relatarán los hechos conforme a la declaración del trabajador afectado y la de los testigos, para efecto de dejar constancia de su actuar.

⁵² Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. Ed. Delma, México, 2003. p. 12.

Si a juicio del jefe procede demandar ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje la terminación de los efectos del nombramiento, deberá acompañar el acta administrativa y los documentos que al elaborarse ésta, se hayan agregado (artículo 46 bis LFTSE).

Así también, en esos casos, el jefe superior de la oficina podrá ordenar la remoción del trabajador a un área distinta de aquella en la que estuviere prestando sus servicios, hasta en tanto no se resuelva el conflicto en definitiva por parte del referido Tribunal.

Independientemente de lo anterior, se pueden suspender los efectos de nombramiento, siempre y cuando esté conforme el sindicato correspondiente, salvo que la conducta irregular del servidor público recaiga en alguna de las causas previstas en los incisos a), c), e) y h), respecto de los cuales el Titular podrá demandar la conclusión de los efectos del nombramiento ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (artículo 46 última parte de la LFTSE).

Comenta Sergio García Ramírez, que cuando se trata de la causal que consiste en condena penal ésta constituye la verdad legal y por lo tanto el trabajador ya no podrá variar ni los hechos por los cuales se le declaró culpable ni la sanción que se le impuso, y por tal motivo, la causal de cese en este supuesto se constituye de manera final sin necesidad de ninguna otra formalidad, únicamente con la existencia de la sentencia ejecutoria, en los términos del artículo 46, fracción V, inciso j), de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, tanto más cuando se impone pena de destitución en el empleo del servicio público, sin que esta circunstancia constituya un elemento de la causal

(Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis: I.1º.T.77 L, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, julio de 1997, pág 439, materia laboral, precedentes: amparo directo 3931/97).⁵³

El artículo 46, fracción V, inciso j) señala:

“Artículo 46.- ...

IV. Por resolución del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, en los casos siguientes:

j) Por prisión que sea el resultado de una sentencia ejecutoria.”

Diversa sanción a que se puede hacer acreedor el trabajador sujeto a un proceso penal, consiste en la suspensión temporal de los efectos del nombramiento, la cual sólo opera en los siguientes casos:

“Artículo 45.- La suspensión temporal de los efectos del nombramiento de un trabajador no significa el cese del mismo:

Son causas de suspensión temporal:

I. ...

II. La prisión preventiva del trabajador, seguida de sentencia absolutoria o el arresto impuesto por autoridad judicial o administrativa, a menos que, tratándose de arresto el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, resuelva que debe tener lugar el cese del trabajador.

⁵³ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. OB. Cit. p.67-68.

Los trabajadores que tengan encomendado manejo de fondos, valores o bienes, podrán ser suspendidos hasta por sesenta días por el titular de la dependencia respectiva, cuando apareciere alguna irregularidad en su gestión mientras se practica la investigación y se resuelve sobre su cese.”⁵⁴

4.3. Política

Como distinta causa de responsabilidad que regula la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la de carácter político, conforme se expone brevemente a continuación:

“Artículo 109. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes teniendo ese carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:

I. Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses público fundamentales o de su buen despacho.

⁵⁴ Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. Ed. Delma, México, 2003. pp. 12-13.

No procede el juicio político por la mera expresión de ideas.

...” 55

En efecto, un servidor público puede ser políticamente responsable de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. De acuerdo con el artículo 7° de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que en materia de juicio político se encuentra vigente, redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho:

- I. El ataque a las instituciones democráticas
- II. El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal
- III. Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales
- IV. El ataque a la libertad de sufragio
- V. La usurpación de atribuciones
- VI. Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones.
- VII. Las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior.
- VIII. Las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la administración pública federal o del Distrito

⁵⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Sista, México, 2003, p. 79.

Federal y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal.⁵⁶

Conforme a nuestra Constitución Federal, en su artículo 110, se indica que sólo pueden ser sujetos de juicio político, los siguientes servidores públicos:

- Senadores y Diputados al Congreso de la Unión.
- Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Unión.
- Consejeros de las Judicatura Federal.
- Secretarios de Estado.
- Diputados a la Asamblea del Distrito Federal.
- Jefe de Gobierno del Distrito Federal.
- Procurador General de la República.
- Procurador General de Justicia del Gobierno del Distrito Federal.
- Magistrados de Circuito.
- Jueces de Distrito.
- Magistrados y Jueces del Fuero Común del Distrito Federal.
- Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal.
- Consejero Presidente del Instituto Federal Electoral.
- Consejeros Electorales.
- Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral.
- Magistrados del Tribunal Electoral.
- Directores Generales y sus equivalentes en los:
 - Organismos descentralizados.
 - Empresas de participación estatal mayoritaria.
 - Sociedades o asociaciones asimiladas a éstas.
 - Fideicomisos públicos.

⁵⁶Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. 1ª. ed, por parte de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, 1997, p. 46.

Precisándose en el diverso numeral 110 Constitucional que sólo pueden ser sometidos a juicio político por violaciones graves a dicho ordenamiento y a las Leyes Federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, los:

- Gobernadores de los Estados.
- Diputados locales.
- Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales.
- Miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales.

En términos generales, el procedimiento a seguir en el juicio político, es el siguiente:

1. Presentar denuncia de hechos ante la Cámara de Diputados.
2. Esta Cámara substanciará el procedimiento con audiencia del inculpado.
3. Una vez integrado el expediente, realizará la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores previa la declaración de la mayoría absoluta del número de miembros presentes en sesión.
4. Conociendo de la acusación la Cámara de Senadores, ésta se erigirá en Jurado de Sentencia.
5. La Cámara de Senadores practicará todas las diligencias correspondientes y escuchará al acusado, dándole audiencia.

6. Agotado lo anterior, en sesión encontrándose cuando menos las dos terceras partes de sus miembros, emitirá su resolución y procederá a su aplicación.

Las sanciones que pueden imponer consisten en:

- La destitución y,
- La inhabilitación para desempeñar: funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

7. Las declaraciones (Cámara de Diputados) como las resoluciones (Cámara de Senadores) son inatacables.
8. Cuando se trate de los servidores públicos de nivel estatal, la resolución tiene carácter meramente declarativo, pues la decisión final corresponde al Congreso Local.

Cada una de estas etapas se encuentra reglamentada por los artículos del 9 al 24 de la ya citada Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, vigente en la materia que nos ocupa.

Cabe señalar, que podrá instruirse el procedimiento de juicio político contra el servidor público durante el período en el que desempeñe su cargo y hasta un año después de concluido éste y la sanción correspondiente deberá aplicarse en un período no mayor de un año a partir de iniciado el procedimiento.

Conforme se comenta, el tema del juicio político está enfocado a ciertos servidores públicos, que por disposición constitucional gozan de cierta investidura o nivel, no siendo muy común hablar de él, pues muy difícilmente se inicia un procedimiento de esta naturaleza aunque se concluya con la imposición de las sanciones respectivas. Cabe resaltar, que el titular del ejecutivo federal está prácticamente excluido por disposición constitucional para ser responsable políticamente.

4.4. Administrativa.

Este tipo de responsabilidad se da cuando los servidores públicos en el desempeño de su empleo, cargo o comisión incumplen con alguna de las obligaciones que les impone la ley, como legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia.

Cuando un servidor público incumple con alguna de sus obligaciones que le son inherentes, se hace acreedor a una sanción de carácter administrativo, con independencia de que ese mismo actuar origine la imposición de alguna otra sanción de carácter penal o político, como lo establece el artículo 109 Constitucional:

“Artículo 109.- ...

III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban

observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

...⁵⁷

La propia Ley Fundamental en su artículo 113, emite el mandato para que las leyes sobre responsabilidad administrativa prevean:

- Las obligaciones de los servidores públicos.
- Las sanciones que deban aplicarse por su incumplimiento.
- Los procedimientos administrativos a seguir.
- Las autoridades competentes a este respecto.

Lo anterior, a fin de salvaguardar los mencionados valores que deben acatar el servidor público.

Bajo esta tesitura, se han promulgado diversos ordenamientos que reglamentan el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de responsabilidad administrativa, como se expuso al inicio del presente estudio; encontrándose vigente la **Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos**, publicada en

⁵⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Sista, México, 2003, p. 79.

el Diario Oficial de la Federación el 12 de marzo de 2002 (sustituyó casi en su integridad a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos).

Esta ley tiene por objeto reglamentar:

- I. Los sujetos de responsabilidad administrativa en el servicio público;*
- II. Las obligaciones en el servicio público;*
- III. Las responsabilidades y sanciones administrativas en el servicio público;*
- IV. Las autoridades competentes y el procedimiento para aplicar dichas sanciones, y*
- V. El registro patrimonial de los servidores públicos.”⁵⁸*

Son aplicables sus disposiciones a los servidores públicos señalados en el párrafo primero del artículo 108 Constitucional, y a todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos públicos federales.

De acuerdo con el contenido del artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, las obligaciones de los servidores públicos, son entre otras:

- Cumplir el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de

⁵⁸ Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. 1ª. ed, por parte de la de Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, 2002, p. 60.

dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión.

- Formular y ejecutar los planes, programas y presupuestos correspondientes a su competencia, y cumplir las leyes y la normatividad que determinen el manejo de recursos económicos públicos.
- Utilizar los recursos que tenga asignados y las facultades que le hayan sido atribuidas para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, exclusivamente para los fines a que están afectos.
- Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación.
- Abstener de autorizar la selección, contratación, nombramiento o designación de quien se encuentre inhabilitado por resolución de autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público.
- Supervisar que los servidores públicos sujetos a su dirección, cumplan con las obligaciones que esa Ley les impone.
- Denunciar por escrito ante la Secretaría o la Contraloría Interna, los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir respecto de cualquier servidor público y la cual pueda constituir responsabilidad administrativa en los términos de esta ley y demás disposiciones aplicables.

- Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público.

Las sanciones que pueden llegar a imponerse, señala el numeral 13 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, son:

- I. Amonestación privada o pública;*
- II. Suspensión del empleo, cargo o comisión por un periodo no menor de tres días ni mayor a un año;*
- III. Destitución del puesto;*
- IV. Sanción económica, e*
- V. Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.”* ⁵⁹

De acuerdo con esta Ley, las autoridades competentes para llevar a cabo la investigación, tramitación, sustanciación y resolución de los procedimientos y recursos, serán los Contralores Internos y los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades de los Organos Internos de Control de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal y de la Procuraduría General de la República (artículo 4°). ⁶⁰

⁵⁹ *Ibidem.* p. 70.

⁶⁰ *Ibidem.* p. 61.

El procedimiento para la imposición de alguna de estas sanciones, en términos del numeral 21, es el siguiente:

1. Inicia con la presentación de una denuncia o queja.
2. Abierto el expediente correspondiente, se deberá notificar al presunto responsable de la denuncia realizada en su contra, para que comparezca personalmente a declarar en torno a los hechos que se le imputan.

En este citatorio se le hará de su conocimiento el día y hora en que deberá comparecer (audiencia).

Concluida la audiencia, se le dará al presunto infractor un plazo de 5 días hábiles para que ofrezca los elementos de prueba que estime pertinentes.

3. Desahogadas todas las probanzas se procederá a analizar las constancias que integran el expediente, lo cual podrá acontecer dentro del término de 45 días hábiles, para de esta forma resolver sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad, determinando en caso, las sanciones correspondientes.
4. Una vez concluido el fallo, se le notificará al infractor dentro del plazo de los 10 días siguientes, así como al jefe inmediato o titular de la dependencia o entidad.
5. Notificada la resolución, el infractor contará con 15 días hábiles para la interposición del recurso de revocación.

Conforme se aprecia, el legislador facultó a órganos del Poder Ejecutivo a ejercer de alguna manera, funciones jurisdiccionales que debieran corresponder a los Tribunales y no a ciertas áreas de estructura de la Administración Pública Federal, a fin de garantizar la imparcialidad en las determinaciones que recaigan a los procedimientos que se instruyen.

4.5. Penal.

Sobre el particular, nuestra Constitución Política dispone en su artículo 109 fracción III que la comisión de los delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en términos de la legislación penal.

Es decir, los servidores públicos, además de las infracciones de índole civil, laboral y administrativo, también pueden incurrir en conductas tipificadas como delitos, ya sea fuera del área en que se presta el servicio público o en el que desarrolla sus funciones.

En ambos supuestos, desde luego, el servidor público podrá ser procesado por el delito en que hubiere incurrido.

Ahora bien, existen casos en que determinados servidores públicos no pueden ser sometidos a un procedimiento por disposición de la ley, en razón de estar revestidos de fuero. Para estos casos, la Ley prevé que antes de procederse

contra ese tipo de servidores públicos, es necesario se cuente con la denominada "declaratoria de procedencia" por parte de la Cámara de Diputados, tales servidores públicos son los siguientes:

- Diputados y Senadores al Congreso de la Unión.
- Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral.
- Consejeros de la Judicatura Federal.
- Secretarios de Estado.
- Diputados de la Asamblea del Distrito Federal.
- Jefe de Gobierno del Distrito Federal.
- Consejero Presidente y los Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral.

Cabe señalar, que dicho requisito de declaratoria de procedencia, no será necesario en caso de que el servidor público esté separado de su encargo, salvo que vuelva a desempeñar nuevamente ese cargo o sea electo para uno diverso.

Tratándose de los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales y Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales y Miembros Consejeros de la Judicaturas Locales, se llevará a cabo el mismo procedimiento por la Cámara de Diputados, sin embargo, la declaratoria de procedencia será para el efecto de que se comunique a la Legislatura que corresponda y ésta proceda conforme a sus atribuciones.

Para el caso del Presidente de la República, éste sólo podrá ser responsable durante el desempeño de su cargo por los delitos de traición a la patria o delitos graves del orden común, habiendo lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores, quien resolverá conforme a la legislación penal aplicable.

En el Código Penal Federal, se dedica un apartado especial, encaminado a regular las conductas indebidas desarrolladas por los servidores públicos, conforme a un catálogo de delitos en los cuales pueda encuadrarse su actuar.

En efecto, en los Título Décimo y Undécimo del Código Penal Federal, a fin de salvaguardar el servicio público y la administración de justicia, está inserto un catálogo de conductas, las cuales exigen un carácter específico del sujeto activo, "ser servidor público", quien en términos del artículo 212 del referido ordenamiento punitivo es conceptualizado como toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la:

- Administración Pública federal Centralizada o en la del Distrito Federal
- Organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos.
- Congreso de la Unión.
- Poderes Judicial Federal o Local.
- Gobernadores de los Estados.
- Diputados Locales.
- Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales.

Extendiéndose dicho carácter también a aquellas personas que manejen recursos económicos federales (artículo 212 del Código Penal Federal).

En el Título Décimo denominado “De los Delitos cometidos por servidores públicos” se prevén las siguientes figuras delictivas:

- Ejercicio indebido de servicio público (artículo 214)
- Abuso de autoridad (artículo 215)
- Desaparición forzada de personas (artículos 215–A a 215-D)
- Coalición de servidores públicos (artículo 216)
- Uso Indebido de atribuciones y facultades (artículo 217)
- Concusión (artículo 218)
- Intimidación (artículo 219)
- Ejercicio Abusivo de Funciones (artículo 220)
- Tráfico de Influencia (artículo 221)
- Cohecho (artículo 222)
- Cohecho de servidores públicos extranjeros (artículo 222-Bis)
- Peculado (artículo 223)
- Enriquecimiento Ilícito (artículo 224)

Respecto de estas figuras delictivas, las sanciones que pueden llegar a imponerse por la comisión de alguno de estos delitos son: la destitución, inhabilitación, prisión, sanción pecuniaria y en algunos casos también el decomiso de los bienes u objetos que hayan obtenido los servidores públicos con motivo de su conducta indebida.

Además de los ilícitos ya mencionados, existen otros que no se encuentran previstos en el Código Penal Federal, sino en diversas leyes en las que se establece un apartado especial de delitos en los que también pueden

incurrir los servidores públicos, de actuar éstos fuera de los parámetros legales. Para estos casos, el propio Código Penal Federal, en su artículo 6° establece el principio de especialidad, es decir, cuando una misma conducta recae en dos hipótesis delictiva, una prevista y sancionada por el referido Código Sustantivo de la Materia y Fuero y otra en alguna Ley, prevaleciendo la que esté regulada por una norma especial, conforme se expone a continuación:

“Artículo 6.- Cuando se cometa un delito no previsto por este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código, y en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.” ⁶¹

Como ejemplo de esos delitos especiales, tenemos los siguientes ejemplos:

1. Delitos Bancarios o Financieros.- Previstos en las diversas disposiciones que regulan el sistema financiero mexicano, citando como ejemplos a la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del Crédito.

⁶¹ Código Penal Federal. Ed. Sista, México, 2003, p. 96.

2. Delitos contemplados por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.
3. Delitos establecidos por la Ley Aduanera.
4. Delitos Fiscales.- Regulados y sancionados por el Código Fiscal de la Federación.
5. Delitos Ambientales.- Conductas ilícitas contenidas entre otras, por la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Ley Forestal, Ley de Aguas Nacionales.
6. Delitos Electorales.- Descritos en el Código Penal Federal.
7. Delitos cometidos por quienes prestan sus servicios en las fuerzas armadas, siendo aplicable en estos casos, el Código de Justicia Militar.

Conforme a lo comentado, ha quedado claro que de acuerdo con el texto constitucional (artículo 109), cualquier persona puede formular denuncia contra algún servidor público ante las instancias correspondientes, sin embargo, en ciertos casos que marca la ley, cuando el servidor público ocupa cargos que por su importancia ameritan proveerlo de protección, fuero, para que la Representación Social de la Federación pueda iniciar un procedimiento penal, se requiere previamente se haya agotado el respectivo ante la Cámara de Diputados y obtener la declaratoria de procedencia.

Cabe señalar que la autoridad competente para la investigación y persecución de los delitos de servidores públicos federales es la Procuraduría General de la República, institución que cuenta con una Unidad Especializada en Investigación de Delitos Cometidos por Servidores Públicos y contra la Administración de Justicia, cuyas siglas son: UEIDCSPCAJ.

Como se puede observar, son numerosos los dispositivos que regulan la conducta de los servidores públicos, con lo cual se garantiza a la sociedad y al estado, de que éstos desarrollarán sus actividades con la máxima diligencia, honestidad y en total apego a las disposiciones que le son aplicables, y en caso contrario, como ya se explicó, se harán acreedores a sanciones que pueden ser en los ámbitos penal, civil, laboral, político y administrativo.

B. Los Contratos Administrativos.

Partiendo de la base, que el servidor público es parte integrante del órgano estatal, se han planteado diferentes cuestionamientos respecto de la situación que guardan éstos frente al Estado en los actos jurídicos que intervienen ante particulares, instituciones de carácter privado, dependencias o entidades de cualquier nivel, toda vez de que los compromisos asumidos producen o crean derechos y obligaciones entre las partes.

No obstante que el servidor público tiene su propia esfera de derechos y obligaciones, a través de la expresión de su voluntad hace querer y actuar al

ente público⁶², para lo cual, en la mayoría de los casos, se materializa en la celebración de actos jurídicos de diversa naturaleza (públicos o privados), que revisten la forma de contratos, regulados comúnmente por el Derecho Administrativo.

Estos instrumentos, son los denominados contratos administrativos, siendo de interés para nuestro tema, el de obra pública, toda vez que cuando un servidor público, contrariando las disposiciones que en la materia resultan aplicables, lleva a cabo la celebración de un contrato, su proceder resulta indebido, haciéndose acreedor a una responsabilidad de carácter penal, independientemente de la de tipo administrativo, que decreta la autoridad competente.

Por lo anterior, se expondrán a continuación, aspectos relativos al contrato de obra pública.

1. Concepto.

Dentro de la Administración Pública se pueden celebrar contratos bajo el régimen del derecho civil y del derecho público, dentro de éstos últimos se encuentran los llamados contratos administrativos.

Francisco M. Cornejo, precisa:

"El contrato administrativo, es el contrato que celebra la administración pública con los particulares con el objeto

⁶² Cfr. DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. "El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos", 3ª. ed., México, 1999, Porrúa, p. 59.

directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público” ⁶³

Bajo esta misma idea, Andrés Serra, conceptualiza al contrato administrativo de la siguiente manera:

“El contrato administrativo es una obligación bilateral, sinalagmática, en la que una de las partes es la Administración pública con las prerrogativas inherentes a su condición jurídica, y la otra un particular o una entidad pública, destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos a ciertas reglas particulares exorbitantes, entre ellas la forma que deben revestir y la de estar sometidos, en su caso a la jurisdicción contencioso – administrativa.” ⁶⁴

Así también, Rafael Martínez Morales define a estos contratos, como aquellos que celebra la administración pública a efecto de cumplir un fin público, o que por cuyo medio se pretende satisfacer una necesidad pública. ⁶⁵

De estas opiniones, se observan claramente los elementos que caracterizan a los actos contractuales esencialmente administrativos:

- Siempre una de las partes lo será la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles.

⁶³INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. “Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo II C-CH”, UNAM, México, 1983, p. 294.

⁶⁴SERRA ROJAS, Andrés. Ob. Cit. p. 634 – 635.

⁶⁵MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Ob. Cit. p. 44.

- La otra, por lo regular es un particular, ya sea persona física o moral.
- El objeto del contrato consistirá en la realización de un fin público o de interés general.
- Se regirá por las normas de derecho público (administrativo).

2.- Tipos de actos.

Dentro de la diversidad de actos contractuales que celebra la administración pública, se encuentran aquellos que se someten a las normas de derecho público y los que se sujetan a las reglas del derecho privado.

Como ejemplo de los instrumentos materia del derecho civil, están:

- **Contrato de Arrendamiento.-** Se presenta cuando la Administración Pública requiere de bienes inmuebles propiedad de particulares, por ejemplo, para la instalación de sus oficinas.
- **Contrato de Prestación de Servicios Profesionales.-** Para el caso de que no sea necesario que el particular adquiera el carácter de servidor público.
- **Contrato de Comodato o Donación.-** Tales supuestos se actualizan cuando la Administración Pública tiene el propósito de ayudar a instituciones o fundaciones de beneficencia pública o privada, otorgándoles determinados bienes o permitiéndoles su uso gratuitamente.

Otros tipos de actos regulados por el derecho privado y que puede celebrar la administración pública, son los contemplados en la legislación mercantil, como:

- Contrato de Fideicomiso.- Figura contractual que es muy común dentro de la Administración Pública, para la prestación de algún servicio.
- Contratos de sociedad.- A este respecto, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal permite la creación de sociedades denominadas empresas de participación estatal, las cuales pueden constituirse bajo los términos de la Ley de Sociedades Mercantiles, elaborándose para tal efecto una acta constitutiva.
- Emisión de títulos de créditos.- En este supuesto encontramos que algunas dependencias o entidades de la Administración Pública Federal, para cubrir los compromisos adquiridos libran cheques o pagarés y en otros casos se habla de la emisión de bonos y cetes.

Por lo que respecta a los contratos sujetos al Derecho Administrativo, la doctrina ha coincidido en que en estricto sentido son el de obra pública y de suministro, sin embargo, hay otra serie de contratos o convenios administrativos que en el desarrollo de su actividad cotidiana llevan a cabo las entidades y dependencias de la Administración Pública⁶⁶, siendo el contrato de obra pública, el que resulta de interés para el presente trabajo, tal y como se abordará a continuación.

⁶⁶ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel. "Segundo Curso de Derecho Administrativo", 1ª. ed. Porrúa, México, 1989, pp.470 y 473.

2.1. La obra pública.

2.1.1. Concepto.

En cita del ya referido Andrés Serra Rojas, la obra pública es una cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre, sobre un inmueble determinado con un propósito de interés general y que se destina al uso público, a un servicio público o a cualquier finalidad de beneficio general.⁶⁷

Ampliando esta idea, continúa señalando:

“Se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos...”

Las obras públicas constituyeron un capítulo muy importante del régimen jurídico especial de los servidores públicos. Las obras públicas, incluso cuando se realizan mediante contrato con los particulares, está sujeta a dicho régimen especial. El contratista es un colaborador voluntario e interesado de la administración, pero ésta no se desentiende de la obra contratada, sino que ejerce una vigilancia e inspección continuas”. Antonio Royo-Villanova, Elementos de derecho Administrativo. Tomo II, pág.840 y siguientes.

En esta definición ya nos encontramos con los elementos básicos de la noción de obra pública: el subjetivo que hace referencia a la naturaleza pública del sujeto, y el objetivo que

⁶⁷ SERRA ROJAS, Andrés. Ob. Cit. p. 662.

se relaciona con el destino y empleo de la obra, al cual se viene a agregar un nuevo elemento, el relativo a la naturaleza del inmueble que debe revestir la obra. La jurisprudencia francesa ha establecido este caso interesante: un inmueble que no pertenece al Estado, sino a un particular, pero la obra está encaminada a un interés general, que no la hace perder su carácter de obra pública.” ⁶⁸

Señala Miguel Acosta, que en un sentido amplio, la obra pública será toda construcción integral o reparación realizada sea por contratista o directamente por la administración pública, sobre cosas inmuebles o muebles directamente afectadas al dominio público. ⁶⁹

En este orden de ideas, una obra pública implica la realización de un bien de interés general, que en la mayoría de los casos, la lleva a cabo un particular a solicitud de alguna dependencia o entidad de la administración pública, en cualquiera de sus niveles de gobierno.

Lo anterior, necesariamente debe ser plasmado en un instrumento que otorgue a las partes derechos y obligaciones sobre la realización de la obra. Contrato que evidentemente satisface todos los elementos característicos de uno administrativo, denominado entonces: “Contrato de Obra Pública”.

A este respecto, los autores en mención han expuesto su opinión, conceptualizando en los siguientes términos:

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel. Ob. Cit. p. 477.

Andrés Serra Rojas:

*“El contrato de obras es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio.”*⁷⁰

Miguel Acosta Romero:

*“Es un acuerdo de voluntades por medio del cual la Administración Público Federal, Local o Municipal, por conducto de sus dependencias, ordena a un particular la construcción o reparación de una obra pública. Siempre deberá constar por escrito.”*⁷¹

De lo anterior, se concluye que el contrato de obra pública es un instrumento jurídico que contiene el acuerdo de voluntades entre un particular, ya sea persona física o moral y la administración pública, con el objeto de realizar trabajos materiales que satisfagan un fin público y de interés general.

Dicho acuerdo de voluntades debe constar por escrito y con la formalidad respectiva, en él se deben de establecer las condiciones bajo las cuales se ha de contratar, es decir, los trabajos a realizar, el tiempo de ejecución, el precio y de más derechos y obligaciones de las partes.

⁷⁰ SERRA ROJAS, Andrés. Ob. Cit. p. 661.

⁷¹ ACOSTA ROMERO, Miguel. Ob. Cit. P. 477.

2.1.2. Principio Constitucional

Resulta evidente que la realización de obras públicas implica una inversión de recursos económicos por parte de las dependencias o entidades que las requieren, por lo que en muchos de los casos, se han presentado conductas indebidas por parte de los servidores públicos que se encuentran al frente de ellas, ocasionando con ese actuar, daños al patrimonio del Estado, de ahí la importancia de esta materia para ser prevista en nuestra Constitución Política.

De alguna forma, desde el Constituyente de 1917 se plantearon los lineamientos a que debía de sujetarse la contratación de las obras públicas, proponiéndose de la siguiente manera:

“Artículo 131 del proyecto. Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicadas en subasta pública. (Presupuesto de egresos de la Federación; ley orgánica del presupuesto), mediante convocatoria y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado que será abierto en junta pública” ⁷²

Esta iniciativa fue discutida y aprobada en la sesión 64 del Congreso Constituyente, de fecha 27 de enero de 1917, para convertirse en el actual artículo 134 constitucional, sin embargo, comenta el mismo Andrés Serra Rojas que ese precepto no se cumplía por dos razones: primero por la falta de una ley reglamentaria adecuada, que hiciera posible su aplicación y segundo, por el

⁷² SERRA ROJAS, Andrés. Ob. Cit. p. 663 - 664.

interés de los funcionarios en no sujetarse a procedimientos administrativos que limitaran su voluntad.⁷³

Precisamente para tratar de poner fin a ese actuar de los servidores públicos, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1980, una reforma a dicho numeral, para quedar como sigue:

“Artículo 134. Los recursos económicos de que disponga el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administran con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obras que se realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia,

⁷³ Ídem.

eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

El manejo de recursos económicos federales se sujetarán a las bases de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del artículo Cuarto de esta Constitución.⁷⁴

De la reforma a este artículo, se observa lo siguiente:

- a) Se establece como principio constitucional la debida administración de los recursos económicos públicos, para cumplir en todo momento con los objetos a que estén destinados.
- b) Precisa que las contrataciones, en el presente caso de obra pública, se lleven a cabo mediante licitación pública, con la finalidad de salvaguardar los intereses del gobierno.
- c) Da pauta para la creación de una ley reglamentaria que establezca los lineamientos a seguir en cada procedimiento de contratación.
- d) Finca responsabilidad en términos del Título Cuarto de la Constitución, a los servidores públicos que no contemplen lo previsto en dicho numeral.

⁷⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Sista, México, 2002, p. 68.

Como ya se expuso en párrafos precedentes, un servidor público puede ser responsable en la vía civil, laboral, política, administrativa y penal. Para este último caso y en relación con el punto que se aborda, en el Código Penal Federal se prevé en el numeral 217 el delito de Uso Indebido de Atribuciones y Facultades, llamando la atención la hipótesis contenida en la fracción I, inciso d), relativa a la del **“servidor público que indebidamente otorgue, realice o contrate obra pública”**. Situación materia del presente estudio y que en capítulos subsecuentes se realizará su estudio dogmático.

2.1.3. Ley Reglamentaria.

De propio texto constitucional se desprende la creación de normas específicas que regulen todo lo inherente a las adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones, prestación de servicios y en el caso concreto, la obra pública.

Se tiene para tal efecto, la vigente Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000,⁷⁵ así como su respectivo Reglamento, publicado el 20 de agosto de 2001.

Este ordenamiento tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas (artículo primero).

⁷⁵ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, editada por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, 2001.

En su numeral tercero, la propia ley señala, que se consideran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles, entre otros conceptos. Así también describe los supuestos que se consideran como servicios relacionados, por ejemplo:

- Los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar y calcular los elementos que integran un proyecto de obra pública.
- Las investigaciones, estudios, asesorías y consultorías que se vinculen con las acciones que regula esa ley.
- La dirección o supervisión de la ejecución de las obras.
- Los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones.

Además de lo anterior, también contiene disposiciones relativas a:

- Los aspectos de planeación, programación y presupuestación, que deben de tomar en cuenta las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal para la realización de una obra pública o servicio relacionado con la misma.
- **Las formas de contratación:** Licitación pública, invitación a cuando menos tres proveedores o adjudicación directa.
- **Los procedimientos a seguir en cada uno de estos supuestos.**
- **Los tipos de contratos de obra pública.**

- **Las disposiciones mínimas que debe contener el contrato.**
- Lineamientos que deben ser observados durante la ejecución de la obra.
- Causas de rescisión o suspensión administrativa del contrato.
- Las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los contratistas, al inobservar alguna de las disposiciones en ella contenidas, así también, hace referencia de que **los servidores públicos que infrinjan esas disposiciones serán sancionados administrativamente, independientemente de las del orden civil o penal a que se hagan acreedores.**
- El procedimiento para el caso de presentarse alguna inconformidad de parte de los licitantes.

Cada uno de estos conceptos y otros más que pudiesen escapar en este momento, están detallados en el Reglamento de la referida Ley de Obras Públicas, el cual también es de observancia para los licitantes como para los servidores públicos.

2.1.4. Reformas.

Para que la actual Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, contemplara todos los aspectos que hasta la fecha prevé y tratando de que nada estuviese fuera del contexto legal, ha sufrido diversas modificaciones y en algún caso hasta fue substituida por otra con diverso nombre, como se observa a continuación:

- a) El primer ordenamiento creado para regular la materia, fue la denominada **Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas** de 21 de Diciembre de 1965, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 4 de enero de 1966, norma que estuvo vigente hasta el 30 de diciembre de 1980.
- b) El 30 de diciembre de 1980 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la **Ley de Obras Públicas**, misma que derogó la señalada en el inciso anterior. Este ordenamiento entró en vigor al día siguiente de su publicación (31 de diciembre de 1980).⁷⁶

A partir de su aplicación, sufrió las siguientes reformas:

- Decreto del 21 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de ese mismo mes y año, el cual reformó los artículos 2o., último párrafo; 6o., 7o., 9o., 11, primer párrafo; 12; 13; 14, primero y último párrafos; 17, fracción VII; 20; 21, segundo párrafo; 22; 30; 31; 33; 34; 35; 36; 39, segundo párrafo; 41; 42; 44; primer párrafo; 46; 47, tercer párrafo; 51; segundo, tercero y cuarto párrafos; 52; 56; 57; 59, primero y tercer párrafos; 61; 62; 63; 65; 66; primero, tercero y cuarto párrafos, y 7º y adicionó los diversos 3o., con una fracción II y se recorren en su orden las actuales II a V, para pasar a ser III a VI; 23, con un último párrafo y 37, con una fracción III y un penúltimo párrafo.⁷⁷

⁷⁶ Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCLXIII, No. 40, p. 16, Sección 2, México, D.F., Martes 30 de Diciembre de 1980, Poder Ejecutivo, Secretaría de Programación y Presupuesto.

⁷⁷ Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCLXXI, No. 42, p. 18 y siguientes, México D.F., Miércoles 28 de diciembre de 1983, Poder Ejecutivo, Secretaría de Programación y Presupuesto.

Reformas y adiciones que en términos generales, contemplaron:

- Disposiciones que las dependencias y entidades en materia de obra pública debían de prever con relación a las facultades de la entonces Secretaría de la Contraloría General de la Federación, pues quedaban obligadas entre otros aspectos a:
 - ❖ Proporcionarle la información que ésta requiera de los procedimientos de contratación de obra pública.
 - ❖ Rendir informes respecto del estado en que se encuentren las obras que se estuvieran desarrollando o contratando, así como aquellas que hayan sido rescindidas o suspendidas.
 - ❖ Acatar los medios y procedimientos de control que en materia de obra pública emita esa dependencia del ejecutivo federal.
 - ❖ Permitir la inspección, supervisión, asesoría en los procedimientos de contratación y los trabajos que se encuentren desarrollando las dependencias y entidades.
 - ❖ La Contraloría será la encargada de sancionar a los servidores públicos que infrinjan

- Prevé la posibilidad de adjudicar directamente una obra pública, decisión que deberá fundarse en criterios de

economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren al estado las mejores condiciones para el Estado.

- Establece los criterios a emplear para declarar ganadora una oferta.
- Se modifican los lineamientos a seguir por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, en la realización de las obras públicas, así como las disposiciones que deben de prever y considerar en la planeación de ellas.
- Se sustituye el término “subasta” para señalar que los contratos de obra pública se adjudicarán o llevarán a cabo, a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

- Decreto de fecha 18 de diciembre de 1984 publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de esa anualidad, que reformó y adicionó diversos numerales de la ley en cita, a saber:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Se reforma los artículos 19, tercer párrafo, 21, 22 y 25...

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se adiciona la Ley de Obras Públicas con los artículos 6o. Bis y 20 Bis...⁷⁸

Reformas y agregados relativos al Padrón de Contratistas de Obras Públicas y disposiciones que debían de observar las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en la adaptación e instrumentación de los sistemas y procedimientos para la realización de las acciones actos y contratos de obras públicas.

- Decreto que reformó y adicionó diversas disposiciones relacionadas con inmuebles en materia de arrendamiento del 28 de diciembre de 1984, que en lo relativo a la Ley de Obras Públicas en su artículo décimo refiere:

“ARTÍCULO DECIMO.- Se adiciona un segundo párrafo a la Fracción IV del Artículo 13 de la Ley de Obras Públicas...⁷⁹

Disposición que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1985 en relación a las construcciones de viviendas de interés social.

- Decreto por el que se adiciona el Capítulo IV, del Título Segundo con el artículo 29 bis la Ley de referencia, de fecha 28 de

⁷⁸ Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCLXXXVII, No. 41, p. 48 y siguientes, México, D.F., Lunes 31 de Diciembre de 1984, Poder Ejecutivo, Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

⁷⁹ Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCLXXXVIII, No. 26, p. 4 y siguientes, México, D. F., Jueves 7 de Febrero de 1985, Poder Ejecutivo, Secretaría de Gobernación.

diciembre de 1985 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1986.⁸⁰

Con este artículo, se impuso tanto a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal como a los contratistas que se encuentren realizando obras públicas, la obligación de observar las disposiciones que en materia de construcción rijan en el ámbito local y municipal, así como cumplir los requisitos técnicos que para las obras públicas estableciera en reglamento respectivo.

Estableciendo que la violación a esta disposición independientemente de la responsabilidad penal y administrativa que diera lugar, originaría la nulidad del contrato celebrado.

- Decreto de fecha 18 de diciembre de 1987, que reformó entre otras disposiciones a la Ley de Obras Públicas, en sus artículos 1o., fracción VI; 3o., fracción IV; 6o., tercer párrafo; 6o. Bis, primer párrafo, 14, párrafo final; 29, fracción I; 36, cuarto párrafo; 41, tercer párrafo; 42; 44; 47, tercer párrafo; 52; 56, último párrafo; 59, tercer párrafo; 61; 65; 71 y 73, fracciones IV, VI, VII y VIII y se adicionan los artículos 1o., con un segundo párrafo; 6o., con un cuarto párrafo; 6o. Bis, con un penúltimo párrafo; 34, con un segundo párrafo y artículos 58 Bis y 65 Bis. Documento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1988 y que establece normas que deberán observar las

⁸⁰ Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCXCIV, No. 8, p. 47 y siguientes, México, D. F., Lunes 13 de Enero de 1986, Poder Ejecutivo, Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

dependencias y entidades de la Administración Pública Federal al planear la realización de una obra pública.⁸¹

- Decreto que reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones de las Leyes de Obras públicas y de Adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios relacionados con bienes muebles, del 2 de julio de 1991 y publicado el día 18 de ese mismo mes y año.⁸²

Este ordenamiento estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, para dar paso a la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que como se nota contemplo tanto la materia de obra pública como la de adquisiciones.

c) **Ley de Adquisiciones y Obras Públicas**, publicada en el Diario Oficial de Federación el 30 de diciembre de 1993 y vigente a partir del 1 de enero de 1994. Dispositivo que contenía:

- o Aspectos relativos la planeación, programación y presupuestación de las adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras pública.
- o Generalidades a observar tanto en los procedimientos y contrataciones de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública.

⁸¹Diario Oficial de la Federación, Tomo CDXII, No. 4, Pág. 11, México, D. F., Jueves 7 de Enero de 1988, Poder Ejecutivo, Secretaría de Programación y Presupuesto.

⁸²Diario Oficial de la Federación, Tomo CDLIV, No. 14, p. 4, México, D. F., Lunes 18 de Julio de 1991, Poder Ejecutivo, Secretaría de Programación y Presupuesto.

- Los procedimientos y contratos para el caso de de adquisiciones, arrendamientos y servicios.
- Especificaciones respecto de los procedimientos y contratos de obra pública.
- Excepciones al principio de la licitación Pública
- La forma y términos en que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal deberán informar a la entonces Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo lo inherente a los servicios, arrendamientos, adquisiciones y la obra pública.
- Las infracciones y sanciones aplicables a los proveedores, contratistas e incluso a los servidores públicos que infringieran lo dispuesto por esa norma.
- El procedimiento de inconformidad y el recurso de revocación.⁸³

Esta Ley estuvo vigente hasta la aplicación de la actual Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000.

Sin embargo, también ha sido necesario revisar la actual Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la que sin duda, junto con su Reglamento, constituyen los instrumentos jurídicos eficientes y eficaces para el desarrollo de las obras públicas y los servicios, con el objeto de explorar nuevos sistemas jurídicos que asimilen con oportunidad los efectos de la globalización que

⁸³ Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, Ed. Delma, México, 1997 p. 257 y sig.

vive nuestro país, procurándose la debida conclusión de las obras y la mayor participación de la industria nacional.

Bajo este contexto, la entonces Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, ahora de la Función Pública, presentó el 26 de noviembre de 2002 ante la Cámara de Diputados para su discusión y aprobación la iniciativa del decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Públicos y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Proyecto que en lo relativo a la Ley de Obras prevé, entre otros aspectos:

- Crear la Comisión Federal de Contrataciones Gubernamentales, que será un organismo desconcentrado de la Secretaría, cuyo objetivo será el promover la transparencia en los procedimientos de Contratación y Ejecución de las Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.
- Efectúa las modificaciones necesarias que las dependencias y entidades puedan contratar con particulares que les ayuden al desahogo de los procedimientos de licitación o invitación a cuando menos tres personas.
- Incluye las modificaciones necesarias para precisar con exactitud la forma y esquemas a seguir para las contrataciones en el extranjero.

- Incorpora la posibilidad de que las dependencias y entidades requieran la incorporación de mano de obra, maquinaria y equipo de construcción nacional, así como de materiales y equipo de instalación permanente de fabricación nacional, precisándose claramente que en igualdad de condiciones se debe dar trato preferencial a los nacionales.

- Con el objeto de evitar imprecisiones y fallas en la integración de las propuestas por parte de los licitantes, incorpora la obligación de que los servidores públicos en las juntas de aclaración deberán responder clara y diligentemente a las preguntas que se les formulen.

- Reduce a una sola etapa el acto de presentación y apertura de las proposiciones.

- Para promover mayor transparencia en los concursos, incorpora la posibilidad de que cualquier persona pueda asistir a las reuniones de carácter público que se desarrollen durante el desarrollo de la licitación.

- Conscientes de que la actual fórmula que prevé la Ley para la determinación de la solvencia de las propuestas en forma binaria, es decir a través de una decisión de que se cumpla o no con los requisitos legales, técnicos y económicos en las propuestas, no se ajusta a la realidad y a las condiciones de transparencia que exigen las contrataciones gubernamentales, el proyecto prevé en forma complementaria a esta fórmula, nuevos esquemas de evaluación de las propuestas en materia de obra pública.

- Incorpora la figura del contrato abierto, con lo cual estamos seguros que se resolverá la problemática que actualmente viven los trabajos de mantenimiento, remodelación, conservación y restauración.

- Con el objeto de promover la debida conclusión de los procedimientos de contratación y por ende el exacto cumplimiento de las obras, limita las inconformidades mediante la reducción de plazos para su emisión, así como la interposición de la inconformidad solo contra el fallo de adjudicación.

- En materia de conciliaciones, se precisan sus alcances y objetivos de tal forma que estas constituyan un instrumento eficaz y promotor que propicien la ejecución de los trabajos contratados, cuyos resultados puedan utilizarse, en su caso, para solventar las observaciones de los Órganos de Control.

- Finalmente en el proyecto de reformas y adiciones se agrega un capítulo especial referente al arbitraje, en el cual se regula en forma general los alcances de éste, las características que deben de tener los árbitros, la facultad de la Contraloría para realizar los arbitrajes y las consecuencias de los laudos arbitrales.⁸⁴

Este Decreto de reformas fue aprobado por la Cámara de Diputados el 15 de diciembre de 2002, enviándose la Minuta correspondiente a la Cámara de Senadores el 15 de marzo de 2003.

⁸⁴ Cfr. Exposición de Aspectos Relevantes del Proyecto de Reformas y Adiciones a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, elaborado por la Dirección General Adjunta de Normatividad de Obras Públicas, de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo. Noviembre de 2002.

La presidencia de la Mesa Directiva de la Cámara de Senadores, en la sesión de fecha 15 de marzo de 2003, turnó la Minuta de referencia para su análisis y dictamen a las Comisiones Unidas de Gobernación y Estudios Legislativos, encontrándose elaborando el dictamen correspondiente.

Sin embargo, el 2 septiembre de 2003, la Mesa Directiva de la Cámara Alta, acordó turnar también la minuta de referencia para dictamen de la Comisión de Hacienda y Crédito Público, encontrándose por ende, pendiente su aprobación.⁸⁵

Resulta evidente que la materia de obra pública está en constante cambio, por lo que fue necesario reformar y en algunos casos adicionar su texto, tratando de que nada escape al texto legal y dejarlo a la interpretación de los servidores públicos encargados de llevar a cabo los procedimientos de contratación, para evitar en todo momento actos de corrupción que lesionen los intereses de la sociedad.

C. Antecedentes

Como se ha expuesto, ha tenido que ser ampliamente regulada la conducta de los servidores públicos a efecto de evitar cualquier abuso de su parte. Por tal razón, fue necesario reformar desde el texto constitucional y leyes reglamentarias lo relativo a las responsabilidades en que puedan incurrir en el desempeño de sus funciones.

⁸⁵ Nota Informativa relativa al Proceso Legislativo del Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las mismas, elaborada por la Dirección General Adjunta de Legislación y Consulta de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Función Pública. Septiembre de 2003.

Siendo de gran trascendencia las reformas del año de 1982, realizadas al Título IV Constitucional y al Código Penal, como se abordará a continuación.

1. Reformas al Título IV Constitucional.

En 1982, la percepción de los ciudadanos era la de contar con un gobierno en el que los funcionarios se aprovechaban de los cargos que ostentaban para llevar a cabo actos que de alguna forma lesionaban los intereses del pueblo, por ende la necesidad de contar con disposiciones de índole constitucional que garantizaran un sistema de responsabilidades que no permitiera más abusos.

Durante su campaña electoral como candidato para Presidente de la República, Miguel de la Madrid ofreció y el pueblo le demandó un movimiento que cambiara la imagen del servidor público, siendo llamada la "renovación moral de la sociedad". A través de la consulta popular que se instituyó, se manifestó como prioridad urgente e inmediata, el cumplimiento de este reclamo que asegurara en todos los niveles de la vida nacional y a todos los mexicanos los principios fundamentales de convivencia social, traducidos en: legalidad, igualdad, justicia, autoridad y solidaridad.

Esta renovación moral no implicaba la creación de una nueva moral, sino el reforzamiento y vigorización de todo lo que supeditara los intereses individuales y de los gremios respecto al interés general de la nación y al orden constitucional.

Al tomar posesión como Presidente Constitucional, el 1 de diciembre de 1982, el Lic. Miguel de la Madrid, en su discurso expuso lo siguiente:

“La renovación moral de la sociedad será compromiso y norma de conducta permanente de mi gobierno, empezando con el mío, el compromiso de todos los mexicanos, de todos y cada uno de los sectores, de todos los gremios, para fortalecer nuestros valores.

*La guía fundamental de esta renovación moral será el Derecho, síntesis de la moral social de la norma republicana, democrática y revolucionaria que hemos venido formando los mexicanos. **Actualizaremos las bases constitucionales de las responsabilidades de los servidores públicos y promoveremos una nueva ley sobre la materia y reformas y adiciones a la legislación penal y civil; introduciremos nuevas formas sobre la gestión pública para prevenir, detectar, corregir y, en su caso sancionar conductas inmorales de los funcionarios y empleados públicos.***

*Promoveré sistemas que acaben con las compensaciones al margen de la ley y den transparencia a los ingresos de los funcionarios gubernamentales; regularé las prestaciones a que éstos tienen derecho y prohibiré el uso de bienes y servicios públicos para fines ajenos a su cargo. **Evitaremos negocios ilícitos en los contratos de obra o servicio público, en las compras de gobierno y sus empresas. No permitiré que se usen los fondos públicos para la promoción política personal de los funcionarios.***

Impediremos aprovechamientos ilegítimos con la nómina oficial; perseguiremos las conductas ilícitas en el otorgamiento de autorizaciones, permisos, licencias y concesiones; en la inspección y vigilancia de las leyes y reglamentos.

Insisto: no es compatible servir en puestos públicos y simultáneamente operar negocios cuya actividad se funde en relaciones económicas de gobierno. Esta dualidad es inmoral. O se gobierna o se hacen negocios. Los puestos públicos no deben ser botín de nadie.

Perfeccionaremos los sistemas de administración de recursos del Estado y fortaleceremos los sistemas de control y vigilancia de la administración pública.

Para cumplir con el propósito de que el gobierno de la República se constituya en patrón de conducta, promoveré la creación de la Contraloría General de la Federación, con rango de Secretaría de Estado, para sistematizar y fortalecer las diversas facultades de fiscalización, control y evaluación de la administración pública. Usaremos con vigor y decisión este nuevo instrumento.

Espero una actitud dinámica y vigilante de la Cámara de Diputados y de su Contaduría Mayor de Hacienda, respecto a los programas y presupuestos del Ejecutivo Federal.

La renovación moral de la sociedad es reto de todos los mexicanos. No podemos permitir que la nación se debilite y decaiga; nuestros problemas son tan graves, que sólo con una moral renovada lograremos vencerlos. El pueblo mexicano es

*profundamente moral, y me exige que persiga toda forma de
corrupción. Así lo haré. Gobernaré con el ejemplo*

....”⁸⁶

A efecto de dar cumplimiento a dichos compromisos, en su carácter de Jefe del Ejecutivo, ordenó se prepararan las iniciativas de ley que contemplarán todos los aspectos de la renovación moral prometida.

El 3 de diciembre de 1982, el Lic. Manuel Bartlett D., Secretario de Gobernación por instrucciones del Presidente de la República, presentó ante la Cámara de Senadores la iniciativa que contenía reformas y adiciones al Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que hasta esos momentos se denominaba “De las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos”.

Esta propuesta, resultó de gran trascendencia, pues desde que se estableció ese Título en el año de 1917, sólo uno de sus artículos fue reformado en tres ocasiones y únicamente para regular procedimientos de remota aplicación, por lo que en realidad ya no ofrecía bases sólidas para prevenir y sancionar la corrupción que la ciudadanía exigía erradicar, por ende, era necesario actualizar el texto constitucional para que su contenido estuviese a la altura de los cambios y exigencias sociales.

Esta reforma debía de contener normas que obligaran con efectividad al servidor público frente a la sociedad; a conducirse con honradez, estableciendo en

⁸⁶ Renovación Moral de la Sociedad. Secretaría de Gobernación. Impreso en Talleres Gráficos de la Nación, Abril 1983, pp. 21 a 23.

la esencia de nuestro sistema jurídico las bases para que la arbitrariedad, incongruencia, confusión, inmunidad, inequidad e ineficacia no prevalezcan y no corrompan los valores superiores que debe tutelar el servicio público, es decir, evitar a toda costa que se quebrante el derecho para obtener del gobierno ganancias personales, pues ante todo primero esta el bienestar del pueblo.

La iniciativa contempló entre otros aspectos:

- Cambiar la denominación del Título Cuarto Constitucional que hablaba de "las responsabilidades de los funcionarios públicos" por la de "responsabilidades de los servidores públicos".

En la consideración que cambiando el término de "funcionarios públicos" por el de "servidores públicos", desaparecía la antigua y tradicional diferencia entre funcionario, empleado y alto funcionario. Ahora toda persona que desempeñara un empleo, cargo o comisión de cualquier nivel o naturaleza en el servicio público, sería considerada como servidor público. Inclusive la propia denominación de servidor público más que un simple cambio de palabras expresa la voluntad y misión de servicio que tienen los ciudadanos que trabajan para el Estado y sus empresas.

De esta forma, la obligación de servir con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia a los intereses del pueblo sería la misma para todo servidor público, independientemente de su jerarquía, rango, origen o lugar de su empleo, cargo o comisión.

- Artículo 108. Se proponía sujetar a responsabilidad a todo servidor público, señalando que no sólo lo eran aquellos que estaban

señalados en el texto constitucional, sino además, que toda persona que desempeñara un empleo cargo o comisión de cualquier naturaleza dentro de la administración pública federal o local.

Lo anterior, para efectos de que todo el que realizara una función pública, esté sujeto a las responsabilidades inherentes a ella.

Así también, se incluía a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, para que sean responsables por violaciones al pacto federal y sus leyes, como a hasta ese momento se encontraban sujetos los Gobernadores de los Estados y los Diputados de las Legislaturas Locales.

De igual forma, se asentaba el principio general de responsabilidad por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

- Artículo 109. La iniciativa permitía que el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos sus respectivas competencias, establecieran las responsabilidades exigibles política, penal y administrativamente por el incumplimiento de las obligaciones, para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y las obligaciones que cada servidor público debía observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Se eliminaba la confusión derivada de una terminología que tendía a otorgar un fuero de hecho al distinguir entre "delitos y faltas oficiales" y "delitos comunes". Se estableció con claridad que corresponde a la legislación penal determinar las sanciones y procedimientos para aplicarlas por cualquier delito cometido por servidores públicos, sea

con motivo de su empleo, cargo o comisión o no. Con ello se proponía acabar cualquier forma de tratamiento discriminatorio entre el régimen penal aplicable a los gobernantes y a los gobernados.

Se precisó que la vía política y administrativa son distintas y autónomas entre sí; pudiéndose exigir las responsabilidades mediante juicio político sustanciado en el Congreso de la Unión, y el procedimiento administrativo para sancionar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los servidores públicos.

Con lo anterior, los procedimientos políticos, penales y administrativos ya no podían confundirse. Al mismo tiempo, se incluía la garantía de que no podrán imponerse dos veces a una idéntica conducta sanciones de una misma naturaleza, en atención a los procedimientos autónomos facultados para aplicarlas.

Se configuraba constitucionalmente el "enriquecimiento ilícito" de los servidores públicos como base de sanción para acabar con cualquier duda que pudiese existir sobre el imperativo de sancionarlo, pues el régimen anterior ofrecía bases endebles para combatirlo con efectividad.

- Artículo 110. La iniciativa preservaba la intervención de ambas Cámaras al Congreso de la Unión en el juicio político a los Senadores y Diputados, a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a los Secretarios de Despacho, a los Jefes de Departamento Administrativo, al entonces Jefe del Departamento del Distrito Federal, al Procurador General de la República y al Procurador General de Justicia del Distrito Federal, pero añade cómo sujetos de responsabilidad política a los demás servidores públicos

que determine la ley de responsabilidades.

La reforma, pretendía adecuar la terminología de las instancias instructoras y enjuiciadoras en el juicio sobre responsabilidades políticas, señalando que la de Diputados sería el "Jurado de Acusación" y la de Senadores el "Jurado de Sentencia", eliminando así el término de "Gran Jurado" proveniente del derecho anglosajón.

Proponía establecer los principios reguladores de las responsabilidades penales de los servidores públicos. En consonancia con el espíritu de la reforma al Título, eliminaba las prerrogativas de los servidores públicos frente al resto de la población para ser procesados penalmente por los delitos en que incurran manteniendo solamente el procedimiento previo de procedencia ante la Cámara de Diputados para aquellos casos en los que el mismo debe prevenir que la acción penal no se deforme utilizándose con fines políticos, tal y como lo prevenía el texto constitucional en ese entonces vigente.

- Artículo 111. Con esta reforma se proponía eliminar las prerrogativas de los servidores públicos frente al resto de la población para ser procesados penalmente por los delitos en que incurran, manteniendo solamente el "procedimiento de procedencia" ante la Cámara de Diputados.

Se establecían dos principios fundamentales para la sanción de los delitos en que incurran los servidores públicos con motivo de su empleo, cargo o comisión:

- a) Las sanciones penales necesariamente deberán graduarse de acuerdo con los beneficios obtenidos, daños o perjuicios causados por su conducta ilícita, independientemente de los demás elementos que puedan incurrir en la comisión del delito y los cuales debe evaluar el arbitrio judicial.

 - b) La sanción económica por los frutos mal habidos de la conducta ilícita de los servidores públicos puede ser hasta de tres tantos del mismo.
- Artículo 112. Se proponía aclarar que la protección constitucional necesaria para prevenir de represalias políticas por el despacho de los intereses públicos fundamentales, no debía ser utilizada como medio de impunidad frente a delitos que cometan servidores públicos que han dejado de despachar asuntos públicos de dicha naturaleza.

Determinaba con claridad que los servidores públicos con esa protección constitucional debida para el adecuado desempeño de su encargo, no disfrutarán de ello cuando estuviesen separados del mismo.

- Artículo 113. Esta propuesta regulaba los procedimientos distintivos para identificar los actos u omisiones en contravención con esas obligaciones y la naturaleza de las sanciones aplicables, pretendiendo sentar las bases fundamentales para fortalecer y renovar la fiscalización administrativa de acuerdo con las normas de un buen servicio público, así como las bases para identificar y sancionar su cumplimiento de acuerdo con el artículo 134 de la propia Constitución.

El procedimiento administrativo propuesto sería autónomo del político y del penal, como lo señalaba la propuesta de reforma del artículo 109.

- Artículo 114. La iniciativa propone ampliar el término de prescripción para los delitos cometidos por los servidores públicos con fuero durante el desempeño de su empleo, cargo o comisión de un año a lo que regulara la Ley Penal sin poder nunca ser menor a tres e indicaba que la prescripción se interrumpiría en tanto se goce de fuero. Lo que se buscaba era restringir la protección constitucional a una garantía procedimental que prevenga meramente la confusión de las acciones políticas y penales y que no degeneren en fuente de inmunidad para los servidores públicos que delinquen.

Por otra parte se propone que el juicio político sólo podrá iniciarse durante el período en el que el servidor público desempeñe su empleo, cargo o comisión y dentro de un año después, para circunscribir su procedimiento al ámbito en el que razonablemente es procedente exigir responsabilidades políticas.

La prescripción de las responsabilidades exigibles administrativamente se regula de acuerdo con el criterio del legislador, tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos u omisiones que las generen. Cuando ellos sean graves en los términos legislativos, los plazos para la prescripción no podrán ser menores a tres años.⁸⁷

⁸⁷ Cfr. Exposición de Motivos de la iniciativa de reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por la Secretaría de Gobernación ante la Cámara de Senadores de fecha 3 de Diciembre de 1982.

Después de ser discutido ampliamente este proyecto de reformas y adiciones a la Constitución por los integrantes del poder legislativo, finalmente fue aceptado en su gran mayoría, reordenándose el Título Cuarto mediante Decreto de fecha 27 de diciembre de 1982, siendo publicado en el Diario Oficial de la Federación al siguiente día, para quedar como actualmente se conoce.

En términos generales dicho apartado contempla en sus numerales:

- Artículo 108.- Los sujetos a las responsabilidades por el servicio público.
- Artículo 109.- Determina la naturaleza de dichas responsabilidades y las bases de la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito.
- Artículo 110.- Las bases constitucionales respecto del juicio para exigir las responsabilidades políticas y la naturaleza de las sanciones correspondientes.
- Artículo 111 y 112.- La sujeción de los servidores públicos a las sanciones penales y las bases para que no se confunda su aplicación con represalias políticas.
- Artículo 113.- La naturaleza de las sanciones administrativas y los procedimientos para aplicarlas.
- Artículo 114.- Los plazos de prescripción para exigir responsabilidades a servidores públicos.

B. Reformas al Código Penal.

La legislación penal en materia de responsabilidades de servidores públicos fue creada hace más de medio siglo, por lo que en 1982 resultó urgente ponerla acorde con las exigencias de la vida cotidiana, es decir, crear un régimen más severo que castigara cualquier acto de corrupción, por mínimo que éste fuera.⁸⁸

La renovación moral de la sociedad prometida por el entonces candidato a la presidencia de la República, Miguel de la Madrid, debía abarcar entonces no sólo el aspecto represivo, consistente en la persecución eficaz de los servidores públicos corruptos que utilizaban su empleo para obtener beneficios personales lesionando los intereses colectivos, sino también el preventivo, pues resultaba indispensable sentar normas que desalentaran las conductas indebidas que se venían presentando, incrementando la penalidad que para cada delito, a ese momento contemplaba la legislación punitiva.

En tales condiciones, se elaboró por parte de la Secretaría de Gobernación, un proyecto de reformas y adiciones al entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, que fue presentado ante la Cámara de Diputados el 3 de diciembre de 1982, para su discusión.

Esta iniciativa contemplaba reformas a los artículos 24, 30, 52,85, 90 y 212 al 224 del citado Código.

⁸⁸ Renovación Moral de la Sociedad. Secretaría de Gobernación. Impreso en Talleres Gráficos de la Nación, Abril 1983, p. 16.

El documento por lo que se refiere a los artículos del 212 al 224, contenidos en el Título Décimo del referido Código propuso tipificar conductas que ostensiblemente soslayaban la corrupción entre los servidores públicos, pero que hasta ese momento no habían sido previstas por la legislación penal vigente, proponiendo para tal efecto la creación de seis delitos nuevos:

- ⇒ **Uso indebido de atribuciones y facultades.** Para sancionar el manejo ilícito de recursos económicos públicos y de facultades para regular la economía.

- ⇒ **Intimidación.** Sanciona al servidor público que mediante la violencia física o moral inhiba a cualquier persona a presentar denuncia, querrela o aportar información relacionada con algún acto ilícito.

- ⇒ **Ejercicio abusivo de funciones.** Castiga el uso del empleo, cargo, o comisión del servidor público para promover sus intereses económicos personales, los de sus familiares y los de sus afines, así como de personas con las que tenga vínculos afectivos o económicos.

- ⇒ **Tráfico de influencias.** Condena el uso del empleo, cargo o comisión del servidor público para inducir, promover o gestionar cualquier tramitación o resolución ilícitas de algún negocio público, que incluso pueda traer beneficios económicos por él o sus allegados.

- ⇒ **Deslealtad.** Proponía sancionar la infidelidad del servidor público tanto por no proporcionar información para prevenir daños graves a los intereses del Estado, como por sustraer, destruir, difundir, transmitir, ocultar e inutilizar ilícitamente información que el servidor público custodia o a la cual tenga acceso en virtud de su empleo,

cargo o comisión.

⇒ **Enriquecimiento ilícito.** Prevendría la adquisición de bienes cuyo valor exceda notoriamente el monto de los ingresos de los servidores públicos y cuya procedencia legítima no puedan justificar.

Una vez discutidos ampliamente estos temas, a excepción de la figura de deslealtad, los demás fueron aprobados por el Congreso de la Unión e insertados en el texto punitivo.

Por otra parte, se adecuaron los tipos penales de:

⇒ El delito de **Abuso de autoridad**, agregando las hipótesis del servidor que indebidamente:

- a) Otorgue empleos, cargos o comisiones en el servicio público con conocimiento de que no serán desempeñados y acreditaciones falsas en el servicio público
- b) Realice la contratación de personas que se encuentren inhabilitados.

⇒ El delito de **Cohecho** se amplía con la solicitud de cualquier dádiva por parte del servidor público para cualquier tercero.

⇒ En el delito de **Peculado**, se amplía con el uso de fondos públicos y de facultades y atribuciones para regular la economía a afecto de lograr la promoción personal o la denigración de cualquier persona,

así como con la distracción de dichos fondos para usos indebidos por parte de quienes los custodian, aunque no sean servidores públicos federales o del Departamento del Distrito Federal.

La iniciativa proponía eliminar la responsabilidad penal respecto de aquellas conductas cuya peligrosidad no ameritaba sancionarse penalmente y frente a las cuales la sanción administrativa era la más adecuada. Por otra parte, se consideró pertinente suprimir cuatro fracciones del delito en ese entonces denominado Ejercicio Indebido o Abandono de Funciones Públicas referentes a acciones u omisiones en el servicio público que resultaba irrazonable sancionar penalmente, para finalmente cambiar por el de Ejercicio Indebido del Servicio Público que castigaba al servidor público que utilizara el empleo, cargo o comisión después de que legalmente lo ha dejado de desempeñar.

Por lo que respecta a la aplicación ilícita de recursos públicos, se estimó quedaría mejor comprendida en el delito de Uso Indebido de Atribuciones y Facultades que en el diverso de Abuso de Autoridad en el que se encontraba hasta ese momento.

Uno de los aspectos relevantes de este proyecto, consistió en prever sanciones no solamente para el servidor público corrupto, sino también castigar la conducta de cualquier persona (particular) que promoviera el actuar delictivo en el servicio público, con la aclaración de no confundir esta conducta con la de coparticipación o coautoría en los delitos cometidos por servidores públicos pues estas últimas suponen la responsabilidad penal de aquéllos.

En relación a las sanciones propuestas en esta iniciativa, se contemplan de manera fundamental la naturaleza de aquellos valores que se pretenden proteger, considerando la infracción delictuosa de las obligaciones de los servidores públicos en función de los intereses y valores sociales superiores que están bajo su tutela, como son: la honradez en el manejo de los recursos del pueblo y el respeto incuestionable a la ley que debe prevalecer en la actividad de todo servidor público.⁸⁹

Finalmente, en su mayoría fue aprobada esta iniciativa de reformas mediante decreto de fecha 30 de diciembre de 1982 y publicándose en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 1983, con el único fin de sancionar con la máxima severidad a aquellos servidores públicos que con su actuar indebido afectaban los intereses del pueblo, tratando de abatir los niveles de corrupción en el servicio público, cualquiera que fuera su rango o jerarquía.

Fue hasta el 18 de Mayo de 1999, cuando nuevamente el Código Punitivo, sufre reformas, siendo publicado en el Diario Oficial de la Federación de esa fecha, el Decreto que modificaba al entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, separando la materia Común de la Federal y por ende también cambiaba su denominación, para quedar como Código Penal Federal, sin embargo, el Título Décimo que va de los artículos 212 al 224, denominado "Delitos Cometidos por Servidores Públicos" pasó al nuevo Código de manera íntegra.

⁸⁹ Cfr. Exposición de Motivos de la iniciativa de reformas y adiciones al Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, presentada por la Secretaría de Gobernación ante la Cámara de Diputados, de fecha 3 de Diciembre de 1982.

Posteriormente el citado Título fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de junio de 2001, adicionándose el Capítulo III Bis denominado "Desaparición Forzada de Personas", con los artículos 215-a, 215-b, 215-c y 215-d.

Desafortunadamente, como se observa ha tenido que ser ampliamente normada la conducta de los servidores públicos, para sancionar cualquier acto contrario a las normas, pues no es permisible que éste deje a un lado los principios que le impone nuestra Constitución Política, para obtener beneficios personales, lesionando los intereses del Estado y/o gobernados, por ello se busca en todo momento castigar cualquier actuar indebido por parte de sus integrantes.

CAPÍTULO II

LA CONDUCTA

A. Consideraciones Previas.

Conforme a lo expuesto en el anterior apartado, ha quedado claro que cuando el actuar de los servidores públicos resulta contrario a los ordenamientos y dispositivos que rigen sus funciones y atribuciones, además de las sanciones administrativas a que pudieran hacerse acreedores, su conducta puede ser reprochable penalmente de acreditarse la comisión de algún delito.

En efecto, el artículo 109 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite que una misma conducta pueda ser sometida a procedimientos distintos, es decir, el administrativo y/o penal, los cuales se seguirán de manera autónoma.

Cuando el servidor público incurra en la comisión de cualquier delito de los previstos en el Código Penal Federal y Leyes Especiales será sujeto del procedimiento penal correspondiente.

Es importante señalar, que el citado Código Sustantivo de la Materia y Fuero dedica un Título exclusivamente a ciertas conductas que desarrolladas por el servidor público federal, en el ejercicio de sus funciones, que se alejan de los principios de legalidad, honestidad y lealtad, que debe observar cabalmente, pero que además transgreden dispositivos de orden público e interés social.

En el Título Décimo del referido Código, en su artículo 217 fracción I, inciso d), se establecen una serie de hipótesis, enfocadas, entre otros, a la obra pública, delito denominado como "Uso Indevido de Atribuciones y Facultades", mismo que es objeto de análisis, como a continuación se expone:

En el campo del Derecho Penal, tiene gran relevancia la "Teoría del Delito", que de acuerdo con Celestino Porte Petit, se avoca al estudio de los elementos del delito, su aspecto negativo y las formas de manifestarse. Consecuentemente, la teoría del delito comprende tres aspectos: existencia del delito, su inexistencia y aparición.⁹⁰

En opinión del autor, el estudio de los delitos, debe efectuarse aplicando dicha teoría a cada ilícito en particular, pues aquélla no puede vivir aislada, sino en función de cada tipo, de otra manera, no sería posible conocer la figura delictiva en toda su integridad como elemental exigencia dogmática. Es decir, analizando metódica y sistemáticamente el delito en cada uno de sus elementos constitutivos y en todo lo concerniente a ellos, así como en su particular aspecto negativo y en sus formas de aparición, para con ello obtener una visión integral y total imagen de la figura delictiva, sin correr el riesgo de una contemplación fragmentada, desarticulada y personal.⁹¹

Bajo esa óptica, es como se efectuará al análisis dogmático del Uso Indevido de Atribuciones y Facultades, prevista en el numeral 217, fracción I inciso d) del Código Penal Federal.

⁹⁰ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I", 19 ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p. 195.

⁹¹ *Ibidem*. p. 196.

Previamente, es importante conocer qué debemos entender por delito. Al respecto, diversos autores han vertido su punto de vista en torno a este concepto, de los cuales cabe destacar los siguientes:

Para Fernando Castellanos, la palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.⁹²

En opinión del autor en cita, otros pensadores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. A pesar de tales dificultades, es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales.⁹³

Pavón Vasconcelos señala que a lo largo de los tiempos, el delito ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.⁹⁴

Francisco Carrara, principal exponente de la Escuela Clásica, define al delito como la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la

⁹² CASTELLANOS, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", 43 ed., Ed. Porrúa, México, 2002, p. 125.

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", 11ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1994, p. 177.

seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. ⁹⁵

Para otros expositores en la materia, la noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues expresan que formalmente hablando, el delito se caracteriza por su sanción penal, pues consideran que no es posible hablar de delito sin una ley que sancione determinadas conductas. ⁹⁶

La postura anterior, fue adoptada por nuestro Código Penal Federal, que en su artículo 7º define al delito como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales". ⁹⁷

La definición legal del delito, para algunos autores resulta poco feliz, tan es así que, los propios autores del Código de 1931 han admitido lo innecesario de la inclusión del precepto definitorio, por no reportar utilidad alguna y por el inconveniente de ser, como toda definición, una síntesis incompleta. ⁹⁸

Comenta Fernando Castellanos que, un concepto sustancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, es decir su estudio y concepción depende de los elementos que lo integran, indicando que para Jiménez de Asúa, el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Opinión que no comparte, pues estima que la imputabilidad y la punibilidad no pueden ser parte

⁹⁵ Citado por CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. pp. 125 y 126.

⁹⁶ Cfr. CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 128.

⁹⁷ Código Penal Federal, Ed. Sista, México 2003, p. 97.

⁹⁸ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. pp.178 y 179.

de sus elementos, toda vez que la primera es un presupuesto de la culpabilidad y la segunda, se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento, es decir una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no adquiere el rango de elemento esencial del mismo.⁹⁹

Para el autor en cita en último término, son cuatro los elementos esenciales del delito: conducta, tipicidad, antijuridicidad (o antijuricidad) y culpabilidad, advirtiendo que esta última, requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario.

Cabe hacer la aclaración que desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos los factores del delito; por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero uno u otro, sino que al momento de llevarse a cabo el delito se dan todos sus elementos, sin embargo no puede hacerse a un lado que en un orden estrictamente lógico, primero debe de observarse una conducta; materializada esta determinar si se adecua a alguna de las hipótesis contenidas en el ordenamiento penal (tipicidad), luego entonces precisar si esa conducta es antijurídica e imputable a algún sujeto, para finalmente indagar si obró de manera culpable, opinando al respecto Fernando Castellanos que “entre los factores integrantes del delito no existe una prioridad temporal, pero sí una indiscutible prelación lógica”¹⁰⁰.

Para Porte Petit los elementos que conforman el delito se desprenden del propio Código Penal Federal, al establecer en su artículo 7°: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, identificándose una conducta o

⁹⁹ Cfr. CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 130 y sig.

¹⁰⁰ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 133.

hecho, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, y a veces alguna condición objetiva de punibilidad y a la punibilidad.¹⁰¹

Al respecto, la moderna doctrina jurídico – penal considera que a cada elemento del delito corresponde un aspecto negativo, el cual impide su integración, siendo cada uno de ellos, a saber; a) La Ausencia de Conducta o de Hecho, b) Atipicidad, c) Causas de Justificación, d) Inculpabilidad y e) Excusas Absolutorias.

A continuación, se procederá a realizar el análisis de cada uno de los aspectos positivos y negativos del delito de Uso Indevido de Atribuciones y Facultades, contenido en el numeral 217, fracción I, inciso d) del Código Penal Federal, enfocado a la hipótesis del servidor público que indebidamente otorgue, realice o contrate obra pública.

B. La Conducta

1. Concepto.

La conducta, de acuerdo con Porte Petit, consiste en un hacer voluntario o en no hacer voluntario o no voluntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico; debe entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiende a un fin¹⁰². Coincidiendo con esta opinión Fernando Castellanos, al señalar que es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.¹⁰³

¹⁰¹ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 203.

¹⁰² Ibidem. p. 234.

¹⁰³ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit., p.149.

1.1. La conducta o hecho.

La conducta o hecho, como el primer elemento objetivo del delito, siguiendo la postura de Celestino Porte Petit, ambos son el elemento material del ilícito, que pueden derivar en una mutación en el mundo fáctico, o bien únicamente transgrede normas jurídicas, pues afirma:

“Pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento material del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material. Nadie puede negar que el delito constituye una conducta o un hecho” ¹⁰⁴

Considera el autor en cita que independientemente de cuáles y cuántos sean los elementos del delito, es indiscutible que cuando la descripción típica sea de una mera conducta o un hecho, estos vienen a ser el primer elemento del delito dentro de la prelación lógica con relación a los restantes elementos del mismo. ¹⁰⁵

De lo anterior se puede considerar que se estará en presencia de la conducta cuando el tipo describe como necesario para que se configure el delito, una actividad o inactividad voluntaria del agente, sin que se produzca un resultado material, es decir sólo jurídico o también llamado de mera conducta. Por otro lado, el hecho se dará cuando a consecuencia del hacer o no hacer voluntario del agente, se cause un resultado material o mutación en el mundo exterior.

¹⁰⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit., p. 229.

¹⁰⁵ Idem.

Asimismo, la conducta puede adoptar dos formas de expresión, consistentes en la acción y la omisión. La primera se revela como un aspecto positivo de la conducta y la segunda, como negativo.

1.1.1. La acción.

Para Porte Petit, la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un "tipo de prohibición".¹⁰⁶

Opinión similar emite Pavón Vasconcelos, al referir que "...el sujeto, con su actuar voluntario, viola siempre un deber, el cual en los delitos de acción es de abstenerse por contener un mandato de no hacer; por ello en tales delitos se viola siempre una norma prohibitiva... necesariamente de naturaleza penal".¹⁰⁷

Fernando Castellanos señala que la acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.¹⁰⁸

La acción desde el punto de vista del derecho penal, consiste en la realización de cualquier movimiento corporal positivo, a fin de adecuarse a la determinada figura típica con ánimo de ir en contra de lo dispuesto en la norma.¹⁰⁹

¹⁰⁶ *Ibidem.* p. 235.

¹⁰⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 213.

¹⁰⁸ CASTELLANOS, Fernando. *Ob. Cit.*, p. 152.

¹⁰⁹ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. "Cuerpo del Delito y Tipo Penal", 1ª. ed., Ed. Angel Editor, México, 2002, p. 137.

Se puede concluir que la acción, se presenta con la manifestación de la voluntad humana a través de un actuar positivo, que viene a infringir una norma de carácter prohibitivo necesariamente de índole penal.

Concepto del cual se pueden apreciar como parte integrante de la misma, tres elementos, a saber:

- a) La manifestación de voluntad o querer.
- b) La actividad o movimiento corporal.
- c) El deber jurídico de abstenerse.

1.1.2. La omisión

Frente a la acción como conducta positiva (implica motividad del cuerpo traducido en una actividad típica voluntaria), encontramos a la omisión, forma de conducta negativa, o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal.¹¹⁰

En opinión de Fernando Castellanos, la omisión radica en un abstenerse de obrar, simplemente una abstención, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar.¹¹¹

Es decir, la conducta omisiva se produce cuando el omitente, tenía obligación de actuar ante una determinada situación para evitar un resultado lesivo.¹¹²

¹¹⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 214.

¹¹¹ CASTELLANOS, Fernando. Ídem.

¹¹² ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Ídem.

Los elementos de la omisión, según Cuello Calón son tres, un acto de voluntad, una conducta inactiva y el deber jurídico de obrar.

La omisión a su vez, se puede mostrar de dos maneras distintas, a saber:

- a) Omisión simple o propia, la cual consiste en esa abstención voluntaria o involuntaria, que viola una norma preceptiva y produce un resultado típico. ¹¹³

- b) Omisión impropia o también llamada comisión por omisión, cuya esencia se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material. ¹¹⁴

Al tratar sobre el concepto de la omisión simple, Porte Petit, estima que ésta consiste en el no hacer voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición, por lo que en su opinión, son elementos de ella:

- a) Voluntad o no voluntad (culpa)
- b) Inactividad o no hacer
- c) Deber jurídico de obrar
- d) Resultado Típico

¹¹³ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit., p. 239.

¹¹⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit., p. 216.

Sin embargo, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva, estamos en presencia de la comisión por omisión.¹¹⁵

En esta forma de la conducta según Fernando Castellanos, hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva.¹¹⁶

De lo anterior se desprenden los elementos que constituyen al delito de comisión por omisión, a saber:

- a) Una voluntad o culpa.
- b) Inactividad.
- c) Deber Jurídico de obrar (una acción esperada y exigida) y deber de abstenerse
- d) Resultado típico y material.

Los dos primeros elementos coinciden con los de la omisión simple, en cambio hay diferencias fundamentales:

- En la omisión simple se viola únicamente una norma preceptiva penal, en tanto que en la comisión por omisión una penal o de otra rama del derecho y una prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.

¹¹⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit., p. 243.

¹¹⁶ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p.154.

- En los de omisión simple sólo se da un resultado jurídico, en los de comisión por omisión, se produce uno jurídico y otro material.
- En los de omisión simple, es la inactividad lo que integra el delito, en tanto que en los de comisión por omisión es el resultado material lo que configura el tipo. ¹¹⁷

1.2. El Hecho.

El delito es un fenómeno fáctico jurídico que tiene realización en el mundo social. Por ello, en el campo del derecho penal se identifica el término hecho como el delito mismo, dándosele, igualmente, una connotación diversa, en sentido restringido como elemento del delito. ¹¹⁸

La conducta o el hecho pueden constituir el primer elemento del delito.

Según Porte Petit, por hecho entenderemos a la conducta, el resultado y el nexo de causalidad. ¹¹⁹

Siendo, por tanto elementos del hecho:

- a) Una conducta
- b) Un resultado material
- c) La relación causal entre la conducta y la mutación en el mundo exterior. ¹²⁰

¹¹⁷ PAVÓN VASCONSELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 219

¹¹⁸ *Ibidem.* p. 195

¹¹⁹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob Cit. p 259.

¹²⁰ *Ídem.*

Dentro de este elemento, sus formas pueden ser una acción u omisión.

A decir del resultado material, Pavón Vasconcelos opina que es la consecuencia de la conducta y, por lo tanto como un elemento del hecho, cuando el resultado trae consigo un mutamiento de naturaleza material¹²¹. Opinión que comparte Porte Petit, precisando que la modificación en el mundo exterior puede ser de carácter físico, anatómico, fisiológico, psíquico o económico.¹²²

Entre la conducta que produce un cambio en el mundo exterior se requiere una relación causal, para que ésta sea atribuible al sujeto.¹²³

Explica Porte Petit, que la relación de causalidad consiste en un nexo entre un elemento del propio hecho (conducta) y una consecuencia de la misma (resultado material), que viene a ser igualmente un elemento del hecho.¹²⁴

Pavón Vasconcelos considera que sólo es propio hablar de nexo causal con relación a aquellas conductas productoras de un resultado material, pues únicamente en el mundo naturalístico y no en el jurídico tiene vivencia tal fenómeno.¹²⁵

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, se puede sostener que el delito materia del presente trabajo monográfico es de acción, toda vez que la hipótesis delictiva tiene como verbo rector de la conducta el: otorgar, realizar o contratar una

¹²¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 224.

¹²² PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. pp. 260 y 262.

¹²³ *Ibidem*. p. 264

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 229.

obra pública, es decir, requiere de un actuar positivo o hacer, sin que tal proceder necesariamente traiga aparejado un resultado material.

En ese sentido, se puede afirmar que es un delito de mera conducta, toda vez que sólo requiere que el servidor público a través de su actuar lleve a cabo cualquiera de los actos previstos por el tipo penal de manera "indebida", sin que sea necesario para su integración, el que se produzca una mutación en el mundo externo.

Cabe recordar que el legislador en este caso, trató de sancionar el comportamiento del servidor público cuando al llevar a cabo cualquiera de los supuestos establecidos en la norma penal, contraviniera las disposiciones constitucionales y legales que en materia de obra pública debían regir su conducta.

Al respecto opina Mariano Jiménez Huerta:

"La descripción típica de la fracción I del artículo 217 no contiene para el requisito de que las operaciones que se describen produzcan para el servidor público u otras personas conectadas con él por vínculos de identidad, beneficios económicos, como se exige en el artículo 220. Basta por tanto, de lege data, la objetiva e indebida realización por parte del servidor público de alguno de los actos que describe en los cuatro incisos de la fracción I del artículo 217 para la integración de la conducta típica." ¹²⁶

¹²⁶ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. "Derecho Penal Mexicano, Tomo V, Suplemento Delitos Cometidos por Servidores Públicos", Ed. Porrúa, México, 1983, p.28 -29.

Por nuestra parte, estimamos que puede darse el caso, en que la conducta del sujeto activo del delito, además de transgredir la norma jurídica que le prohíbe realizar determinada acción, produzca un resultado material, como podría ser la afectación en el patrimonio de la Dependencia o Entidad en que desempeña sus funciones, lo cual nos ubicaría en el hecho.

El resultado material de carácter económico, cuando llegue a darse tendría que ser cuantificado con los dictámenes periciales correspondientes, para precisar la afectación que en su patrimonio pudiera haber resentido el sujeto pasivo del delito como consecuencia directa e inmediata de la conducta desplegada por el agente del ilícito, al actuar indebidamente en la contratación, otorgamiento o realización de una obra pública que se rige por ciertas reglas establecidas en una ley especial y de observación obligatoria para el servidor público facultado para realizar ese tipo de operaciones.

C. Clasificación del delito.

Señala Porte Petit, que si un tipo requiere en unos casos de una mera conducta, y en otros, un resultado material, no puede negarse la existencia de delitos de mera conducta o de resultado material.¹²⁷

Diversos autores han intentado una clasificación del delito en orden a la conducta y al resultado producido.

¹²⁷ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 261.

1. En orden a la conducta

Porte Petit señala que el delito en orden a la conducta puede ser:

- a) De acción
- b) De omisión
- c) De omisión mediante acción
- d) Mixtos: de acción y de omisión
- e) Sin conducta (de sospecha o posición)
- f) De omisión de resultado
- g) Unisubsistentes y plurisubsistentes
- h) Habituales

1.1. De acción

Estaremos en presencia de un delito de acción cuando la conducta se manifieste a través de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales voluntarios.¹²⁸

Comenta Arturo Zamora que:

“En los delitos de acción generalmente se produce un resultado merced a un acto positivo que en ocasiones requiere para su integración una serie o multiplicación de movimientos, la conducta comisiva se identifica por hacer algo perceptible por el común de las personas y también porque se viola una ley prohibitiva, <el que se apodere>, <el que prive

¹²⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 250.

ilegitimamente de la libertad>, <el que prive de la vida>, etcétera.” ¹²⁹

El caso que nos ocupa, es sin duda un delito de acción, pues al momento en que indebidamente se otorgue o realice una obra pública o bien se celebre un contrato de obra, necesariamente la conducta del sujeto pasivo se manifiesta mediante un hacer que lesiona el bien jurídico tutelado por la norma penal, que estriba en la probidad con que se debe conducir el servidor público en el desempeño de sus funciones para con ello asegurar la correcta administración de los recursos públicos.

1.3. De omisión.

Los delitos de omisión son aquellos que se consuman por una inactividad, un no hacer, esto es, que el sujeto activo del delito se adecua al mismo por el sólo hecho de abstenerse de realizar aquello que le estaba ordenado por la norma. ¹³⁰

La hipótesis que nos ocupa, no podría ubicarse en esta clasificación, pues del verbo rector de la conducta (otorgue, realice o contrate) se desprende que esta sólo puede agotarse necesariamente a través de un hacer o actuar.

¹²⁹ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Ob. Cit. p. 138.

¹³⁰ Idem.

1.3. De omisión mediante acción.

Hay quienes afirman que se puede hablar, en orden a la conducta, de delitos de omisión mediante acción, por existir casos en los cuales para omitir el deber prescrito en la norma no requiere la realización de una acción.¹³¹

Sin embargo, no son admisibles este tipo de delitos, pues no es posible sostener la existencia de un no hacer mediante hacer, ya que si lo relevante es la omisión misma, resulta indiferente llegar a la omisión mediante una acción¹³². Por tanto, la hipótesis que nos ocupa no podría concebirse como un delito de omisión mediante acción, pues lo reprochable penalmente sería la omisión de celebrar el contrato de obra pública y no las acciones que se llevaron a cabo por parte del servidor público para que se dejara de suscribir el instrumento jurídico.

1.4. Mixtos: de acción y de omisión.

En opinión de Porte Petit, los delitos de mixtos de acción y de omisión, son aquellos en los que, el tipo exige un hacer y un no hacer¹³³. Bajo esta idea, el delito materia del presente estudio, no sería un delito mixto, pues su descripción típica no especifica que para su consumación, se requiera de omitir algún deber, sin embargo, Pavón Vasconcelos, estima que no necesariamente debe ordenarlo el tipo, también se puede presentar la omisión para agotar la conducta.¹³⁴

¹³¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 250.

¹³² *Ibidem*. p. 251.

¹³³ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 292.

¹³⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p.251.

Desde esta postura, si pudiera considerarse que la hipótesis del servidor público que indebidamente contrate una obra pública (acción) llegue a ese acto omitiendo realizar el estudio o análisis de la propuesta de la concursante y declararla ganadora.

Lo anterior, es concebible, pues se llegaría a la acción a través de la omisión, contrario a lo que señala la clasificación de los delitos de omisión mediante acción.

1.5. Sin conducta (de sospecha o posición)

Según Porte Petit, no es posible aceptar la existencia de delitos sin conducta, puesto un elemento de la conducta (en sus dos formas: acción y omisión) o el hecho, según la descripción del tipo.¹³⁵

En el caso concreto, no es posible hablar de que el delito de Uso Indebido de Atribuciones y Facultades en su hipótesis del servidor público que indebidamente contrate una obra pública, sea de sospecha.

1.6. De omisión de resultado

Esta clasificación la sustenta Grispigni, quien afirmó la existencia de delitos de omisión de resultado, los cuales existen, cuando en el tipo se contienen órdenes de resultado, cuando la ley espera del agente una determinada modificación del mundo fenomenológico. Precisamente la no verificación de tal

¹³⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 293.

resultado configura el delito y en esa virtud, la conducta al expresarse trae como consecuencia la omisión del evento.

Difiriendo de este criterio, Pavón Vasconcelos, sostiene que las normas penales contienen mandatos de hacer o prohibiciones de no hacer, siendo indiferente si mediante el acatamiento de tales mandatos o prohibiciones, puede producirse una determinada mutación del mundo exterior del agente, pues lo interesante en la realidad es la acción o la omisión que contraría el precepto legal¹³⁶. Así acontece con el delito que nos ocupa, pues lo trascendente para el ámbito penal es que con el sólo actuar indebido del servidor público se transgrede la norma.

1.7. Doblemente omisivos

De acuerdo con esta clasificación, en los delitos doblemente omisivos, el sujeto tiene un doble deber de actuar:

- a) Realizar una acción esperada y exigida, y
- b) Producir un resultado material esperado y exigido

En consecuencia, existe un doble deber de obrar, ya que se concreta, en que el sujeto no hace lo que debe hacer y no produce el resultado a que está obligado a realizar.¹³⁷

¹³⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 252.

¹³⁷ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 294.

Al delito en estudio, no es posible clasificarlo en esta categoría, toda vez que se exige con la omisión del sujeto activo, la no producción de un resultado material, siendo que en el presente caso, para que se configure el tipo no es necesario un cambio en el mundo exterior, por tanto no es indispensable que se deje de producir un resultado.

1.8. Unisubsistentes o plurisubsistentes

El delito es unisubsistente cuando la acción se agota en un solo acto; es plurisubsistente cuando la acción requiere, para su agotamiento, de varios actos; es decir puede conformarse con un solo acto, dos o más de ellos.¹³⁸

En el caso particular, se estima que el delito es unisubsistente, pues sólo requiere de un acto para la celebración del contrato de obra pública, pudiendo ser también plurisubsistente en la hipótesis de la realización de la obra pública, pues se necesitarían de varios actos indebidos para ejecutar los trabajos.

1.9. Habituales

Porte Petit, indica que existe un delito habitual cuando el elemento material está formado de acciones repetidas de la misma especie, las cuales no constituyen delito por sí mismas.

Los elementos del delito habitual, son:

¹³⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 253.

- a. Una repetición de acciones.
- b. Las acciones repetidas, deben ser de la misma especie.
- c. Cada una de las acciones realizadas no constituyen delito, y
- d. La suma de todas las acciones son las que constituyen delito.¹³⁹

Al respecto, no es posible situar al delito de Uso Indevido de Atribuciones y Facultades, hipótesis del servidor público que indebidamente otorgue, realice o contrate obra pública, en este criterio para clasificar al delito en orden a la conducta, toda vez que si el servidor público lleva a cabo diversos actos para la consumación del delito, esas acciones no siempre serán de la misma especie.

2. En orden al resultado.

Porte Petit clasifica al delito en orden al resultado que pudiese producir, el cual como ya apuntamos, puede ser material o jurídico. Refiriendo así al:

- a) Delito instantáneo.
- b) Delito instantáneo con efectos permanentes o delito permanente impropio.
- c) Delito permanente.
- d) Delito necesariamente permanente.
- e) Delito eventualmente permanente.
- f) Delito alternativamente permanente.
- g) Delito de simple conducta o formal y de resultado material.
- h) De daño o de peligro.

¹³⁹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 295 - 296.

A continuación abordaremos cada una de estos criterios, para determinar si la hipótesis delictiva que nos ocupa, cabe en alguno de ellos.

2.1. Instantáneo

Es delito instantáneo en el que la consumación y el agotamiento del delito se verifican instantáneamente.¹⁴⁰

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son delitos instantáneos aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, porque consisten en actos que, en cuanto son ejecutados, cesan por sí mismos, sin poder prolongarse, como el homicidio, el incendio, las lesiones.

Porte Petit, señala que son requisitos del mismo:

- a. Una conducta, y
- b. Una consumación y agotamiento de la misma, instantáneos.¹⁴¹

Así las cosas, en la hipótesis del servidor público que indebidamente contrata una obra pública, está se agota en el mismo momento que se suscribe el instrumento jurídico correspondiente, lesionando en ese momento el bien jurídico tutelado por la norma, que para el caso, radica entre otros, en el buen manejo de los recursos públicos, como se abordará en capítulos subsecuentes.

¹⁴⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 255.

¹⁴¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 299.

2.2. Instantáneo con efectos permanentes

Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo, por ejemplo, en el homicidio, se destruye instantáneamente el bien tutelado que es la vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta, perdura para siempre.¹⁴²

De lo anterior, resulta característico que los efectos que produzca la conducta instantánea se prolonguen en el tiempo, es decir que el actuar del sujeto traiga aparejado un resultado material de carácter económico, lo cual como ya se expuso, podría ser posible, por ende, sería válido considerar que el delito de Uso Indebido de Atribuciones y Facultades, hipótesis del servidor público que indebidamente otorgue realice o contrate una obra pública, se sitúe en esta clasificación, pues además del cambio en el mundo jurídico produce uno en el físico.

2.3. Permanente

En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del propósito, no del mero efecto del delito, sino en el estado mismo de la ejecución; tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el plagio.¹⁴³

¹⁴² CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 138.

¹⁴³ Ibidem. p. 139.

La hipótesis delictiva concreta, no podría ser de carácter permanente, pues como ya se afirmó, la consumación del mismo es en el momento que se agotan sus elementos, es decir instantáneo.

2.4. Necesariamente permanente.

Es aquel que requiere para su existencia un resultado antijurídico permanente.

Esta clasificación atiende a la naturaleza del delito el cual requiere, en forma necesaria, la persistencia del estado antijurídico representado por la compresión del bien jurídico.¹⁴⁴ Lo cual, no resulta aplicable a la hipótesis a estudio, pues como ya se apuntó la conducta indebida del servidor público que lesiona el bien tutelado por la norma, es instantánea.

2.5. Eventualmente permanente.

El que siendo instantáneo puede en ocasiones prolongar su consumación.¹⁴⁵

Clasificación en orden al resultado, que no podría ser aplicable a la hipótesis penal que nos interesa, pues se recuerda, que es sin duda de naturaleza instantánea.

¹⁴⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 262.

¹⁴⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 308.

2.6. Alternativamente permanente.

Aquellos en los cuales se descubre una conducta culpable completamente diversa a otra, como cuando se trata de raptó, que puede ser instantáneo en caso de que el agente ponga en libertad a la persona y permanente si la retiene.

A este respecto, Pavón Vasconcelos niega la existencia de este tipo de ilícito, pues afirma que el delito es por naturaleza instantáneo y en forma eventual puede convertirse en permanente, o es necesariamente permanente.¹⁴⁶

2.7. De simple conducta o formal y de resultado material.

Señala Porte Petit que, son delitos de simple o pura conducta, formales o de resultado inmaterial, aquellos que se consuman con la realización de la conducta y de resultado o materiales, aquellos que al consumarse producen un cambio en el mundo exterior.¹⁴⁷

Como ya se expuso, el ilícito que nos interesa, se consuma con el actuar indebido del servidor público, sin que para su agotamiento sea necesaria la producción del resultado material, es decir, solo se requiere un resultado jurídico o formal por tanto, puede clasificarse como un delito de mera conducta y no así de resultado material.

¹⁴⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 263.

¹⁴⁷ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 309.

2.8. De daño o de peligro.

Con relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y de peligro. Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como el homicidio, el fraude; los segundos no causan un daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas.

Partiendo de esta base, podría sostenerse que la hipótesis delictiva de nuestro interés, sea de daño, ya que una vez consumada la contratación indebida de la obra pública, se produce un daño a la correcta administración de los recursos públicos, bien jurídico que tutela la norma penal en el caso concreto.

Es también de peligro, cuando al realizarse una obra pública, sin tomar en cuenta las disposiciones relativas a la planeación o presupuestación, se pone en riesgo el patrimonio de la Entidad, al no concluirse o retrasarse los trabajos, que repercuten en los intereses económicos federales.

D. Ausencia de Conducta.

Una vez estudiado el primer elemento del delito, consistente en la conducta o hecho, corresponde ahora abordar su aspecto negativo: "la ausencia de conducta".

A este respecto, opina Fernando Castellanos:

“...si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es, pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito...” ¹⁴⁸

Esto es entendible, si partimos de que la conducta es todo comportamiento del hombre que se hace manifiesto a través de una actividad o un no hacer, teniendo ambas formas de expresión como característica, la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la esperada.

Bajo esta idea, es indiscutible que cuando se produzca un resultado jurídico o material atribuible a un sujeto, pero en el que no esté presente el aspecto volitivo, se podrá hablar de ausencia de conducta, conduciendo entonces así a la inexistencia del ilícito penal.

Sobre el particular, Francisco Pavón Vasconcelos expresa:

“...hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son “suyos” por faltar en ellos la voluntad.” ¹⁴⁹

¹⁴⁸ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 163.

¹⁴⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 276.

La doctrina penal mexicana ha coincidido que son casos de ausencia de conducta:

1.- Vis Absoluta o Fuerza Física Exterior Irresistible.

Debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza física superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir, que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella. ¹⁵⁰

Lo anterior, supone que en el sujeto se encuentra ausente la voluntad de hacer o no hacer, traduciéndose su actuar en meros movimientos corporales que no integrarían una acción u omisión sancionados por el sistema punitivo, convirtiéndose en un instrumento de una voluntad ajena, es decir de otro sujeto, impuesta materialmente a la que no puede oponer resistencia.

A decir de Fernando Castellanos, no es una acción humana pues no existe la manifestación de la voluntad, el sujeto se convierte en un mero instrumento, que al ser violentado o forzado, no comete el delito, ejemplificando, que sería tan inocente como la espada de que un asesino se valiera para cometer el crimen. ¹⁵¹

Son características de la vis absoluta:

¹⁵⁰ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 322.

¹⁵¹ Cfr. CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 164.

- a) Un movimiento corporal o inactividad involuntarios
- b) Ocasionada por una fuerza física, exterior e irresistible.
- c) Proveniente de otro sujeto, que quiere el resultado.

En la hipótesis delictiva de nuestro interés, difícilmente podría presentarse como causa de ausencia de conducta, el uso de la fuerza, pues sería tanto como aceptar que en las oficinas de la Dependencia o Entidad en donde se lleve a cabo la suscripción de un contrato, una persona obligue al servidor público a signar indebidamente el instrumento jurídico correspondiente, para con ello, beneficiar a aquél que emplea sobre él la presión a la que no pueda oponer resistencia, pero de darse el caso, resultaría evidente que no es su voluntad realizar el acto.

2.- Vis Mayor o Fuerza Física Exterior Irresistible Natural.

La "vis major" es una de las hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana. ¹⁵²

Aclarando este concepto, Pavón Vasconcelos, al estimar que se trata de una actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. ¹⁵³

¹⁵² PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 234.

¹⁵³ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 279.

La diferencia entre ésta y la vis absoluta, es que en la primera el actuar u omisión es originado por una fuerza de carácter natural mientras que en la otra, la fuerza impulsora proviene necesariamente de otro sujeto, pero en ambas es evidente la falta del elemento volitivo.

Al ser esta causa excluyente de conducta, resulta imposible que se presente en la hipótesis de nuestro interés, pues sería absurdo aceptar que el servidor público indebidamente contrate una obra pública, porque recaiga sobre el una fuerza irresistible de carácter natural, como sería, por ejemplo, un huracán, que le impida actuar de otra forma.

3.- Los movimientos reflejos.

Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito).¹⁵⁴

Mezger da un concepto más elaborado al indicar:

*“Los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un dentro sensorio a un centro motor y produce el movimiento.”*¹⁵⁵

¹⁵⁴ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 165.

¹⁵⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 285.

Un ejemplo claro de esta forma de ausencia de conducta, son los ataques epilépticos que algunas personas padecen, pues en esos casos los movimientos que realiza su cuerpo no son por que el sujeto quiera realizarlos, sino que obedecen a un problema nervioso que escapa a su control.

Así pues, no es concebible que, un servidor público celebre un contrato de obra pública sufriendo una crisis de epilepsia, pues se requiere la voluntad del agente y movimientos definidos para plasmar su firma en ese documento.

4.- El Sueño.

El sueño, definido por Pavón Vasconcelos como, el estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos¹⁵⁶, es otra causa de ausencia de conducta, sin embargo, en el caso que nos ocupa, no es posible que se presente como causa excluyente de la conducta.

5.- El Sonambulismo.

El estado sonambúlico es similar al sueño, distinguiéndose de éste en que el sujeto deambula dormido, resultando movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Ibidem. p. 281.

¹⁵⁷ Cfr. Ibidem. p. 282.

Por sus características, al igual que las otras causas, resulta inoperante en la hipótesis delictiva de nuestro interés.

6.- El Hipnotismo.

El hipnotismo consiste en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. Las manifestaciones pueden ir desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico, pasando por diversas fases en las cuales se acentúa, en sus características externas, el grado de hipnotismo.¹⁵⁸

Esta situación, se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o, cuando menos de su disminución, a través de la sugestión, lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente y el hipnotizador, considerándose excluyente del delito, por que es latente que la voluntad del sujeto de hacer o no hacer está ausente, siendo que el resultado producido es consecuencia del mandato impuesto por otra persona, colocándose en este caso la persona como un medio de que se allega el hipnotizador para cometer un delito.

En la práctica es muy difícil que se presente esta causa en la hipótesis penal que nos atañe, porque el servidor público requiere de plena conciencia para realizar la contratación indebida o llevar a cabo la obra pública.

Por su parte, el Código Penal Federal, en su artículo 15 a lo largo de sus diez fracciones, enumera diversas situaciones que denomina "causas de exclusión

¹⁵⁸ Ibidem. p. 284.

del delito", llamando nuestra atención la contenida en la fracción I, que a la letra dice:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

..." ¹⁵⁹

Del contenido de esta fracción, se desprende que es esencial para que se configure un delito, que en la conducta desplegada por el sujeto esté presente su voluntad para hacer o no hacer algo, por ende la ausencia de ella, traería como consecuencia la falta del primer elemento del delito y por ende su no configuración.

Si bien es cierto, que es acertado el texto legal, al captar en la citada fracción cualquier hipótesis de ausencia de conducta, Fernando Castellanos opina que no es necesario que la legislación enumere todas las causas de falta de conducta, pues cualquier situación capaz de eliminar ese elemento básico del delito, es suficiente para impedir la consumación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador. ¹⁶⁰

¹⁵⁹ Código Penal Federal. Ed. Sisita, México, 2003, p. 99.

¹⁶⁰ Cfr. CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 165.

CAPITULO III

EL TIPO PENAL

Una vez analizada la conducta o el hecho, según sea el caso, corresponde ahora estudiar al segundo elemento del delito, consistente en la tipicidad.

Opinan diversos autores que, para precisar el concepto y contenido de la tipicidad es indispensable abordar lo correspondiente al tipo penal, pues ambos términos no deben confundirse, tal y como se expondrá en líneas precedentes.

Bajo esos términos a continuación se abordara lo concerniente al tipo, su concepto y elementos:

A. El tipo

1. Concepto.

Para Mariano Jiménez Huerta, el tipo es concebido como la descripción de la conducta, que a virtud del acto legislativo queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible.¹⁶¹

Castellanos Tena opina que el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.¹⁶²

¹⁶¹ Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. "La Tipicidad", Ed. Porrúa, México, 1985, p. 16.

¹⁶² Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. p. 167.

Por su parte, Pavón Vasconcelos señala que lo propio es hablar de “tipo legal”, pues al denominarlo de esta forma, se le da una connotación jurídico penal, agregando que:

“...es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma un resultado, reputada como delictuosa al concretarse a ella una sanción penal.” ¹⁶³

Conforme se aprecia, el tipo es la descripción de una conducta delictiva que se plasma en la ley, en ese sentido por lo que respecta al delito en estudio, lo encontramos en la fracción I, inciso d) del artículo 217 del Código Penal Federal, cuyo texto legal estatuye expresamente, entre otras hipótesis delictivas:

“Artículo 217. Comete el delito de uso Indebido de atribuciones y facultades:

I. El servidor público que indebidamente:

...

d) Otorgue, realice o contrate obras públicas...” ¹⁶⁴

Como se observa, esta es la descripción que el legislador hace de una conducta del servidor público que en el desempeño de sus funciones indebidamente, esto es, como se vera más adelante, se aleja de la base normativa a que debe sujetarse, al momento de otorgar, realizar o contratar obra publica.

¹⁶³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 294.

¹⁶⁴ Código Penal Federal. Ed. Sista, México, 2003, p. 149.

Conductas, de otorgar, realizar o contratar obras públicas indebidamente, que traen consigo aparejada una sanción en términos del último párrafo de dicho numeral 217 del Código Penal Federal.

B. Elementos del tipo

El tipo penal además de describir la conducta que considera debe ser sancionada, en ocasiones agrega otros elementos que resultan necesarios para su integración, coincidiendo la doctrina mexicana que pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o subjetiva, sin que sea indispensable que se presenten juntos, pues todo dependerá de la exigencia típica del delito de que se trate, sin embargo, necesariamente la conducta o el hecho, siempre estarán presentes, pues como ya se expuso, la ausencia de este trae aparejada la no configuración del delito.

En cuanto a los elementos del tipo, Pavón Vasconcelos, escribe:

*“Conocida es la clasificación de los delitos del tipo como objetivos, normativos y subjetivos, según sean apreciados por el puro conocimiento o bien requieran de una especial valoración, o se les refiera al motivo o fin de la conducta descrita.”*¹⁶⁵

El mismo autor expresa:

“El tipo legal se nos presenta, de ordinario, como una mera descripción de la conducta humana, ... En otras el tipo

¹⁶⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. “Concurso Aparente de Normas”, 6ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2003, p. 56.

*describe además el efecto o resultado materia de la acción u omisión, ... o bien contiene referencias a los sujetos ...a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial, modalidades de la propia acción... que forman parte igualmente del tipo, o hace referencia a determinados estados de ánimo o tendencia del sujeto, al fin de la acción, etc. De ahí la necesidad de estudiar por separado los distintos elementos que entran en la integración de los tipos lo cual será de innegable utilidad para precisar posteriormente, los efectos de su ausencia, elementos que pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o subjetiva.”*¹⁶⁶

Esta clasificación doctrinal, ha sido reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir recientemente la siguiente tesis jurisprudencial:

Novena Época

Instancia: SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Febrero de 2003

Tesis: I.7o.P.26 P

Página: 1010

“CALIFICATIVAS. DEBEN INCLUIRSE EN EL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL OCHO DE

¹⁶⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", 11ª. ed. Ed. Porrúa, México, 1994, p. 298 - 299.

MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE.
...Asimismo, la doctrina ha sostenido que los elementos del tipo penal en forma abstracta son los siguientes: la conducta (acción u omisión); el bien jurídico; la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; sujeto o sujetos activo y pasivo; nexo causal; objeto material; los medios utilizados o las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión (modalidades de la conducta o calificativas); voluntad dolosa o culposa. Todos estos elementos a su vez los clasifica en objetivos, normativos y subjetivos. Los elementos objetivos son aquellos que pueden ser advertidos con la sola aplicación de los sentidos; los elementos normativos requieren de un determinado juicio de valor y los elementos subjetivos son aquellos que no se pueden apreciar con los sentidos por encontrarse en el interior de la persona humana, en su pensamiento y en su sentimiento y, por ello, su comprobación resulta complicada...

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL
DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1957/2002. 16 de enero de 2003. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Hugo Luna Ramos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Froylán Borges Aranda.

Véase: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, mayo de 2001, página 1091, tesis I.6o.P.18 P, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. SE DEBEN INCLUIR LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS*

DEL DELITO EN ÉL, A LA LUZ DE LA REFORMA DEL TRES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, AL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL.

Nota: Sobre el tema tratado la Primera Sala resolvió el 7 de febrero de 2003 la contradicción de tesis 114/2001-PS."

1. Elementos Objetivos.

De acuerdo a la opinión de Pavón Vasconcelos, son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.¹⁶⁷

El mismo autor explica que además del núcleo del tipo constituido por la acción u omisión, son elementos también todos los procesos, estados o referencias concatenados a la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal, siendo de gran trascendencia, pues en algunos casos, la adecuación típica sólo podría acontecer si se cumplen con esas exigencias.¹⁶⁸

En esas modalidades, han coincidido diversos autores que pueden consistir en referencias temporales, espaciales, medios de comisión, referencias al sujeto activo, pasivo y objeto material.

¹⁶⁷ ídem.

¹⁶⁸ ídem. p. 300.

Ahora bien, en cuanto a los componentes que integran el elemento objetivo, se tiene que estos pueden ser:

- a) Sujeto activo.
- b) Sujeto pasivo.
- c) Objeto jurídicamente tutelado.
- d) Objeto material tutelado.
- e) Modalidades de la conducta.

1.1. Sujeto activo.

Ignacio Villalobos considera que si el delito es un acto que exterioriza una voluntad, el sujeto activo del mismo tendrá que ser un ser humano, trátase de hombre o mujer. ¹⁶⁹

A este respecto, señala Pavón Vasconcelos que sólo el hombre podrá ser sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra provisto de la capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión, infringir la norma penal. ¹⁷⁰

Por ende, es sujeto activo del delito la persona que con su acto u omisión lleva a cabo una conducta prohibida por la norma, pero en ocasiones, la descripción legal exige para la configuración del mismo, que éste tenga determinada calidad, existiendo entonces tipos comunes o indiferentes y propios o exclusivos.

¹⁶⁹ VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano", 5ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1983, p. 269

¹⁷⁰ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Derecho Penal Mexicano", p. 181.

Los tipos comunes o indiferentes, son aquellos en los que no se exige una calidad específica que deba satisfacer el agente, es decir, cualquier persona puede cometer el ilícito, en cambio, los de carácter exclusivo, precisan que el activo reúna determinada calidad, esto es, sólo la persona que posea esa calidad descrita por el tipo, podrá ejecutar la conducta que el mismo describe; de lo contrario se presentaría la ausencia del elemento típico y por ende la atipicidad de la conducta o hecho, como más adelante se abordará.

A manera de ejemplo, el delito de homicidio previsto y sancionado en el artículo 302 del Código Penal Federal, no exige al sujeto activo del delito calidad alguna, es decir, cualquier persona puede cometerlo, sin embargo, para el caso que nos ocupa, el delito de uso indebido de atribuciones y facultades solo puede ser perpetrado por una persona que sea **servidor público** y que indebidamente otorgue realice o contrate una obra pública.

Ahora bien, surge la interrogante de quienes son las personas consideradas como servidores públicos, al respecto la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su numeral 108, así como el diverso 212 del Código Penal Federal, precisa que individuos son considerados con tal calidad, conforme se transcribe a continuación:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

“Art. 108.- Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier

naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

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

Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios.”¹⁷¹

Código Penal Federal

“ARTICULO 212.- Para los efectos de este Título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier

¹⁷¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Sista, México, 2003, p. 48.

naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal.

Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente.” ¹⁷²

1.2. Sujeto pasivo

Por tal se conoce al titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. Como la ley tutela bienes no sólo personales sino colectivos, pueden ser sujetos pasivos:

- La persona física, sin limitaciones, desde su nacimiento.

- La persona moral o jurídica sobre quien puede recaer igualmente, la conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos tales como el patrimonio de lo que puede ser titular.

¹⁷² Código Penal Federal. Ed. Sista, México, 2003, p. 146.

- La sociedad en general, cuando se afectan bienes jurídicamente tutelados como es el caso de los delitos contra la economía pública y contra la moral pública.
- El Estado, como ente jurídico, titular de bienes protegidos por la norma penal, en algunos casos puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva perpetrada por particulares, o como en el caso motivo del presente trabajo de investigación, por sus propios servidores públicos.¹⁷³

A este respecto, Carlos Vidal Riveroll señala:

“...tratándose de delitos perpetrados por servidores públicos, el Estado puede ser sujeto pasivo cuando se afecten los bienes jurídicos protegidos por el mismo (lealtad, legalidad, honestidad, etc., de los servidores público), ya que es el principal interesado e que se cumplan tales principios, porque en la medida en que ello acontezca, se logrará una mejor y más adecuada administración pública.”¹⁷⁴

Al igual que para el sujeto activo, en algunas ocasiones la descripción legal, exige que el sujeto pasivo tenga determinada calidad, en la hipótesis que nos ocupa, el tipo no plasma en su texto el que la conducta recaiga en una persona física o moral, el Estado o la sociedad, sin embargo del análisis de las razones que motivaron la creación de este ilícito se desprende que fue con el propósito de proteger los intereses de la sociedad y evitar se continuara lesionando al Estado.

¹⁷³ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 186.

¹⁷⁴ VIDAL RIVEROLL, Carlos. Ob. Cit. p.17.

Opina Pavón Vasconcelos que cuando el tipo exige determinada calidad en el sujeto pasivo y de no existir ésta, no puede darse la tipicidad, pero se está en presencia de un delito personal cuando si precisa tal calidad y cuando el pasivo del delito puede ser cualquiera se trata de un delito impersonal.¹⁷⁵

1.3. Objeto jurídicamente tutelado

Para Celestino Porte Petit, debe entenderse por objeto jurídico el valor o bien tutelado por la ley penal, aclarando que algunos tipos protegen no uno sino varios bienes de igual o desigual valor.¹⁷⁶

Por su parte, Jiménez Huerta afirma lo siguiente:

*“El bien jurídico es la razón del tipo legal, el espíritu que lo hace vivir y aquel que fija sus confines... no es posible concebir la idea, imagen o esquema rector de un tipo delictivo...sin tener presente el bien jurídico que forja y preside la idea o esquema rector”*¹⁷⁷

*“Los bienes o intereses tutelados pueden pertenecer a una persona física, a un organismo colectivo con personalidad jurídica conforme al Derecho Público – Federación, entidad federativa, municipio, corporación - a un ente colectivo desprovisto de personalidad jurídica – familia, colectividad nacional o internacional.”*¹⁷⁸

¹⁷⁵ Citado por PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 349

¹⁷⁶ Ibidem. p. 350.

¹⁷⁷ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 116 - 117.

¹⁷⁸ Ibidem. p. 235.

Para Arturo Zamora el bien jurídico como objeto de protección del derecho penal es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro. Así entonces, el tipo debe entenderse como un valor ideal del orden social jurídicamente protegido, por tanto, el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos.¹⁷⁹

Los valores bajo la tutela de la ley penal, pueden ser diversos, por ejemplo, la vida, la libertad, el patrimonio, el honor y en algunos casos, pueden proteger a un individuo o a un grupo o colectividad, como por ejemplo los que protegen a la familia, la comunidad local, nacional o internacional o la sociedad.

En el caso que nos ocupa, los bienes jurídicamente protegidos por la norma penal son por una parte, los principios que deben observar los servidores públicos en el desempeño de su empleo, como la legalidad, la lealtad, imparcialidad y eficiencia en todos los actos que realicen, esto último en acato a lo dispuesto por el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por la otra, protege los intereses sociales y las facultades para regular la economía nacional. En general, tutela la correcta aplicación de los fondos económicos públicos.

Sirve de sustento, el siguiente criterio jurisprudencial:

Novena Época

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Marzo de 2003

¹⁷⁹ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Ob. Cit. p. 76.

“SERVIDORES PÚBLICOS. SU RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA SURGE COMO CONSECUENCIA DE LOS ACTOS U OMISIONES PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN QUE RIGE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO Y SU RELACIÓN CON EL ESTADO. La responsabilidad administrativa de los servidores públicos surge como consecuencia de los actos u omisiones -que se definan ya sea por la propia legislación bajo la cual se expidió el nombramiento del funcionario, la ley que rige el acto que se investigó, o bien, por las que se contemplan en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos- pues, de no considerarse así, bastaría que el ordenamiento jurídico respectivo no previera las obligaciones o deberes que a cada funcionario le corresponden, para dejar impunes prácticas contrarias a la legalidad, honradez, imparcialidad, economía y eficacia que orientan a la administración pública y que garantizan el buen servicio público, bajo el principio unitario de coherencia entre la actuación de los servidores públicos y los valores constitucionales conducentes, sobre la base de un correlato de deberes generales y la exigibilidad activa de su responsabilidad. Tan es así que la propia Constitución Federal, en su artículo 109, fracción III, párrafo primero, dispone que se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, lo que constríne a todo servidor público a acatar y observar el contexto general de disposiciones legales que normen y orienten su

conducta, a fin de salvaguardar los principios que la propia Ley Fundamental estatuye como pilar del Estado de derecho, pues la apreciación de faltas implica constatar la conducta con las normas propias o estatutos que rigen la prestación del servicio público y la relación laboral y administrativa entre el servidor público y el Estado.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 316/2002. Titular del Órgano Interno de Control en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. 29 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez."

1.4. Objeto material

El objeto material es la cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito.¹⁸⁰

En todas las hipótesis, el objeto material lo será aquel o la cosa sobre el cual recae la acción delictiva, sin embargo, Celestino Porte Petit, estima que en algunos casos puede llegar a identificarse con el sujeto pasivo, tal y como sucede en los delitos de violación, homicidio y lesiones.¹⁸¹

¹⁸⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 351.

¹⁸¹ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 349.

1.5. Modalidades de la conducta.

Sobre el particular, Carlos Vidal Riveroll, expresa:

*“Como regla general, en la descripción del tipo, éste no se refiere a alguien, por ser indiferente a ello. Esto mismo se hace extensivo a las formas, medios o situaciones de la conducta; sin embargo, a veces la ley precisa algunos casos condicionados sin cuya presencia no es dable el tipo, tales como referencias al objeto, medios, formas de ejecución, circunstancias de lugar y tiempo, etc., conocidos con el nombre de modalidades de la conducta”.*¹⁸²

Las modalidades de la conducta, señala, consisten en:

- Referencias temporales

Es decir, el tipo exige un momento, época e incluso día u hora en que el delito deba de realizarse, pues de ello dependerá su configuración.

- Referencias espaciales

Sostiene que en este tipo de modalidades la exigencia se ubica en la precisión de determinados medios locales de comisión del delito, sin los cuales no se manifiesta el tipo.

- Referencias a los medios de comisión

En cuanto a esta modalidad, comenta que es aquella que viene a señalar la forma o modo como concretamente debe realizarse el delito,

¹⁸² VIDAL RIVEROLL, Carlos. Ob. Cit. p. 51.

el medio, excepcionalmente de forma, precisión, fijeza y color al verbo del tipo. ¹⁸³

2. Elementos Normativos

Para Mezger, son “presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho”.¹⁸⁴

Por su parte, Pavón Vasconcelos afirma que los elementos normativos forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos, por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico. ¹⁸⁵

El análisis y valoración del elemento normativo es de gran relevancia, pues no se debe perder de vista que de acuerdo a lo establecido en el numeral 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los juicios del orden criminal se debe aplicar la ley conforme a su letra, prohibiendo aplicarla por analogía o mayoría de razón.

Dada la naturaleza sui generis de la hipótesis delictiva que resulta de nuestro interés, ésta presenta diversas formas de comisión de la conducta por parte del agente del delito, que también precisan de ser valoradas jurídicamente y de conformidad con el texto legal, se observan varios elementos normativos:

¹⁸³ Ídem.

¹⁸⁴ Citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 302.

¹⁸⁵ Ídem.

“Artículo 217.- Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:

I. El servidor público que indebidamente:

...

d) Otorgue, realice o contrate obras públicas...”¹⁸⁶

Los elementos normativos son:

- i) Servidor público
- ii) Indebidamente
- iii) Otorgue
- iv) Realice
- v) Contrate
- vi) Obras públicas

2.1. Servidor Público

Desde el encabezado de dicha fracción, se supedita al sujeto activo del delito a tener una calidad específica, consistente en la de ser servidor público y con ese carácter realizar indebidamente las acciones ahí contenidas, sin embargo, la descripción típica no precisa a quienes se debe considerar como tales, el juzgador o aplicador de la ley para hacer una valoración de dicho término tiene que recurrir a otros artículos del mismo ordenamiento o en su caso a diversas leyes. Asimismo puede acudir a otras fuentes no jurídicas, como diccionarios, tratados, estudios, etc., para determinar qué debe entender por esa expresión o cuál es su alcance y sentido.

¹⁸⁶ Código Penal Federal, Ed. Sista, México, 2003, p. 149.

Como se explicó al momento de abordar el tema del sujeto activo del delito, nuestra Ley Fundamental en su numeral 108 establece las personas consideradas como servidores públicos para efectos de cualquier tipo de responsabilidad a que alude el Título Octavo, indicando el diverso artículo 109 Constitucional, entre otras, la de carácter penal. Cabe destacar, que bajo la denominación de servidores públicos, el texto constitucional además de listar determinados cargos, también comprende a todas aquellas personas que desempeñen un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza dentro de la Administración Pública Federal.

Por su parte, el Código Penal Federal en su ordinal 212, precisa que para efectos del Título Décimo, serán servidores públicos:

“...toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente título, son aplicables a los gobernadores de los Estados, a los diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los tribunales de justicia locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal.

Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la

*perpetración de alguno de los delitos previstos en este título o el subsecuente.*¹⁸⁷

Es de resaltarse, que a partir de las reformas de 1982, también se sanciona a los particulares por su coparticipación en la perpetración de los ilícitos.

En la práctica, son diversas las formas en que la autoridad ministerial o la judicial tienen por acreditado este elemento normativo, pues en algunos casos con la propia declaración del presunto responsable, al admitir éste haber desempeñado, dentro de la época de los hechos que se investigan, algún empleo, cargo o comisión en alguna de las dependencias o entidades que conforman la Administración Pública Federal, o bien, con el nombramiento que al efecto se emita, pues como ya se expuso en el apartado conducente, es la forma más habitual de iniciar la relación laboral.

Así también, se puede acreditar con el documento expedido por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, denominado "Aviso de Alta del Trabajador", pues se demuestran los derechos de previsión social a que se hace acreedor por prestar sus servicios al Gobierno Federal.

En otras ocasiones, la dependencia o entidad hace suscribir al servidor público un contrato de trabajo, incluso a las personas que ingresan a prestar sus servicios bajo el régimen de honorarios, como es el caso de algunas empresas de participación estatal, ese documento hace prueba plena de la calidad de servidor público, exigida por el tipo penal que nos ocupa.

¹⁸⁷ Código Penal Federal. Ed. Sista, México, 2003, p. 146.

Otra forma de demostrar, la calidad específica del sujeto activo, radica en el comúnmente denominado "talón de pago" o comprobante de nómina que al efecto emite la dependencia o entidad, pues es considerado como una documental pública indubitable, que acredita la remuneración quincenal que recibe el servidor público por prestar sus servicios.

Asimismo, sin excepción alguna, cuando se ingresa a prestar un servicio por primera vez a la Administración Pública Federal, la dependencia o entidad, se elabora una constancia denominada "Filiación", la cual contiene, entre otros datos, los personales como lo es el nombre, domicilio, teléfono, características físicas (tamaño y forma de ojos, nariz, boca, orejas, color de piel, señas particulares), fotografía de frente y perfil, huellas digitales y la fecha de inicio de servicios, lo que demuestra la calidad de servidor público.

Otros elementos de prueba, radican por ejemplo en la credencial que lo ubica como servidor público de determinada Dependencia o Entidad, el formato o póliza del Seguro de Vida Institucional, Avisos de Movimiento de Personal, o cualquier documento que lejos de crear incertidumbre por cuanto hace al carácter de servidor público resultan suficientes, aptos e idóneos para tener por satisfecho este elemento normativo.

A este respecto, existen criterios judiciales en el sentido de que para acreditar el carácter de servidor público de una persona, no es indispensable contar con el nombramiento respectivo, basta que se desempeñe como tal dentro de las dependencias o entidades señaladas en las leyes como parte integrante de la Administración Pública Federal, como se expone a continuación:

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Agosto de 1999

Tesis: II.1o.P.27 K

Página: 800

“SERVIDOR PÚBLICO. SU CARÁCTER NO SÓLO SE ACREDITA CON SU NOMBRAMIENTO. El carácter de servidor público no sólo se acredita con el nombramiento, sino también puede hacerse mediante otros elementos probatorios como pueden ser un memorándum y copia fotostática certificada de alguna credencial que lo acredite como tal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 90/99. Wenceslao Gómez Montiel. 16 de abril de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretario: Antonio Legorreta Segundo.”

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: V, Junio de 1997

Tesis: 1a./J. 22/97

Página: 171

"ABUSO DE AUTORIDAD, EL CARÁCTER DE SERVIDOR PÚBLICO, COMO ELEMENTO DEL TIPO DEL DELITO DE, NO PUEDE ACREDITARSE EXCLUSIVAMENTE CON LA CONSTANCIA DEL NOMBRAMIENTO. Tratándose de aquellos delitos como el de abuso de autoridad, para cuya actualización no se requiere prueba especial, según lo disponen los códigos adjetivos de San Luis Potosí, Sinaloa y Nayarit, se sigue el sistema de no limitar taxativamente la prueba, en donde la decisión del Juez no está determinada por reglas más o menos rígidas que lo obliguen a estimar cierto lo demostrado por pruebas determinadas, sino que opera el arbitrio judicial, para la libre apreciación de las pruebas, por lo que, para tener por acreditado el carácter de servidor público como elemento del tipo del ilícito aludido, no sólo se logra mediante el nombramiento con tal carácter del sujeto activo o la constancia que así lo compruebe, en virtud de que el juzgador tiene que hacer uso de la facultad más importante dentro de su tarea de administrar pública justicia, consistente en la actividad intelectual que despliega al efectuar la valoración de la prueba, a la luz de la regla genérica que contemplan los códigos de procedimientos penales invocados, en el sentido de que el Juez goza de la más amplia libertad para valerse de todos los medios lícitos de investigación, lo que se traduce en que, para tener por comprobado el referido extremo, la autoridad judicial se puede allegar cualquier elemento de convicción, siempre y cuando no sean contrarios a derecho, ni reprobados por la ley.

Contradicción de tesis 48/96. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. 28 de mayo de 1997. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jorge Humberto Benítez Pimienta.

Tesis de jurisprudencia 22/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas."

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Junio de 1996

Tesis: IX.2o.6 P

Página: 756

"ABUSO DE AUTORIDAD, DELITO DE. PARA ACREDITAR EL CARÁCTER DE SERVIDOR PÚBLICO NO ES INDISPENSABLE QUE OBRE EL NOMBRAMIENTO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ). Para tener por acreditado el carácter de funcionario o servidor público, como elemento del delito de abuso de autoridad, no es indispensable que obre en los autos el nombramiento respectivo, porque esos extremos pueden probarse con otros elementos de prueba, bien permitidos por la ley, o bien que no sean contrarios a derecho, que adminiculados lleven a la convicción de esos hechos. Ello, debido a que el artículo 189 del Código de Procedimientos Penales de San Luis Potosí establece reglas genéricas para la comprobación del cuerpo del delito, conforme a las cuales el juzgador goza de las más amplias facultades, para considerar al efecto los medios de investigación que estime conducentes; sin

que existan en cambio, en dicha legislación, reglas específicas para la comprobación del cuerpo del delito de abuso de autoridad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 96/96. Manuel Martínez Tello. 23 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Torres Medina. Secretario: Víctor Pedro Navarro Zárate.

Véase:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo V, junio de 1997, página 171, tesis por contradicción 1a./J.22/97 de rubro "ABUSO DE AUTORIDAD, EL CARÁCTER DE SERVIDOR PÚBLICO, COMO ELEMENTO DEL TIPO DEL DELITO DE, NO PUEDE ACREDITARSE EXCLUSIVAMENTE CON LA CONSTANCIA DEL NOMBRAMIENTO."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo V, junio de 1997, página 195, tesis por contradicción 1a./J.21/97 de rubro "ABUSO DE AUTORIDAD, EL CARÁCTER DE SERVIDOR PÚBLICO, COMO ELEMENTO DEL TIPO DEL DELITO DE, SE PUEDE PRESUMIR MEDIANTE LA INTEGRACIÓN DE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo V, junio de 1997, página 223, tesis por contradicción 1a./J. 23/97 de rubro "PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo V, junio de 1997, página 223, tesis por contradicción 1a./J. 24/97 de rubro "PRUEBA INDICIARIA, LA FORMA DE OPERAR LA, EN EL DERECHO PROCESAL PENAL Y CIVIL, ES DIFERENTE AL DEPENDER DEL DERECHO SUSTANTIVO QUE SE PRETENDE."

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Junio de 1996

Tesis: XI.2o.13 P

Página: 799

"COHECHO. NO SE REQUIERE LA CONSTANCIA ESCRITA DEL CARÁCTER OFICIAL DE SERVIDOR PÚBLICO PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. No se requiere el nombramiento escrito del carácter oficial de servidor público para la integración del delito de cohecho, porque tal circunstancia deviene intrascendente si ese carácter oficial consta acreditado fehacientemente por cualquier medio de prueba.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 175/95. Eduardo Aguilar Delgado y otro. 17 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretario: Victorino Rojas Rivera."

2.2. Indebido

El encabezado de la fracción en la cual se contempla la hipótesis delictiva que nos ocupa, se supedita al sujeto activo del delito a realizar el verbo rector de la conducta en forma indebida, sin establecer en el texto del numeral, que debe entenderse por esta expresión o cual es su alcance, por ende, estamos ante la presencia de un elemento normativo que requiere de una valoración jurídico penal.

Una de las acepciones que tiene el término indebido, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, es el de ilícito, injusto y falto de equidad.¹⁸⁸

Para el ámbito del derecho lo indebido en sentido amplio, es aquello efectuado en contra de la normatividad, entonces su violación mediante cualquier acto u omisión sería tipificada como delito, caso completamente inadmisibles pues se perdería la línea divisoria entre las transgresiones de índole administrativa y las penales, por lo que resulta evidente la importancia de tratar de delimitar el ámbito de aplicación de dicho término.

Si partimos de la idea que todos los actos administrativos que realizan los servidores públicos en ejercicio de sus funciones están sujetos a lo dispuesto por las leyes que los regulan, cualquier contravención a lo dispuesto en ellas, se vierte indebido, sin embargo, esas conductas trastocan el ámbito del derecho penal cuando el legislador las contempla en el Código Sustantivo de la Materia y Fuero, como acontece en el presente caso, al reprochar penalmente en su

¹⁸⁸ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 21ª. ed., Tomo II, Madrid, 1992, p. 1156.

numeral 217 fracción I, inciso d) al servidor público el otorgamiento, realización o contratación de una obra pública desatendiendo las disposiciones que al efecto se encuentran establecidas.

Al respecto, Mariano Jiménez Huerta, considera que los comportamientos que prevé esta fracción I, adquieren corporiedad a través de los actos administrativos que efectúa el servidor público, los que cuando se realizan indebidamente devienen en delictivos, expresando:

“Son las disposiciones legales de índole constitucional y administrativa, las que han de poner en relieve si es indebido el comportamiento del servidor público.” ¹⁸⁹

A consideración particular, se estima que una conducta de índole administrativa se torna penal, al momento de acreditarse la plena intención del servidor público de realizar su acción u omisión en contravención a lo dispuesto por la norma constitucional o de la materia, pudiéndose ocasionar con ese actuar daños y perjuicios al patrimonio de la dependencia o entidad en que se desempeñe, sin que esto último sea exigido por la norma punitiva, para tener por consumado el delito de que se trata, por ser este eminentemente de mera conducta, es decir de resultado formal.

De ahí que pueda establecerse como “indebida” la conducta desplegada por el sujeto activo consistente en el otorgamiento, realización o contratación, cuando se dirige en contra de lo dispuesto en el artículo 113 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y lo previsto en la ley

¹⁸⁹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. “Derecho Penal Mexicano, Tomo V, Suplemento: Delitos cometidos por servidores públicos”, Ed. Porrúa, México, 1983, p. 28.

Reglamentaria de la materia, siendo el caso la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la Misma. Como se abordará a continuación, son claros los casos en que se está en presencia del actuar indebido de los servidores públicos, respecto de cada uno de esos actos.

2.3. Otorgar

El verbo otorgar proviene del latín *auctoticare*, de *auctorare*, que se entiende como consentir, condescender o conceder una cosa que se pide o se pregunta.¹⁹⁰

En el ámbito del derecho, el término otorgar se emplea cuando una persona expresa su voluntad o autorización para que se realice o lleve a cabo un acto.

Para efectos del presente análisis, el término otorgar, consiste en la autorización que emita la dependencia o entidad para la realización de una obra pública determinada.

Al respecto, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con los Mismos, dispone en su numeral 25, que corresponde a los Comités de Obras Públicas dictaminar respecto de la procedencia de no celebrar la licitación pública por encontrarse los trabajos a realizar, en alguno de los supuestos de excepción previstos en el diverso 42 del mismo ordenamiento, es decir, que permiten no

¹⁹⁰ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 21ª. ed., Tomo II, Madrid, 1992, p. 1494.

convocar públicamente y optar entre el procedimiento de invitación restringida o contratación directa.

En este supuesto, el verbo rector de la conducta, se interpreta como la autorización que emite dicho Comité para que se pueda contratar una obra pública a través de un procedimiento distinto de la licitación pública, pues éste, es la regla general, por ello, si la determinación del consejo no está motivada y fundamentada en alguna causal que permita la excepción a la convocatoria pública, ese otorgamiento se torna indebido.

Por lo anterior, se desprende que la contravención a lo dispuesto por nuestra Carta Magna, Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y demás dispositivos aplicables, da a ese otorgamiento el carácter de indebido.

Otro ejemplo de un otorgamiento indebido de obra pública, sería cuando una vez agotado el procedimiento de licitación pública, el servidor o servidores públicos encargados de presidir todos los actos que lo conforman, deciden adjudicar el contrato a la concursante que no reúne todos los requisitos técnicos y económicos exigidos por la licitante.

Consideramos que el acto de adjudicación, es una forma de otorgar una obra pública, pues de esta manera la dependencia o entidad, a través de ciertos servidores públicos expresa su consentimiento respecto de la procedencia de que determinada persona física o moral cumple con las condiciones establecidas por ella.

2.4. Realizar

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, nos dice que el verbo realizar significa efectuar o llevar a cabo algo o ejecutar una acción.¹⁹¹

Acorde con este concepto y para los efectos del presente análisis jurídico, el realizar una obra pública consiste en que la dependencia o entidad, ya sea por sí misma o través de un contratista, lleve a cabo los trabajos necesarios para materializar la obra proyectada.

Ahora bien, es la propia Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en su numeral 26 que señala que las dependencias y entidades podrán realizar obras públicas y servicios relacionados con las mismas ya sea por contrato o por administración directa.

Cabe añadir que para el caso de la realización de una obra pública bajo el régimen contractual, éste será abordado en el siguiente punto y por tanto sólo abordaremos el estudio de lo relativo a la modalidad de administración directa.

Esta última forma de efectuar trabajos, estriba en la posibilidad que tiene todas las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, para llevar a cabo sus propias obras públicas, siempre y cuando cuenten con la capacidad técnica y los elementos necesarios, tales como maquinaria, equipo de construcción, personal técnico, además de haber obtenido previamente el

¹⁹¹ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 21ª. ed., Tomo II, Madrid, 1992, p. 1733.

presupuesto respectivo autorizado por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito, y asimismo tener los estudios, proyectos, especificaciones de construcción, normas de calidad y el programa de ejecución totalmente terminado o bien, con un avance en su desarrollo que permita ejecutar ininterrumpidamente los trabajos hasta su conclusión.¹⁹²

Una obra pública por administración directa, sería realizada indebidamente si los servidores públicos encargados de verificar que los requisitos establecidos para tal efecto, teniendo pleno conocimiento de que alguno de ellos no está satisfecho, inicia, continua o concluye los trabajos respectivos.

2.5. Contratar

El contrato es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, que crea o transfiere derechos y obligaciones entre ellas, sobre una cosa o acto determinado.¹⁹³

De acuerdo al Código Civil Federal, los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.¹⁹⁴

Al respecto, Rafael Rojina Villegas define al contrato como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios.¹⁹⁵

¹⁹² Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, editada por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, Enero de 2000, p. 5 y 19. Artículo 24 y 70.

¹⁹³ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II C-CH, Instituto e Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, p. 291.

¹⁹⁴ Código Civil Federal, Artículo 1793 p. 120.

¹⁹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil IV, Contratos", 12ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1980, p. 7.

Así las cosas, cualquier persona, ya sea física o moral, puede celebrar contratos y tendrán estos que ser regulados por el derecho civil, sin embargo, como se abordó en el capítulo primero del presente trabajo, el Estado, como persona jurídica, puede por conducto de las dependencias y entidades que lo conforman celebrar contratos, ya sea con otras personas de derecho público o privado, sometiendo algunos de ellos a las disposiciones de uno u otro, ubicándose dentro de los primeros, los contratos administrativos, siendo un claro ejemplo de estos, el de obra pública.

El contrato de obra pública de acuerdo con el artículo 45 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, sólo puede ser de tres tipos:

- A precio unitario
- A precio alzado
- Mixtos

Sin embargo, la ley en cita en su numeral 46 dispone que cualquiera que sea la forma que adopten, en su clausulado deben insertar como mínimo las siguientes especificaciones:

I. La autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato y sus anexos;

II. La indicación del procedimiento conforme al cual se llevó a cabo la adjudicación del contrato;

III. El precio a pagar por los trabajos objeto del contrato. En el caso de contratos mixtos, la parte y su monto que será sobre la base de precios unitarios y la que corresponda a precio alzado;

IV. El plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha de inicio y conclusión de los mismos, así como los plazos para verificar la terminación de los trabajos y la elaboración del finiquito referido en el artículo 64 de esta Ley, los cuales deben ser establecidos de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos;

V. Porcentajes, número y fechas de las exhibiciones y amortización de los anticipos que se otorguen;

VI. Forma y términos de garantizar la correcta inversión de los anticipos y el cumplimiento del contrato;

VII. Plazos, forma y lugar de pago de las estimaciones de trabajos ejecutados y, cuando corresponda, de los ajustes de costos;

VIII. Penas convencionales por atraso en la ejecución de los trabajos por causas imputables a los contratistas, determinadas únicamente en función de los trabajos no ejecutados conforme al programa convenido, las que en ningún caso podrán ser superiores, en su conjunto, al monto de la garantía de cumplimiento. Las dependencias y entidades deberán fijar los términos, forma y porcentajes para aplicar las penas convencionales;

IX. Términos en que el contratista, en su caso, reintegrará las cantidades que, en cualquier forma, hubiere recibido en exceso

por la contratación o durante la ejecución de los trabajos, para lo cual se utilizará el procedimiento establecido en el artículo 55 de este ordenamiento;

X. Procedimiento de ajuste de costos que deberá ser el determinado desde las bases de la licitación por la dependencia o entidad, el cual deberá regir durante la vigencia del contrato;

XI. Causales y procedimiento mediante los cuales la dependencia o entidad podrá dar por rescindido el contrato en los términos del artículo 61 de esta Ley;

XII. La descripción pormenorizada de los trabajos que se deban ejecutar, debiendo acompañar como parte integrante del contrato, en el caso de las obras, los proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos; tratándose de servicios, los términos de referencia, y

XIII. Los procedimientos mediante los cuales las partes, entre sí, resolverán las discrepancias futuras y previsibles, exclusivamente sobre problemas específicos de carácter técnico y administrativo que, de ninguna manera, impliquen una audiencia de conciliación.

Para los efectos de esta Ley, el contrato, sus anexos y la bitácora de los trabajos son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones.”¹⁹⁶

¹⁹⁶ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, editada por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, Artículo 45, p. 12.

Estas disposiciones deben ser contempladas en el instrumento jurídico correspondiente que las partes suscriban, pues con ello se trata de salvaguardar los intereses de la dependencia o entidad, pues para el caso de cualquier incumplimiento por parte de la contratista, con dicho documento se podrán intentar las acciones legales pertinentes.

Es importante señalar que además de las disposiciones anteriormente apuntadas, en los contratos que celebren las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal Centralizada y Paraestatal, se pueden agregar otras encaminadas a regular aspectos técnicos según la naturaleza de los trabajos a realizar, que de acuerdo a la ley de la materia, también deben ser observadas.

Ahora bien, surge la pregunta de ¿cuando estaríamos ante una contratación de obra pública indebida? En estricto derecho, cuando el contrato que se suscriba contenga cláusulas que contravengan lo dispuesto por el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de Obras Públicas, Bases de Licitación y demás disposiciones aplicables, sin perder de vista que para efectos de responsabilidad penal, se requiere que el servidor público tenga el pleno conocimiento de esa circunstancia.

Bajo ese supuesto, son múltiples las hipótesis que en la práctica se podrían presentar y que serían calificadas de indebidas. A manera de ejemplo, se listan las siguientes:

- Realizar una obra en contra de lo dispuesto por la Ley General de Asentamientos Humanos; los objetivos y prioridades del Plan

Nacional de Desarrollo o los objetivos, metas y previsiones de recursos establecido en los Presupuestos de Egresos de la Federación. (artículo 17)

- Afirmar falsamente en el contrato, que se cuenta con la autorización global o específica, por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, del presupuesto de inversión y gasto corriente para la realización de la obra. (artículo 24)
- Celebrar el contrato, sin que a esa fecha la dependencia o entidad cuente con los estudios, proyectos, especificaciones de construcción, normas de calidad y el programa de ejecución totalmente terminado, o bien, con un avance en su desarrollo que permita a los licitantes preparar una propuesta solvente y ejecutar ininterrumpidamente los trabajos hasta su conclusión. (artículo 24)
- Contratar la realización de una obra, diferente a la descrita en la convocatoria. (artículo 31, fracción VII)
- Suscribir el contrato respectivo, con un plazo de ejecución diferente al establecido en las bases de licitación. (artículo 33, fracción XVII)
- Suscribir el contrato, a sabiendas de que la contratista no cumplía con todos los requisitos establecidos en las bases de la licitación. (artículo 38)
- Contratar una obra pública, a través de los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, no obstante que los trabajos a realizar debían ser por licitación pública. (artículo 42)

- Pactar un precio de obra superior al estipulado en las bases de licitación y fallo correspondiente. (artículo 46, fracción III)
- Estipular garantías o fianzas que no garanticen la correcta aplicación de los anticipos y el cumplimiento del contrato. (artículo 46, fracción VI)
- Pactar cualquier determinación que favorezca económicamente a la contratista, no estando prevista en las bases de la licitación pública.

2.6. Obra pública

Previo al análisis de la valoración jurídico cultural que de cada uno de los verbos rectores de la conducta se realizara, también es indispensable abordar otro de los elementos normativos del tipo penal a estudio, consistente en qué debemos entender por obra pública.

La obra pública, como ya se trató en el Capítulo Primero de este trabajo de investigación, es una de las principales actividades del Estado que lleva a cabo para satisfacer diversas necesidades sociales, pues tiene como característica principal el interés general.

En la mayoría de los casos, la ejecución de la obra la llevan a cabo particulares a solicitud de alguna dependencia o entidad de la administración pública, en cualquiera de sus niveles de gobierno.

Ahora bien, es importante conocer cuales trabajos son clasificados como obra pública, a fin de que la autoridad ministerial o judicial, según sea el caso, pueda determinar si efectivamente la conducta indebida desarrollada por el agente del delito, en cuanto a otorgar, realizar, o contratar recae en una obra pública. Para tal efecto la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en el artículo 3º establece que se considerará obra pública los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles, agregando otras actividades tales como:

I. El mantenimiento y la restauración de bienes muebles incorporados o adheridos a un inmueble, cuando implique modificación al propio inmueble;

II. Los trabajos de exploración, geotécnica, localización y perforación que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos petroleros y gas que se encuentren en el subsuelo y la plataforma marina;

III. Los proyectos integrales o llave en mano, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología;

IV. Los trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo y subsuelo; desmontes; extracción y aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;

V. Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales;

VI. Los trabajos de infraestructura agropecuaria;

VII. La instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo las pruebas de operación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante al contratista; o bien, cuando incluyan la adquisición y su precio sea menor al de los trabajos que se contraten, y

VIII. Todos aquellos de naturaleza análoga. ¹⁹⁷

Así pues, la ley nos indica los supuestos en los cuales se estará en presencia de una obra pública, por lo que cualquier trabajo que no esté dentro de los mismos no podrá ser considerado como tal y por ende no quedaría satisfecho ese elemento normativo del delito.

3. Elementos Subjetivos

Pavón Vasconcelos señala que frecuentemente los tipos contienen elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y fin de la conducta descrita, también se les ha denominado, elementos subjetivos del injusto. ¹⁹⁸

¹⁹⁷ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, editada por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, Enero de 2000, p.12-13, Artículo 46.

¹⁹⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit. p. 303.

A este respecto, Harold Fischer opina que este tipo de elementos son ciertos momentos subjetivos que intervienen en la necesaria relación entre lo ilícito y lo lícito, observando que en ocasiones lo antijurídico de la acción se califica en razón al propósito del agente.¹⁹⁹ Por ello, el propósito y la finalidad hacen clara la vinculación de los elementos subjetivos a la antijuridicidad, incluyendo dentro del tipo penal frases como por ejemplo: proponiéndose un interés; propósito de causar perjuicio, para fines propios o ajenos.

La descripción legal que resulta de nuestro interés no contempla alguna referencia subjetiva, pero por lo que atañe a la intención del agente, como se abordará en el capítulo respectivo a la culpabilidad, necesariamente deberá ser de carácter doloso.

C. Clasificación del Delito en Orden al Tipo

Son diversas las clasificaciones que del delito se pueden presentar en orden al tipo, pues todas atienden al criterio de su creador, pero es importante mencionar que nuestro supremo órgano constitucional, pretendió unificar las posturas de los doctrinarios, clasificando los tipos en básicos, especiales y complementarios, como se ilustra a continuación:

"DELITOS. AUTONOMÍA DE LOS TIPOS ... estableció que desde un punto de vista doctrinario, los delitos en orden al tipo y en relación con su autonomía, se clasifican en básicos, especiales y complementarios. Los básicos, según dicha tesis, son aquellos que resultan de índole fundamental y tienen plena independencia; los especiales, suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero

¹⁹⁹ Citado por. Ídem.

*añadiéndosele alguna otra peculiaridad, cuya existencia excluye la aplicación del tipo básico; y los complementarios, que presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan.”*²⁰⁰

Es importante mencionar, que la clasificación expuesta en la citada jurisprudencia sólo refiere a alguno de los criterios que son empleados para agrupar a los tipos penales, sin embargo, existen otras clasificaciones que también valdría la pena estudiarlas a efecto de determinar en cual podría tener cabida la hipótesis delictiva que distrae nuestra atención.

1. Simple o básico, autónomo o independiente y fundamental.

- Es simple o básico, porque al describir la conducta que lesiona o daña el bien jurídico tutelado no exigen circunstancias de naturaleza extraordinaria²⁰¹, que agraven o atenúen la penalidad.²⁰²

Por lo anterior, la hipótesis delictiva consistente ya sea, en el otorgar, realizar o contratar indebidamente una obra pública, podría ubicarse dentro de esta clasificación, pues no contiene circunstancias que de presentarse, agravan o disminuyen la pena impuesta.

²⁰⁰ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis publicada en la página 68 del Tomo XV, Segunda Parte, Sexta Época del Semanario Judicial de la Federación.

²⁰¹ Cfr. ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Ob. Cit. p. 91.

²⁰² Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAD, Celestino. p. 355.

- El tipo es autónomo o independiente, cuando tiene vida propia, sin depender de otro tipo penal.²⁰³ Bajo esta premisa, podríamos ubicar al ilícito que nos ocupa, pues su consumación no requiere de la materialización de uno diverso.

- Es fundamental, pues su descripción sirve de base a otros tipos derivados.²⁰⁴ Sirve de ejemplo, el delito de robo simple, previsto en el artículo 367 del Código Penal Federal, que da origen a las hipótesis previstas en el diverso 368, relativas al robo equiparado.

El delito de uso indebido de atribuciones y facultades previsto en el numeral 217 del código en cita, en la hipótesis prevista en la fracción I inciso d), consistente en el servidor público que indebidamente otorgue, realice o contrate una obra pública, no podría atender a esta clasificación, pues no da pie a la formulación de otros tipos penales.

2. Especial

A diferencia de los tipos básicos o simples, los especiales en su descripción típica se agregan circunstancias o referencias al sujeto activo o pasivo y que en algunos casos califican o atenúan la pena.

²⁰³ Cfr. ZAMORA, JIMÉNEZ, Arturo. Ob. Cit. p. 101.

²⁰⁴ Cfr. PORTE PETIT CANAUDAP, Celestino. Ídem.

En virtud de ser un tipo básico, no cabe la posibilidad de que este sea especial.

3. Complementado, circunstanciado o subordinado.

Según Porte Petit, es aquel que necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndosele una circunstancia, pero sin que se origine un delito autónomo; pudiendo ser también, calificados o privilegiados.²⁰⁵

Al respecto, la hipótesis delictiva que nos ocupa no podría ubicarse en dicha clasificación, pues como ya se afirmó, no requiere de la existencia de otro tipo penal para subsistir, es autónomo.

4. Cerrado y abierto o en blanco.

Se podría clasificar como cerrado a un tipo penal cuando su descripción permite determinar la conducta antijurídica y la pena que se le asigna, sin tener que buscar complemento en otras secciones del texto legal en que se encuentre o en otras disposiciones contenidas en distintos ordenamientos, de tal manera que sus descripciones permiten determinar cuál es la conducta antijurídica a la que se asigna pena.²⁰⁶

²⁰⁵ *Ibidem.* p. 356 – 357.

²⁰⁶ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. *Ob. Cit.* p. 87.

Es abierto o en blanco, según Zamora Jiménez, cuando describen en general las posibles conductas a las que se asigna pena, y exige un examen previo de ellas dentro del mismo ordenamiento jurídico o en otras disposiciones, para ser totalmente complementado ya sea con elementos integradores de la conducta, o bien presupuestos de procedibilidad y en algunos casos con la pena. ²⁰⁷

Precisando el autor, que la diferencia entre un tipo cerrado y uno en blanco, estriba en que en el primero la conducta está nítidamente descrita y por lo tanto, el Juez al estudiarla sólo tiene que comparar con ella lo que se juzga para ver si se presenta o no las características de tipicidad, en cambio, el segundo, se requiere la complementación con una imprescindible indagación que se haga fuera de él para complementarlos, ya sea en el mismo texto legal, o en otras disposiciones legales para deducir, su tipicidad.

Atendiendo a lo anterior, la hipótesis delictiva que nos ocupa, es un tipo abierto o en blanco, porque en primer término es indispensable acudir al artículo 212 del mismo Código Penal Federal o en su caso a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para determinar a que persona se debe considerar servidor público y en segunda instancia, apoyarse en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, para interpretar, según sea el caso, el verbo rector de la conducta (otorgar, realizar o contratar) y términos específicos como el de obra pública, para concluir en la valoración jurídica de lo indebido.

²⁰⁷ Ídem.

5. Normal y anormal

Castellanos Tena sostiene que: "La Ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva: privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal... La diferencia entre tipo normal y tipo anormal estriba en que, mientras el primero contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, situaciones valoradas y subjetivas..."²⁰⁸

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa señala que los tipos anormales además de contener elemento objetivo "...incluyen también elementos normativos y subjetivos, cuyo conocimiento implica un juicio valorativo por el aplicador de la ley ...".²⁰⁹ También suelen llamárseles tipos descriptivos.²¹⁰

Bajo este tenor, es evidente que al contener la hipótesis delictiva que nos ocupa elementos además de los objetivos, normativos como el de servidor público, obra pública, indebido, se trata de un tipo anormal.

²⁰⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. p. 171.

²⁰⁹ Citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 309.

²¹⁰ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Ob. Cit. p. 97.

6. De formulación libre y casuísticamente formados.

Por su parte, Pavón Vasconcelos apunta que los tipos de formulación libre son aquellos en los cuáles se describe, en forma genérica, la conducta o el hecho delictivos, de tal manera que en su amplia fórmula pueden comprenderse multitud de variedades con fisonomía común, caracterizándose por el hecho de que cualquier actividad produce determinado resultado.²¹¹

Porte Petit explica, que un tipo de formulación libre, es aquel en que no se señala el medio para producir el resultado contenido en el tipo, a diferencia del de formulación casuística, que precisa el medio por el cual se ha de producir el resultado típico.²¹²

Atendiendo a este criterio, el texto legal exige al sujeto activo del delito (servidor público) que la conducta consistente en el otorgamiento, realización o contratación de una obra pública se lleve a cabo a través de alguna forma en específica: indebidamente, por tanto, es un tipo casuísticamente formado y no así de formulación libre.

Así también, puede ser casuístico mixto, porque da alternativas de cómo realizar la conducta, ya sea otorgando, realizando o contratando y además, también es acumulativo, porque además de lo antes referido se trata de un servidor público que debe actuar de manera indebida.

²¹¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 310.

²¹² PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 358.

7. De daño o lesión y tipos de peligro.

Castellanos Tena opina que si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, se clasifica como de daño (homicidio, fraude).²¹³

En los tipos de peligro, el efecto de disminuir o destruir en forma tangible o perceptible el bien jurídico no es requisito esencial para que pueda hablarse de la consumación del delito, es decir no se requiere que se produzca el daño material sobre el objeto. Teniendo como característica, que en su descripción legal se dé la amenaza de cualquier bien jurídico.²¹⁴

Atento a lo anterior, el tipo penal que nos ocupa es de daño por que al momento en que el servidor público desatiende sus deberes de honestidad, legalidad, lealtad, lesiona el bien jurídico protegido por este delito, consistente en el correcto desempeño del servicio público y la aplicación de los fondos económicos.

Así también, podría ser de peligro, pues como se recordara, el actuar del sujeto no necesariamente requiere de un resultado material para que se configure el ilícito, basta la transgresión a la norma en materia de obra pública para que se consume el mismo, sin embargo, también se hace latente que en ciertos casos como consecuencia directa e inmediata de ese proceder indebido se

²¹³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. p.173.

²¹⁴ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Ob. Cit. p. 177.

produzca una afectación en el patrimonio de las dependencias y entidades.

En virtud de lo anterior, el delito que nos ocupa, acepta ambas clasificaciones.

D. La Tipicidad

Mariano Jiménez Huerta, explica por su parte, que la tipicidad es la adecuación de la conducta antijurídica al tipo penal, por ende, el actuar del sujeto es "típico" cuando lo realiza satisfaciendo todas las características exigidas por el tipo, sin en cambio, si falta una sola de ellas, considera, que no hay una acción típica y en consecuencia, falta el primer presupuesto de un hecho punible.²¹⁵

Castellanos Tena nos dice que la tipicidad es el encuadramiento de una conducta a la descripción hecha por la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.²¹⁶

De lo anterior, se deduce que no toda conducta que llegare a presentarse, sería típica, pues hay que determinar si ese proceder se adecua o no a lo descrito por la norma.

La tipicidad, consiste pues en verificar que el actuar de una persona se sitúe bajo alguna de las hipótesis delictivas que se describen en el Código Sustantivo de la materia, no existiendo a su favor una causa de justificación.

²¹⁵ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. "Derecho Penal Mexicano", 5ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1985, p. 112.

²¹⁶ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 168.

Para el caso que nos ocupa, la tipicidad radica en analizar si el proceder de un servidor público encuadra en alguna de las hipótesis de otorgar, realizar o contratar indebidamente una obra pública, previo estudio de las causales de inexistencia del delito.

E. La Atipicidad

Como aspecto negativo de la tipicidad, tenemos a la atipicidad y esta se presenta cuándo falta algún elemento que requiera el tipo y con lo cuál la conducta del sujeto activo carecería de ilicitud, ocasionando que el delito no se configure.

Pavón Vasconcelos, opina que la atipicidad se presenta cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo.²¹⁷

Partiendo de la base constitucional que establece la garantía de la exacta aplicación de la ley penal (artículo 14 párrafo tercero), al no encuadrarse la conducta del agente del delito en la hipótesis legislativa, se estará en presencia de la atipicidad.

El Código Penal Federal, retoma este aspecto en la fracción II del artículo 15, señalándola como causa excluyente del delito:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuándo:

²¹⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 313.

...

*II. Se demuestra la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate".*²¹⁸

1. Hipótesis de Atipicidad.

Resultan ser diversos los criterios que se puede utilizar para arribar a una causa de atipicidad, sin embargo, coincidimos con la opinión de Porte Petit, al estimar que bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo, para determinar una hipótesis de atipicidad, presentándose entonces:

- 1.- Falta del presupuesto del delito.
- 2.- Ausencia de la calidad del sujeto pasivo.
- 3.- Carencia e la calidad del sujeto activo.
- 4.- Inexistencia de objeto material.
- 5.- Falta de bien jurídico tutelado.
- 6.- Ausencia de las modalidades de la conducta.
- 7.- Carencia del elemento normativo
- 8.- No satisfacción del elemento subjetivo.

En relación con lo expuesto al analizar los elementos que integran la hipótesis delictiva que nos ocupa, se pueden concluir algunas de las causas de atipicidad que pueden darse:

- El sujeto activo no sea servidor público, en términos de lo establecido en el artículo 108 de la Constitución Política de los

²¹⁸ Código Penal Federal. Ed. Sista, p. 99.

Estados Unidos Mexicanos, en relación con el diverso 212 del Código Penal Federal o con alguno de los criterios jurisprudenciales invocados.

- El sujeto pasivo, no se trate de alguna de las dependencias o entidades de la administración pública federal.
- Los trabajos a realizar, no sean clasificados por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, como obra pública.
- El otorgamiento, realización o contratación de la obra pública, no se haya realizado contraviniendo lo dispuesto por la citada ley o en su caso en lo dispuesto por la norma constitucional.
- Los fondos empleados en la realización de la obra pública no sean públicos.

En general, se tendrá una atipicidad cuándo no se presente o se carezca de alguno de los elementos objetivos o normativos que integran las hipótesis delictivas que nos ocupan.

Al presentarse alguna hipótesis de atipicidad, según Porte Petit, trae como consecuencia la:

- A) No integración del tipo.
- B) Existencia de otro delito.
- C) Existencia de un delito imposible.²¹⁹

²¹⁹ PORTE PETIT, CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 371.

Estaríamos en presencia del primer supuesto, cuando sea evidente la falta de algunos de los elementos del tipo.

Hablaríamos de la existencia de otro delito, cuando el otorgamiento, realización o contratación de la obra pública, produzca para el servidor público o su cónyuge, descendientes, ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, o a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el sujeto activo o alguna de esas personas referidas formen parte, un beneficio económico, siendo este supuesto el de Ejercicio Abusivo de Funciones, previsto en el artículo 220, fracción I del Código Penal Federal.

El último de los supuestos, se presenta cuando falte el bien jurídico o material, por ejemplo, en el caso concreto, cuando la obra no se realice con recursos económicos públicos, pues en ese supuesto no se estaría afectando la correcta aplicación de los fondos públicos.

F. La Antijuridicidad

La antijuridicidad es el juicio de valoración que recae sobre una conducta o hecho típico que lesiona o pone en peligro el bien jurídicamente protegido, es decir, la conducta o hecho debe necesariamente ir en contra de lo establecido por el derecho.

Pavón Vasconcelos afirma que la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho.²²⁰

A este aspecto del delito, también se le ha denominado antijuridicidad o elemento del injusto.

De conformidad con el pensamiento de Carlos Vidal Riveroll, se entiende por antijuridicidad, toda conducta típica no amparada por una causa de licitud.²²¹

Bajo este supuesto, una conducta no basta que sea típica, sino además antijurídica o ilícita, pues en opinión de Jiménez Huerta, para que una conducta humana pueda llegarse a considerar como delictiva, es necesario que sea antijurídica, para lo cual es preciso comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita.²²²

A este respecto, es válido pensar que una conducta puede ser jurídicamente regulada en un determinado lugar y en un preciso momento, como lícita, en tanto que en el mismo tiempo pero en otro lugar, pueda ser ilícita.

Así también, es posible que ese proceder sea en un determinado lugar y tiempo calificado como ilícito, o en ese mismo espacio, pero en otro momento, como lícito.

²²⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 319.

²²¹ VIDAL RIVEROLL, Carlos. Ob. Cit. p.20.

²²² JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 201 - 202.

De lo anterior, se puede concluir que todos los actos, para ser reprochables penalmente deben tener la característica de ser antijurídicos, es decir no estar avalados por una causa que justifique ese proceder.

Aplicando lo anterior, al supuesto que distrae nuestra atención, no sólo bastaría que el otorgamiento, realización o contratación de una obra pública vaya en contra de lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, su Reglamento y demás disposiciones que resulten aplicables, sino que además el proceder del servidor público no este amparado en lo que la doctrina llama una causa de justificación o licitud, como se expone a continuación.

G. Causas de Justificación

Las causas de justificación, afirma Castellanos Tena, "...son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica".²²³

Efectivamente, las causas de licitud son el aspecto negativo de la antijuridicidad, las cuales provocan que la conducta típica del agente se encuentre protegida por el Derecho por no ser antijurídica.

Sostiene Porte Petit que una causa de licitud se presenta cuando "...la conducta o hecho realizados no son contra el derecho sino conforme al derecho, y

²²³ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. P. 183.

ésta conformidad puede provenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico público o privado.”²²⁴

La doctrina coincide en que son causas de justificación:

1. La Defensa Legítima.
2. El Estado de Necesidad
3. El Cumplimiento de un deber
4. El Ejercicio de un Derecho
5. El Impedimento Legítimo
6. La Obediencia Jerárquica
7. El Consentimiento del Interesado

Cabe señalar, que actualmente el Código Penal Federal, prevé como causas de justificación a la defensa legítima, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y el consentimiento del interesado, como se expondrá al abordar cada una de estas hipótesis.

1. Defensa Legítima.

Carrancá y Trujillo nos dice que ha sido definida la legítima defensa como la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o por terceras personas, contra el agresor, cuando no traspase la medida necesaria para la protección.²²⁵

Hipótesis de licitud que es contemplada por la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal, al decir:

²²⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 385.

²²⁵ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y otro. Ob. Cit. p. 531.

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

...

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medio de provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quién se defiende”.

No es factible, que esta causa de justificación se presente en la hipótesis materia del presente estudio, pues sería absurdo que servidor público repelería una agresión física contratando una obra pública.

2. Estado de Necesidad

A decir de Franz von Liszt, el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en que no queda otro remedio que la violación de intereses de otro, jurídicamente protegidos.²²⁶

El estado de necesidad se caracteriza por ser una colisión de intereses, pertenecientes a distintos titulares, ante una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.

²²⁶ Citado por VILLALOBOS, Ignacio. “Derecho Penal Mexicano” 3ª. ed. Ed. Porrúa, México, 1975, p. 376.

Para poder invocar como causa de justificación el estado de necesidad, deben de reunirse lo siguientes requisitos:

- i) Existencia de un peligro, real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente y que amenace un daño a los bienes de una persona.
- ii) Obre el agente, por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno.
- iii) Como resultado de ese actuar, se lesione otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado.
- iv) Se actúe siempre que el peligro no sea evitable por otros medios.
- v) No se tenga el deber de afrontarlo.

Los anteriores requisitos están expresamente regulados en la fracción V, del ordinal 15 del Código Sustantivo de la Materia y Fuero.

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

...

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionado otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.”

Esta hipótesis de licitud, no es factible que se presente, pues exige como requisito que el sujeto activo del delito obre en protección de un bien de menor o igual valor, no teniendo el deber de afrontar ese riesgo, siendo que en el caso que nos ocupa, el servidor público, en todo momento debe actuar con el fin

de salvaguardar los bienes del Estado, es decir, la propia ley le impone la obligación de conducirse de esa manera.

3. Cumplimiento de un deber.

Carrancá y Trujillo, señala que no actúa antijurídicamente, el que por razón de su situación oficial o de servicio está obligado o facultado para actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la ilicitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o la facultad ordenada o señalada por la ley.²²⁷

Encuentra su apoyo legal en la fracción VI del citado numeral 15 del Código Penal, que es del tenor siguiente:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuándo:

...

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico... siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber. . .”

Lógico es considerar que en esta causal, quien cumple con la ley no ejecuta un delito por realizar la conducta o hecho típicos, acatando un mandato legal. Por ende, dentro de la noción de cumplimiento de un deber, se comprende tanto la realización de una conducta ordenada, por expresa disposición legal, como la ejecución de conductas en ella autorizadas.

²²⁷ Citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 368.

4. Ejercicio de un Derecho

Pavón Vasconcelos refiere, "...lo que está jurídicamente permitido no está jurídicamente prohibido, esto es, lo jurídicamente prohibido no está jurídicamente permitido..." ²²⁸

Esto es, si el activo de un delito actúa por encontrarse ejerciendo un derecho que la misma ley le concede y éste obrar se realiza sin el propósito de perjudicar a otro, no será su conducta antijurídica y no se le podrá fincar juicio de reproche alguno.

Por su parte, la fracción VI del artículo 15 del Código Penal, retoma esta causa de justificación al disponer:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

...

VI.- La acción o la omisión se realicen ... en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

Por lo que respecta a estas dos últimas causas de justificación, se podría sostener que no podrían presentarse en la hipótesis delictiva que nos atañe, pues no es factible que sea la propia ley la que permita a los servidores públicos realizar alguna que contravengan lo dispuesto por ella misma.²²⁹

²²⁸ Ibidem. p. 370.

²²⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Ob. Cit. Pág. 310.

5. Impedimento Legítimo

Se dice que hay impedimento legítimo cuando el sujeto aparentemente está cometiendo un delito pero en realidad no hay tal, por que existe una prohibición establecida en la ley, es decir, esta impedido por la ley para realizar ese acto. Sin embargo, esta causa de justificación dejó de ser reconocida por el Código Sustantivo de la Materia y Fuero, con motivo de la reforma que en 1994, sufriera el artículo 15 del citado ordenamiento.

6. Obediencia Jerárquica

La obediencia jerárquica, radica en la obligación de acatar un mandato, cuando derive de una autoridad superior o bien de la propia ley.

Para que se presente este caso, es indispensable que se cumplan los siguientes requisitos:

- i) Relación de jerarquía entre un superior y un inferior (jerarquía directa dependiente).
- ii) El superior debe estar facultado para dar órdenes al inferior.
- iii) El inferior no debe tener el poder de inspección de la orden.
- iv) La orden no sea notoriamente ilícita.

Atento a estos requisitos, en el caso que nos ocupa, sería muy difícil que el servidor público no se diera cuenta de que ese otorgamiento, realización o

contratación es indebido, pues como ya se apuntó, este delito necesariamente debe ser cometido dolosamente por el agente, es decir, el sujeto activo del delito tiene pleno conocimiento de la situación ilícita en la que se encuentra.

Sin embargo, actualmente esta causa de justificación ya no es contemplada por el Código Punitivo Federal.

7. Consentimiento del Interesado

Porte Petit, refiere a Gustavo Labatut, para señalar, que la operancia del consentimiento está íntimamente relacionada con los motivos de la ley penal para tutelar un interés jurídico determinado.²³⁰

Maggiore, señala como requisitos del consentimiento, los siguientes:

- a) Un sujeto que consienta, o sea el titular del derecho violado o puesto en peligro, lo que presupone tanto la existencia del derecho como del poder de disposición mediante el reconocimiento, a tal efecto, del ordenamiento jurídico, a demás de la capacidad de hacer valer su consentimiento.
- b) Un acto de consentimiento. Siendo éste una manifestación de la voluntad del titular del derecho, no precisa acuerdo, resultado eficaz aún cuando lo ignore el autor del derecho típico.
- c) Un derecho violado o puesto peligro, como objeto del consentimiento. La determinación del derecho disponible, traspasa las fronteras de la disciplina punitiva y el criterio orientador debe buscarse en el total ordenamiento jurídico.

²³⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit. p. 385

Son bienes disponibles tanto los derechos reales (salvo cuando se limite su disponibilidad por razones de carácter público) como los derechos de obligación (a menos que la ley los estime ilícitos, como en el contrato usurario); en cambio, estima bienes disponibles los derechos no patrimoniales, típica o medianamente públicos, como los pertenecientes al estado o a entidades públicas, o los referidos a intereses de naturaleza colectiva o social (derechos de familia, integridad y salud de la estirpe, fe pública, etc.), así como los derechos personalísimos o derechos sobre la propia persona.

- d) Un efecto del consentimiento, el cual no es otro que el de imposibilitar la integración del delito, al no originarse la ilicitud o la atipicidad de la conducta o del hecho, por ausencia, en la última hipótesis, de la falta de consentimiento expresamente referida como un elemento específico de la figura legal.²³¹

Esta causa de licitud, se encuentra regulada en la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal, que textualmente dice:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

...

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;*
b) Que el titular, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien;

²³¹ Citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. p. 387 – 388.

c) *Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio, Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiesen otorgado el mismo*".²³²

Como se explica, uno de los requisitos para que se pueda hablar del consentimiento de interesado, en que el bien jurídico tutelado que se vaya a afectar sea de carácter disponible, siendo que en el caso que nos ocupa, el bien jurídico tutelado es no disponible, por tratarse del correcto desempeño del servicio público, cuyo titular lo es el Estado a través de sus diversas dependencias y entidades que integran la Administración Pública Federal, por ende, no podría presentarse esta causa de licitud

²³² Código Penal Federal, Ed. Sista, 2003, p. 99

CAPÍTULO IV

LA IMPUTABILIDAD Y LA CULPABILIDAD

A. La Imputabilidad

A nuestro juicio, la imputabilidad es un elemento más del delito, pues de no presentarse en la escena del ilícito, traería aparejada la no configuración del mismo, sin embargo, se encuentra muy ligada con lo referente a la culpabilidad, motivo por el cual en el presente capítulo abordaremos el estudio de ambos conceptos.

El estudio de la imputabilidad, consideran algunos autores debe ser abordado dentro de los presupuestos del delito; otros, opinan que es propiamente un elemento del mismo o incluso un presupuesto de la culpabilidad.

La palabra imputabilidad, proviene del latín *imputare*, que significa poner a cuenta de otro, atribuir. Concepto que en el campo del derecho penal, refiere a la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.²³³

Para Pavón Vasconcelos, la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho o determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión.²³⁴

²³³ Diccionario Jurídico Mexicano Tomo V, I-J, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1984, p.51.

²³⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 407.

Castellanos Tena, afirma que son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la Ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.²³⁵

Bajo este supuesto, sólo los hombres pueden ser sujetos de las leyes penales, prescindiendo además que el sujeto activo del ilícito, al momento de ejecutar su actuar delictivo, tenga la capacidad de entender y querer el resultado que se propone, de ahí, lo que los estudiosos del derecho, han llamado el doble aspecto de la imputabilidad.

Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite entender y querer.²³⁶

Existe la posibilidad de que el agente del delito, al producir el resultado se encuentre afectado en forma permanente o transitoria de sus facultades psíquicas, o bien tenga un desarrollo mental retardado, casos en los cuales se ocasione que no comprenda lo antijurídico de su actuar.

1. El Doble Aspecto de la Capacidad.

El término capacidad proviene del latín, *capacitas*, aptitud o suficiencia para alguna cosa.

²³⁵ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 218 - 219.

²³⁶ *Ibidem*. p. 219.

Dentro del ámbito del derecho privado la capacidad se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.²³⁷

Para los efectos del presente estudio, la capacidad, es aquella que permite al sujeto comprender lo antijurídico de su conducta y, en base a esa comprensión, estar en posibilidad de motivarse para actuar conforme a la norma jurídico penal; estos dos aspectos son el cognositivo y volitivo de la imputabilidad.²³⁸

La capacidad de entender, está relacionada con la inteligencia del sujeto, es decir, quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significado ilícito. Luego entonces, para que el sujeto sea imputable debe contar con esa doble capacidad.

La capacidad de querer (volitiva) por su parte, se refiere al anhelo o voluntad de una persona de querer hacer algo.

Es indispensable, para hablar de la imputabilidad que el sujeto activo del delito, además de comprender lo indebido de ese proceder, tenga la fuerza o voluntad para quererlo producir.

²³⁷ Diccionario Jurídico Mexicano Tomo II, C-CH, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1984, p.38.

²³⁸ *Ibidem*. p. 40.

En cuanto al ilícito motivo de estudio, es imprescindible que al momento de la comisión del delito, el sujeto activo (servidor público) tenga plena capacidad de entender y querer, es decir, sea imputable para ser objeto de un juicio de reproche.

2.- Acciones libres en su causa.

Sobre este tema, Castellanos Tena es muy ilustrativo al decir:

“La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama liberae in causa (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto)...

Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente encuéntrese el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad, por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.” ²³⁹

De lo anterior, se deduce que las acciones libres en su causa son aquellas conductas o hechos de carácter antijurídico que producen un resultado, realizadas por el sujeto activo que previo a la comisión del ilícito, voluntariamente

²³⁹ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 221 – 222.

se coloca bajo alguna causa de inimputabilidad, para pretender no ser sancionado por la ley penal, sin embargo, como ya se apuntó, ello no lo exime de responder ante la sociedad.

Ahora bien, por lo que hace a la base legal de esta figura, la encontramos en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal que de manera negativa refiere a ella, señalando textualmente:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

...

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuándo lo haya previsto o le fuere previsible. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior, sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto por el artículo 69 Bis de este Código.”

Por lo anterior, se puede sostener que efectivamente, las acciones libres en su causa son constitutivas de delito, el cual tomando como base la culpabilidad, puede ser doloso o culposo.

En lo tocante a nuestro delito en estudio, se puede sostener que no es dable la figura de las acciones libres en su causa, como determinante para que el sujeto activo del delito (servidor público) se decida a otorgar, realizar o contratar

indebidamente una obra pública, pues en el supuesto de que así lo llevara a cabo encontrándose en estado de ebriedad sería fácilmente detectable esa condición de embriaguez por parte de los demás servidores públicos o en su caso por los concursantes o contratistas, pues de presentarse así al centro de trabajo, sería una causa para levantarle una acta administrativa y sancionarlo conforme la norma laboral.

B. La Inimputabilidad

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad; ésta al igual que la ausencia de conducta y atipicidad, de presentarse traen como consecuencia la no configuración del delito.

A este respecto, Castellanos Tena considera que:

“Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquélla no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva...”²⁴⁰

La inimputabilidad, refiere a la incapacidad de las personas para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

Sólo la ley penal prevé quienes no son sujetos de un juicio de reproche, personas que por su edad o estado de desarrollo mental no se encuentran en

²⁴⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 209

condiciones de responder de sus actos, y por tal motivo aunque su actuar se encuadre en alguna hipótesis delictiva no será sancionado penalmente.

Sergio Vela Treviño afirma que existe inimputabilidad "...cuando se realiza una conducta típica y antijurídica pero el sujeto carece de la capacidad para autodeterminarse conforme al sentido o de la facultad de comprensión de la antijuridicidad de su conducta, sea porque la ley le niega esa facultad de comprensión o porque al producirse el resultado típico era incapaz de determinarse".²⁴¹

Al respecto, Pavón Vasconcelos señala que la inimputabilidad consiste en la ausencia de la capacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.²⁴²

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, pudiendo ser aceptadas como hipótesis de esta, tanto las previstas por el Código Sustantivo de la Materia y Fuero, como otras de carácter supralegal que traigan como consecuencia la ausencia de la voluntad de entender y querer el resultado típico por parte del sujeto activo del delito.

Criterio que es retomado por nuestra legislación penal, en la citada fracción VII, del artículo 15 del Código Punitivo, al señalar de manera general las diversas hipótesis de inimputabilidad que podrían presentarse.

²⁴¹ VELA TREVIÑO, Sergio. "Culpabilidad e Inculpabilidad", 3ª reimpresión, Ed. Trillas, México, 1985, p. 36.

²⁴² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 407.

El segundo párrafo de esta fracción, contempla lo que ha sido denominado como imputabilidad disminuida, pero esta no excluye al delito, únicamente disminuye la pena o medida de seguridad.

Ahora bien, la doctrina reconoce como causas de inimputabilidad:

- a) Cuando el sujeto sufre un trastorno mental ya sea transitorio o permanente.
- b) No tiene la edad que de acuerdo a la ley es necesaria para ser sancionado penalmente.
- c) La sordomudez.

1. Trastorno Mental o Desarrollo Intelectual Retardado

El trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas, que impiden a la persona comprender la capacidad del hecho y sus consecuencias, es decir, carecer de juicio para emitir una determinación de lo antijurídico, por tanto, no pueden ser sujetos de reproche alguno.

En relación a lo anterior, la fracción VII del artículo 15 del Código Penal estatuye:

“El delito se excluye cuando:

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado...”

Esto significa que el sujeto no será imputable si al cometer el delito se encuentra en una de esas hipótesis de imputabilidad. En tal sentido, Pavón Vasconcelos afirma:

"No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión y por causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o determinarse de acuerdo a esa comprensión."²⁴³

Por su parte, Sergio Vela Treviño comenta que sólo habrá trastorno mental cuando hay inconsciencia, puesto que ésta impide el conocimiento de lo antijurídico de la conducta, por falta o perturbación de facultades intelectivas valoradas. Además, es esta misma inconsciencia la que impide que el actuar del hombre corresponda a una autodeterminación conforme al sentido de la valoración respecto de lo justo y de lo injusto.²⁴⁴

De la redacción a la fracción VII del numeral anteriormente comentado, así como de las opiniones de los juristas citados, se desprende que todo sujeto que se encuentre afectado por un trastorno mental permanente o transitorio, se verá protegido por una excluyente de delito, siempre y cuando no lo haya provocado dolosamente o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

²⁴³ Citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 411.

²⁴⁴ VELA TREVIÑO, Sergio. Ob. Cit. p. 64.

Para este tipo de causas de inimputabilidad, el Estado establece medidas de seguridad que están previstas en los numerales 67, 68. y 69 del Código Penal Federal.

Es imposible que esta hipótesis de inimputabilidad se presente en el servidor público que indebidamente otorgue, realice o contrate una obra pública, pues uno de los requisitos para ingresar a prestar servicios a la administración pública federal, es precisamente gozar de plenas facultades mentales.

2. Minoría de Edad

La mayoría de edad, conforme a la ley se adquiere a los 18 años cumplidos, situación en la cual los sujetos adquieren la capacidad de ejercicio y por ende se convierten en titulares de derechos y obligaciones (artículo 646 y 657 del Código Civil Federal) ostentando además la calidad de ciudadanos para que conforme lo estatuye el artículo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puedan ejercer todos sus derechos políticos.

De manera coincidente con los ordenamientos aludidos, la legislación penal federal, ha considerado que las personas que tengan como mínimo 18 años cumplidos, son sujetos de derecho, sin embargo, para efectos de sometérseles a un juicio de reproche se requiere además que no se encuentren afectados por ningún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

Cabe destacar que la minoría de edad se encuentra prevista en los artículos 4 y 6 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, que señala expresamente:

“Art. 4.- Se crea el Consejo de menores como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, el cual contará con autonomía técnica y tendrá a su cargo la aplicación de las disposiciones de la presente ley.

Respecto de los actos u omisiones de menores de 18 años que se encuentren tipificados en las leyes penales federales, podrán conocer los consejos o tribunales locales para menores del lugar donde se hubieren cometido...”

“Art. 6.- El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales...” ²⁴⁵

Como se aprecia, la falta de la mayoría de edad en las personas, es una causa de inimputabilidad, y en ese sentido quien no reúna los 18 años de edad y cometa algún ilícito, ese actuar antijurídico no llega a constituir un delito, sino sólo una infracción a la ley penal, dando lugar a una corrección disciplinaria.

Al respecto, Vela Treviño sostiene que:

“...cuando se dice que los menores de edad no pueden cometer delitos aunque realicen conductas típicas y antijurídicas, ha quedado establecido ese límite que, sin excepción alguna, servirá para calificar de inimputable el sujeto que no alcance el límite precisado... el legislador, pensando seguramente en los casos mayoritarios y no en los de excepción, determinó que las personas con esas limitaciones carecen de una perfecta

²⁴⁵Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Ed. Sista, México, 2004, p. 483 – 484.

*facultad de comprensión de lo injusto y por ello los considera anticipadamente como inimputables, no obstante la posible prueba de su capacidad de conocimiento".*²⁴⁶

Esta causal de inimputabilidad, sería muy difícil que se presentara, pues necesariamente el servidor público que lleve a cabo indebidamente el otorgamiento, realización o contratación de una obra pública debe ser mayor de edad, siendo que en la actualidad es un requisito indispensable para ingresar al servicio público, aunado al hecho de que en las áreas vinculadas con las contrataciones de obras públicas, se requiere de personal con experiencia en la materia, situación que evidentemente se adquiere con el transcurso del tiempo.

3. Sordomudez

En la doctrina penal y en la ley respectiva (Código Penal) se sostiene que toda conducta típica y antijurídica que efectúe un sordomudo no será constitutiva de un ilícito, en virtud de que dicho actuar proviene de un sujeto inimputable.

Al respecto, Sergio Vela Treviño, opina que "no puede negarse que es factible que se presenten casos de sordomudos infractores que tengan el desarrollo psíquico suficiente para comprender y valorar su conducta en orden a la antijuridicidad, pero aún en estos casos persistirá la regla general de su inimputabilidad genérica, porque así ha sido establecido por el mandamiento normativo aplicable".²⁴⁷

²⁴⁶ VELA TREVIÑO, Sergio. Ob. Cit. p. 46.

²⁴⁷ Ibidem. p. 55.

El Código Penal por su parte, en la aludida fracción VII del numeral 15, aunque expresamente no habla de los sordomudos, quedan abarcados éstos pues el precepto legal menciona como inimputables a las personas que al momento de realizar el delito padezcan un desarrollo intelectual retardado.

En cuanto a las penas que serían aplicables por las conductas ilícitas de dichas personas, al ser éstas inimputables, únicamente serán acreedoras a un tratamiento que quedará al arbitrio del juez, tal como lo establece el numeral siguiente del Código Penal.

“Art. 67.- En caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.”

En lo referente a la reparación del daño, en los 3 casos señalados: minoría de edad, trastorno mental y sordomudez, ésta deberá ser cubierta por la persona a cuyo cuidado haya quedado el inimputable, llámese tutor, custodio, o sus ascendientes.

En tal sentido el artículo 32 del Código Penal, dispone:

“Artículo 32.- Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

I.- Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes, que se hallaren bajo su patria potestad;

II.- Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

III.- Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecutan éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos."

Para el delito objeto de estudio, se sostiene válidamente que este caso de inimputabilidad se podría presentar, toda vez que de acuerdo a las últimas políticas gubernamentales, al momento de hacer una selección de personal, la dependencia o entidad solicitante no debe discriminar a aquellas que tengan alguna discapacidad, teniendo entonces todos los concursantes las mismas oportunidades para aspirar a ocupar la plaza vacante, condición que no significa que no cuenten con la capacidad suficiente para entender y querer determinarse respecto de algo. En tal virtud, es posible que un servidor público en esa condición de sordomudo, sea servidor público y con ese carácter otorgue, realice o contrate indebidamente una obra pública.

Sin embargo, por disposición de la ley, estos sujetos a pesar de contar con la doble capacidad, resultan ser inimputables.

C. La Culpabilidad

En lo referente al estudio de la culpabilidad del sujeto necesariamente imputable, se requiere que en éste previamente se haya comprobado la conducta o hecho, debiendo ser típica por encuadrarse en una hipótesis penal en vigor, siendo contraria a derecho al no colocarse en alguna de las causas de licitud del delito.

Lo anterior es sostenido por Sergio Vela Treviño, al señalar que sólo cuando se está en presencia de una conducta típica y antijurídica tiene relevancia estudiar si la misma puede llegar a ser calificada como conducta o acción típica, antijurídica y culpable.²⁴⁸

El mismo autor agrega, que además se precisa que el sujeto sea imputable, pues de no ser así es imposible atribuirle un juicio de reproche.

*“...sobre quien no es imputable es imposible el reproche acerca de la conducta típicamente antijurídica, porque falta en él presupuesto lógico del conocimiento del contenido injusto de su conducta o de la actuación conforme a una valoración normalmente hecha”.*²⁴⁹

La palabra culpabilidad proviene del latín culpabilis, que significa culpable, entendiéndose entonces como aquél a quien se puede echar o echa la culpa de algo.²⁵⁰

Este elemento del delito ha sido conceptualizado por el citado autor Sergio Vela Treviño como:

“...culpabilidad es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico

²⁴⁸ VELA TREVIÑO, Sergio. Ob. Cit. p. 161.

²⁴⁹ Ibídem. p. 162

²⁵⁰ Diccionario Jurídico Mexicano Tomo II, C-Ch, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1984, p. 374.

*y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma”.*²⁵¹

Para Porte Petit, la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado.²⁵²

Castellanos Tena, explica que en cuanto a la culpabilidad existen dos grandes teorías que tratan de explicar su naturaleza jurídica:

1.- La teoría psicologista.- La cual toma en cuenta el aspecto interno del agente del delito, argumentado:

*“...la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor”.*²⁵³

2.- La teoría normativista.- Para ella lo importante en el aspecto externo del sujeto activo del delito, es decir, su actuar:

“...el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche ; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de

²⁵¹ VELA TREVIÑO, Sergio. Ob. Cit. p. 201.

²⁵² Citado por CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 233.

²⁵³ Ibidem. p. 234.

reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber". ²⁵⁴

De acuerdo a lo expuesto, se puede decir que la culpabilidad es un nexo psíquico o emocional e intelectual, con el cual se vincula la conducta típica y antijurídica al sujeto imputable, a fin de que dicha conducta legalmente le sea reprochada previo proceso penal, en el que se le impongan las sanciones que la norma penal violada establece.

En tal virtud, para que se presente la culpabilidad, deben encontrarse reunidos los siguientes elementos:

- Una acción u omisión voluntaria.
- La producción de un resultado típico y antijurídico.
- La relación de causalidad entre la conducta (acción u omisión) y el resultado (sea formal o material).
- El evento sea de naturaleza previsible y evitable.
- En el resultado producido esté ausente la voluntad del agente para haberlo realizado.
- Se viole un deber de cuidado.

La culpabilidad, según la mayoría de los autores, se puede presentar de dos formas, llamadas el dolo y la culpa, dependiendo de como el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia²⁵⁵, figuras previstas por nuestra legislación penal, en su artículo 8, que a la letra dice:

²⁵⁴ *Ibidem.* p. 235.

²⁵⁵ *Ibidem.* p. 237.

*"Artículo 8.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."*²⁵⁶

En tal virtud, procederemos a analizar cada una de estas formas de la culpabilidad.

1. Dolo

Para Castellanos Tena consiste en "... el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".²⁵⁷

Por otra parte, Jiménez Huerta sostiene que el concepto de intención delictiva "... es en última instancia, eminentemente normativo..."²⁵⁸

Sergio Vela Treviño señala que "... la formulación del reproche, en orden a la culpabilidad, será con base al dolo por el que se determinó la omisión de la obligación de previsión del resultado".²⁵⁹

Jiménez Huerta habla del elemento intelectual del dolo, diciendo que es necesario que el sujeto activo conozca las circunstancias del hecho ilícito y su significación "... y debe abarcar la relación de causalidad, cuando ésta forma parte

²⁵⁶ Código Penal Federal, Ed. Sista, México, 2003, p. 5.

²⁵⁷ VELA TREVIÑO, Sergio. Ob. Cit. p. 239.

²⁵⁸ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 421.

²⁵⁹ VELA TREVIÑO, Sergio. Ob. Cit. p. 225.

del hecho particularmente tipificado; la tipicidad del mismo, entendida de manera profana, y su carácter antijurídico”.²⁶⁰

En tal virtud, se estará en presencia de una conducta dolosa cuando el sujeto activo con plena conciencia de que se causa un daño o lesión a un bien jurídicamente tutelado produce un resultado típico y antijurídico.

A este respecto, el artículo 9 del Código Penal Federal, nos dice quien actúa de forma dolosa:

“Artículo 9.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y ...”

Al argumentarse que el agente debe conocer la tipicidad del acto ilícito que realiza, no significa que conozca el tipo penal que regula tal hecho; de ser el caso únicamente estaríamos hablando de personas con conocimientos jurídicos; lo que se trata de decir es que el sujeto tenga el simple conocimiento de que el hecho es delictuoso, así, por ejemplo, el privar de la vida a alguien es un acto que cualquier persona que goce de buena salud mental lo conoce como prohibido.

Ahora bien, se dice que hay múltiples clases de dolo, sin embargo, podría decirse que si coinciden en que se puede hablar de dolo directo, indirecto, determinado, indeterminado y eventual, a saber:

²⁶⁰ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ídem.

- a) **Dolo directo.**- Cuando la voluntad del sujeto es encaminada solamente al resultado previsto, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado.

Al respecto, Castellanos Tena señala que el dolo directo es aquél en el cual el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere.²⁶¹ Por ejemplo, Pedro decide matar a Juan y lo lleva a cabo.

- b) **Dolo determinado.**- Se presenta cuando la intención o voluntad del agente se encamina con toda precisión a un resultado cierto y concreto.²⁶²

- c) **Dolo indeterminado.**- En este supuesto, la acción está orientada a producir varios posibles resultados, sin proponerse uno en específico, siendo el caso, del sujeto que arroja una bomba en un sitio concurrido, ignorando qué resultados provocará (muertes, lesiones, daños, etc.) admitiendo previamente, en su representación, la producción de cualquiera de ellos.²⁶³

- d) **Indirecto.**- El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. (Para dar muerte a quien va abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato).²⁶⁴

²⁶¹ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 239.

²⁶² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 432.

²⁶³ Ídem.

²⁶⁴ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 240

- e) **Eventual.-** Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. (Incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones)”²⁶⁵

2.- La Culpa.

La otra forma de apreciación de la culpabilidad es la culpa.

La palabra culpa, proviene del latín culpa. En el lenguaje alemán se sostiene que ésta puede tener tres significados:

- a) Dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin atención.
- b) Actuar sin dolo.
- c) Dejar las cosas al acaso

Independientemente del sentido por cual se incline, la culpa siempre implica la omisión de atención, cuidado o vigilancia.²⁶⁶

Ignacio Villalobos afirma que una persona incurre en culpa cuando obra de la manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo.²⁶⁷

²⁶⁵ Ídem.

²⁶⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II C-Ch, p. 372.

²⁶⁷ VILLALOBOS, Ignacio. Ob. Cit. p. 307.

Para Pavón Vasconcelos la culpabilidad es "... aquél resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable por los usos y costumbres".²⁶⁸

Lo expuesto por los autores antes mencionados, demuestra que hay ciertas conductas del hombre en las cuáles no está presente el elemento volitivo, consistente en querer producir el resultado; sin embargo, al no atender lo que le ordena la ley se presenta en forma casual el resultado.

La conducta será culposa cuando el resultado típico y antijurídico derivado de una acción u omisión involuntarias por parte del sujeto que no haya sido querida ni aceptada, prevista o previsible y evitable de haberse observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico respectivo.

Al dolo se le considera como el grado mayor de la culpabilidad y, por ende, de responsabilidad; en la culpa, en cambio, el elemento intelectual (previsión efectiva) queda sustituido por la previsibilidad, y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente, una conducta que no presta la atención que se debe prestar y, por tal razón, ocasiona un resultado prohibido.²⁶⁹

Es decir, en la culpa el sujeto pudo haber actuado con:

- Impericia:- Falta de habilidad para realizar un acto.

²⁶⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 411.

²⁶⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II C-Ch, p. 372.

- Falta de cuidado.- No se pone la debida atención en la realización de un acto.
- Negligencia.- No se emplean los medios adecuados para llevar a cabo un acto.
- Imprevisión.- No se anticipa mentalmente lo que podría ocurrir.
- Irreflexión.- Falta de considerar el acto con atención.

El Código Penal Federal, en su numeral 9, segundo párrafo refiere a la culpa:

“Artículo 9.- ...

...

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía o podía observar según las circunstancias y condiciones personales”. ²⁷⁰

En la culpa, también podemos hablar de dos tipos:

a) Culpa consciente con previsión o con representación.- Se presenta cuando:

- El sujeto previó el resultado que era previsible.
- El sujeto no quería producir el resultado que se presentó.
- El sujeto actuó violando un deber de cuidado o con impericia.
- Produjo el resultado típico.

²⁷⁰ Código Penal Federal, Ed. Sista, México, 2003, p. 5.

Para Castellanos Tena la culpa consciente, con previsión, con previsión o con representación, existe cuando:

“..el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá.”²⁷¹

La diferencia de este tipo de culpa con el dolo eventual, estriba en que en la primera, el sujeto actúa con falta de cuidado pero no acepta el resultado en caso de que se produzca, en cambio en el segundo, el sujeto actúa con plena conciencia de querer producir el resultado típico y lo acepta en caso de presentarse.

b) Culpa inconsciente sin previsión o sin representación.- Se presenta cuando:

- El sujeto no prevé el resultado siendo previsible.
- Se actúa queriendo producir el resultado.
- Se realiza la conducta con falta de cuidado, impericia o negligencia.
- El sujeto produce el resultado típico.

Pavón Vasconcelos opina que se está en presencia de la culpa inconsciente o sin representación, cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.²⁷²

²⁷¹ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 249.

²⁷² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 447.

En lo tocante al delito objeto de estudio, es de afirmarse que sólo puede ser cometido en forma dolosa, ya sea de manera directa o eventual, pues el sujeto activo, en este caso, el servidor público tiene pleno conocimiento de que su actuar (otorgar, realizar o contratar una obra pública) es antijurídico y sin en cambio, lo lleva a cabo produciendo un resultado formal (en ocasiones uno material) ya sea por que consciente se inicie el procedimiento de licitación respectivo, se realice la obra o se contrate la misma, pues de no presentarse el elemento volitivo del sujeto, estaríamos bajo el supuesto de que ese cambio en el mundo jurídico se produjo como consecuencia de una falta de cuidado, aspecto que se encuentra previsto y sancionado por la actual Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Así pues, se afirma que sólo podría concebirse dolosamente la conducta del servidor público que otorga, realiza o contrata una obra pública, pues en todo momento conoce de las disposiciones que sobre la materia existe y que le prohíben actuar de manera ilícita, aunado al hecho, que por disposición constitucional, el desempeño de sus labores debe ser con la máxima diligencia y probidad, con el sólo fin de salvaguardar los intereses del Estado, sobre cualquier interés particular.

Se dice que podría presentarse el dolo directo, pues desde un principio, el servidor público preveía contratar indebidamente una obra pública y así lo hizo, es decir, el resultado encuentra identidad con el propósito del agente.

En la práctica, se presentan varios casos, en los que es evidente la conducta dolosa del servidor público al contratar indebidamente una obra pública, por ejemplo, cuando a pesar de tener conocimiento del precio que se pagará por los trabajos, por ser éste además el más bajo que entre las concursantes resultó,

se firma el instrumento jurídico respectivo, pactando uno mayor al previsto, actuar este último que va en contra de lo previsto por el artículo 134 constitucional, que impone a los servidores públicos la obligación de asegurar al Estado en todo procedimiento de contratación de obra pública, las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, aunado lo establecido por diversos numerales de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, reglamentaria del precepto constitucional apuntado.

Otro ejemplo más del actuar doloso del agente del delito a estudio, se ha visto reflejado cuando al momento de suscribirse el contrato de obra se pacta con la empresa ganadora la ejecución de trabajos menores a los licitados por la entidad o dependencia siendo que las bases respectivas, están claramente descritos los trabajos a realizar, aunado al hecho de que ello produce una ventaja económica a esa concursante en relación con el resto de las participantes, conducta que denota que el servidor público no está actuando de manera honesta, además de no estar administrando con eficiencia y eficacia los recursos públicos con que cuenta el Estado.

Por lo anterior, queda excluida la idea de que el delito en análisis pueda ser ejecutado en forma culposa, pues en todo momento se requiere del previo y pleno conocimiento del servidor público para actuar indebidamente, pues como ya se expuso, este elemento normativo del delito, trae implícito la antijuridicidad de la conducta reprochada penalmente.

D. La Inculpabilidad

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad.

Con relación a esta figura, el juzgador es el único que podrá determinar, previo proceso penal, respecto a la culpabilidad de una persona imputable que haya desarrollado una conducta típica y antijurídica. En este sentido, si durante el juicio de reproche el juez considera que existen causas que obstaculicen la integración de la culpabilidad, deberá declarar que el sujeto no es responsable del hecho que se le imputa, desembocando tal determinación en la absoluta inculpabilidad de la persona.

En cuanto a la inculpabilidad y sus causas, tenemos las opiniones de los siguientes autores:

Castellanos Tena afirma que la inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad, operando esta figura cuando se encuentren ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.²⁷³

El mismo autor sostiene que tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto.²⁷⁴

Aclara, que toda circunstancia que elimine, ya sea el elemento intelectual o el volitivo, debe ser considerada como una causa de inculpabilidad.²⁷⁵

²⁷³ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 257.

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ Ibidem. p. 258.

Para Sergio Vela Treviño, las causas de inculpabilidad serán aquellas:

“... que lleven al titular del juicio al resolver en cierta y determinada forma, ese juicio relativo a la culpabilidad que, en este caso, sería en el sentido de determinar que no hay culpabilidad por el hecho, sea por inexigibilidad o por irreprochabilidad. En ambos casos la consecuencia es la misma: no hay delito en razón de la imposibilidad de integrar la unidad conceptual por ausencia de culpabilidad”. ²⁷⁶

Por su parte, Ignacio Villalobos considera que consistiendo la culpabilidad en la determinación tomada por el sujeto de ejecutar un acto antijurídico cuya naturaleza le es conocida, es manifiesto que la exclusión de la culpabilidad existirá siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento, siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúe libre o espontáneamente. Agregando que una persona no puede ser culpable de algo en que no se ha puesto una actuación propia, como cuando el movimiento corporal se ha producido por el impulso de una fuerza física irresistible. ²⁷⁷

Es pues claro, que si el agente al momento de ejecutar un delito no está consciente de lo antijurídico de su conducta y dicha conducta no va dirigida a la consecuencia del ilícito, se carecen de los elementos intelectual y volitivo, por lo tanto su actuación no será reprochable.

Asimismo, como ya quedó dicho, no se presentará la culpabilidad en ausencia de algún elemento positivo o negativo del delito en virtud, del rompimiento de la prelación lógica que guardan dichos elementos entre sí.

²⁷⁶ VELA TREVIÑO, Sergio. Ob. Cit. Pág. 275.

²⁷⁷ VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano", 3a. ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1975, p. 426.

1.- Hipótesis de inculpabilidad.

Como tales tenemos al error que se puede subdividir en varios tipos y a la no exigibilidad de otra conducta.

1.1. Error

En cuanto a este punto, Jiménez de Asúa advierte que es importante distinguir la ignorancia del error, por aquello de los viejos principios de que "el error de derecho no excusa" y "la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento".²⁷⁸

Este autor comenta, que el Derecho positivo y las leyes suelen unificar la ignorancia y el error, en atención a que en la práctica se les atribuyen los mismos efectos, es decir, el juzgador no entra a la distinción de si lo que enjuicia está afectado de error o de ignorancia, les da la misma connotación.

Asimismo, indica que en la psicología se establece una distinción entre el error y la ignorancia, el primero supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto, en cambio la segunda refiere la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado.²⁷⁹

En suma, la ignorancia consiste en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso.²⁸⁰

²⁷⁸ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. "La Ley y el Delito". 10ª. ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1980, p. 390.

²⁷⁹ Idem.

²⁸⁰ Idem.

Hecha la distinción entre la ignorancia y el error, se procede a exponer lo relativo a las variedades que este último concepto puede presentar, pues la doctrina jurídico penal señala la existencia de un error de derecho y otro de hecho.

i) Error de Derecho.

En cuanto a esta especie, Pavón Vasconcelos explica:

“Tradicionalmente se ha considerado que cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay inculpabilidad, pues la ignorancia de las leyes a nadie beneficia, principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del Derecho” ²⁸¹

En el mismo sentido, Castellanos Tena enfatiza que el error de derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha. ²⁸²

Previo a la reforma que sufriera el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, en 1983, en la que se derogó el artículo 59 bis, se contemplaba al error de derecho como una atenuante de la pena y no así como una excluyente de responsabilidad.

²⁸¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 468.

²⁸² CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 257.

ii) Error de Hecho

Se puede subdividir en accidental y esencial.

-Error de Hecho Accidental

Debido a que este tipo de error no infiere en los elementos esenciales del delito, no es causa de inculpabilidad.

Al respecto, Pavón Vasconcelos considera que el error de esta clase no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, comprendiendo los llamados casos de "aberración"²⁸³, tales como el error en el golpe (aberratio ictus), en la persona (aberratio in persona) y en el delito (aberratio delicti).

El error en el golpe, se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente, por ejemplo cuando una persona dispara en contra de otra, pero por error en la puntería priva de la vida a una diversa.²⁸⁴

La aberratio in persona es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito, siguiendo el ejemplo anterior, el disparo se realiza en la noche y el sujeto a quien iba dirigido es confundido con otro y este último resulta muerto.²⁸⁵

²⁸³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 472.

²⁸⁴ Cfr. CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 264.

²⁸⁵ Idem.

A este respecto, Pavón Vasconcelos opina que para la ley no importa que la muerte querida por el sujeto activo haya recaído en otra persona, pues la culpabilidad del agente es plena y el error en que incurrió en nada cambia la subjetividad del hecho imputable, debiendo responder el agente por homicidio doloso.²⁸⁶

El error en el delito, se presenta si se ocasiona un suceso diferente al deseado.²⁸⁷

En cualquiera de estas aberraciones habrá responsabilidad para el agente activo, ya que el error en que se incurrió es ineficaz para borrar la culpabilidad de su obrar.

- Error de Hecho Esencial

Este tipo de error, a su vez se subdivide en error esencial vencible y error esencial invencible.

El error esencial vencible, es aquél – señala Pavón Vasconcelos- “...en el que el sujeto pudo y debió prever el error, excluye el dolo pero no la culpa, careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad”.²⁸⁸

²⁸⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 474.

²⁸⁷ Cfr. CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 265.

²⁸⁸ *Ibidem*. p. 471.

Por su parte, el error esencial invencible se da cuando por las circunstancias del hecho, el sujeto no haya podido conocer la situación falsa en que se encontraba.

Porte Petit señala que:

“El error esencial de hecho para tener efectos eximentes, debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa... en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuricidad de su conducta y por ello, constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.”

289

Este tipo de error, la doctrina lo divide en error de tipo y de prohibición.

El error de tipo se presenta cuando el sujeto en virtud de un error esencial e invencible cree atípica su actuación, indudablemente la considera lícita, acorde con el derecho, siendo en realidad contraria al mismo, citando como ejemplo Castellanos Tena, el caso del agente que habiendo realizado cópula con una mujer menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por engaño, cree, fundadamente que la mujer es mayor de edad, toda vez que en su acta de nacimiento dice una edad diferente a la real o es falso el documento; por lo que tal individuo estima lícito o permitido su proceder.²⁹⁰

²⁸⁹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, citado por CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 260.

²⁹⁰ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 260 – 261.

Pavón Vasconcelos afirma que cuando el error no recae sobre circunstancias pertenecientes al tipo legal, sino sobre la licitud en la realización del hecho, se da el error de prohibición.²⁹¹

La fracción VII del artículo 15 del Código Penal Federal, prevé tanto el error de tipo como el de prohibición, al precisar:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal. (ERROR DE TIPO)

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.”²⁹²

(ERROR DE PROHIBICION)

En el caso que nos ocupa, es posible que se presente el error de tipo, en el supuesto de que el servidor público, creyendo que la empresa a la cual adjudicó la realización de una obra pública, cumplía con todos los requisitos exigidos en las bases de la licitación, siendo que esa concursante falsificó algunos documentos para hacer creer al activo esa situación.

²⁹¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, citado por CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 262.

²⁹² Código Penal Federal, Ed. Sista, México, 2003, p. 7.

Así también, es factible que se de el error de prohibición, al considerar el servidor público, que la contratación de una obra pública a través del procedimiento de invitación restringida y no así por el de licitación pública, se encuentra justificada en la autorización que al respecto haya emitido el Comité de Obra.

1.2. No exigibilidad de otra conducta.

Otra de las causas que elimina a la culpabilidad es lo que la doctrina penal ha denominado la no exigibilidad de otra conducta. Al respecto , Fernando Castellanos expresa lo siguiente:

“Con la frase ‘no exigibilidad de otra conducta’, se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación espacialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento.”²⁹³

La no exigibilidad de otra conducta implica que en ocasiones, la ley no pueda exigir al sujeto que actúe en forma diversa a como se condujo, cometiendo objetivamente el delito.

El Código Penal, en su ordinal 15, fracción IX, prevé esta hipótesis de inculpabilidad y los diversos 333 y 334 establecen dos ejemplos de la no exigibilidad de otra conducta.

“Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...

²⁹³ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 270.

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;"

"Artículo 333.- No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación."

"Artículo 334.- No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora."

En el caso que nos ocupa, podría presentarse como hipótesis de inculpabilidad la no exigibilidad de otra conducta, en el supuesto de que un servidor público se vea orillado a suscribir indebidamente un contrato de obra pública, en razón de encontrarse amenazado, con el hecho de que de no hacerlo su familia corra peligro de ser lesionada, no teniendo entonces la posibilidad de actuar de otra forma.

Otro ejemplo de la inculpabilidad, sería para el caso de que el servidor público a sabiendas de que los trabajos a contratar, por disposición de la ley debían de haberse sometido a licitación pública, dispone llevarlos a cabo adjudicando la obra de manera directa, fundamentando su determinación en el hecho de que es necesario reestablecer de manera inmediata los servicios que se encuentren suspendidos y que sean indispensables para la comunidad, ya sea por que se hayan visto interrumpidos por un desastre natural; este proceder del

servidor público, parecería indebido, sin embargo, por tratarse de una emergencia, no podría exigírsele que llevara a cabo todo el proceso de licitación, el cual indudablemente lleva tiempo.

CAPÍTULO V

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD, LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

A. Condiciones Objetivas de Punibilidad

Ernesto Beling define a las condiciones objetivas de punibilidad como ciertas circunstancias exigidas por la Ley Penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad.²⁹⁴

Para Castellanos Tena son aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.²⁹⁵

Al respecto, Carlos Vidal Riveroll considera que son aquellas condiciones accidentales suspensivas que hacen depender de un acontecimiento futuro e incierto, la punición de un delito perfectamente estructurado, que siendo objetivas y extrínsecas no afectan al ser de la propia infracción penal, sino simplemente hacen depender la punibilidad de la verificación de tales condiciones, agregando, que no deben de confundirse con la pretensión punitiva, los presupuestos procesales, las cuestiones prejudiciales, o con los requisitos de procedibilidad.²⁹⁶

De lo anterior, se desprende que las condiciones objetivas de punibilidad no son imprescindibles para la estructuración del delito pues éste

²⁹⁴ Citado por JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Ob. Cit. p. 417 y 418.

²⁹⁵ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 278.

²⁹⁶ VIDAL RIVEROLL, Carlos. "Las Condiciones Objetivas de Punibilidad". *Dinámica del Derecho Mexicano*. No. 5, Ed. Por la P.G.R., México, 1975, p. 150.

subsiste como una conducta típica, antijurídica y culpable, independientemente de que se requieran ciertos aspectos para que sea sancionable.

En tal virtud, afirma el autor en cita que: "La no realización de las condiciones objetivas de punibilidad, deben conducir necesariamente a la absolución del acusado..."²⁹⁷

Por su parte, Jiménez de Asúa sostiene que cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse.²⁹⁸

Como ejemplo de las condiciones objetivas de punibilidad, nuestro Código Penal Federal, en su artículo 245 establece lo siguiente:

"Artículo 245.- Para que el delito de falsificación de documentos sea sancionable como tal, se necesita que concurren los requisitos siguientes:

I.- Que el falsario se proponga sacar algún provecho para sí o para otro, o causar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un tercero;

II.- Que resulte o pueda resultar perjuicio a la sociedad, al estado o a un particular, ya sea en los bienes de éste o ya en su persona, en su honra o en su reputación, y

²⁹⁷ Ídem. p. 156.

²⁹⁸ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Ob. Cit. p. 425.

III.- Que el falsario haga la falsificación sin consentimiento de la persona a quien resulte o pueda resultar perjuicio o sin el de aquélla en cuyo nombre se hizo el documento.”

El ilícito materia de nuestro estudio, no requiere de la presencia de condiciones objetivas de punibilidad, pues basta que el servidor público actúe con falta de probidad, honestidad, ilegalidad al otorgar, realizar o contratar una obra pública, para que con su proceder en ese momento se consume el delito y sea reprochado por la sociedad, imponiéndole la pena respectiva.

B. La Punibilidad y Excusas Absolutorias

1. La Punibilidad

Si al concluir la substanciación del juicio de reproche, el juzgador determina que la conducta del agente del delito es típica, antijurídica y culpable, procede entonces a imponerle la pena que marca la ley para el tipo transgredido.

En el momento en que el Juzgador aplica la sanción prevista por el mismo tipo penal, en la mayoría de los casos, restrictiva de la libertad, se está en presencia del último elemento del delito, consistente en la punibilidad, pues de nada serviría que la conducta o hecho del sujeto, sea típica, antijurídica y culpable si no se hace valer el poder del Estado para castigar a sus integrantes que se desapartan del camino de la licitud y de esta forma mantener en orden a la sociedad.

Al respecto, Pavón Vasconcelos señala que la punibilidad consiste en:

*“La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.”*²⁹⁹

Por su parte, Jiménez Huerta expresa: “la punibilidad es la secuencia lógico jurídica del juicio de reproche...”³⁰⁰

La imposición de las sanciones en materia penal corresponde única y exclusivamente a la autoridad judicial, así lo establece el artículo 21 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.

*“Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.”*³⁰¹

En lo relativo al delito que nos ocupa, el aspecto punitivo está establecido en los dos últimos párrafos del citado artículo 217, del Código Penal Federal, en los siguientes términos:

“Artículo 217.- Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:

I.- El servidor público que indebidamente:

...

d) Otorgue, realice o contrate obras públicas...

²⁹⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 487.

³⁰⁰ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 459.

³⁰¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Sista, 2003, p. 10.

...

Al que cometa el delito de uso indebido de atribuciones y facultades se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando el monto a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, 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 a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo, exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a doce 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 dos años a doce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

De lo anterior, se pueden considerar varios aspectos:

- 1) Son diversas las sanciones a que se hace acreedor el servidor público, cuando el juzgador ha determinado que su conducta es reprochable penalmente:

- ❖ Prisión
- ❖ Multa
- ❖ Destitución
- ❖ Inhabilitación

Prisión. De acuerdo con el numeral 25 del Código Penal Federal consiste en la privación de la libertad corporal, la cual deberá ser compurgada en los centros de reclusión que al efecto establezcan las leyes. La duración de esta sanción dependerá de lo que el tipo penal correspondiente establezca.

Multa. Es una sanción de carácter pecuniario, descrita por el artículo 29, segundo párrafo del precitado Código, como el pago de una cantidad de dinero al Estado, que será fijada por días multa.

El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

Destitución es una pena de las previstas por el ordinal 24 del multicitado Código Sustantivo de la Materia y Fuero, sin embargo, llama nuestra atención el hecho de que no se encuentre definida por dicho ordenamiento, ni por la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

La palabra destitución proviene del latín *destitutioonis*, como la acción y efecto de destituir, siendo definida como la separación de una persona del cargo que desempeña como corrección o castigo³⁰².

³⁰² Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III, D, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 270.

“... es la cesación definitiva en el ejercicio de una función o empleo...”³⁰³

Al respecto, el Nuevo Código Para el Distrito Federal, en su artículo 56, establece que debe entenderse por destitución:

“Artículo 56.- ...

La destitución consiste en la privación definitiva del empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público.”

“Artículo 59. En el caso de destitución, ésta se hará efectiva a partir del día en que cause ejecutoria la sentencia.”

Por su parte, el Código de Justicia Militar prevé:

“LIBRO SEGUNDO. De los delitos, faltas, delincuentes y penas.

TÍTULO SEGUNDO. De las penas y sus consecuencias.

CAPÍTULO IV. De la destitución de empleo.

Artículo 136. La destitución de empleo consiste en la privación absoluta del empleo militar que estuviere desempeñando el inculpado, importando, además, las consecuencias legales expresadas en los artículos siguientes.”

³⁰³ *Ibidem.* Tomo V, I - J, p. 111.

Inhabilitación. Pena, que al igual que la destitución, se encuentra contemplada por el artículo 24 del Código Penal Federal y no está definida en numerales posteriores ni otro dispositivo de carácter federal.

Sin embargo, para el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la inhabilitación es:

“Artículo 56.- ...

...

La inhabilitación implica la incapacidad temporal para obtener y ejercer cargos, comisiones o empleos públicos.”³⁰⁴

La inhabilitación se rige por la regla que resulta aplicable a la suspensión o privación de derechos prevista en el artículo 57 del Nuevo Código Penal Para el Distrito Federal, en su penúltimo párrafo, que a la letra dice:

“...si la suspensión o la privación se imponen con pena privativa de la libertad, comenzarán al cumplirse ésta y su duración será la señalada en la sentencia. Si la suspensión o la privación no van acompañadas de prisión, empezarán a contar desde que cause ejecutoria la sentencia.

A esta misma regla se sujetará la inhabilitación.”

Como puede observarse, la destitución refiere a la suspensión definitiva para volver a ocupar un cargo o empleo público de

³⁰⁴Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Ed. Sista, México, 2003. p. 41.

cualquier naturaleza dentro de la administración pública federal, en cambio, la inhabilitación, es la imposibilidad temporal para volver a ocupar otro, conforme lo expone el siguiente criterio jurisprudencial:

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXVIII

Página: 1300

"MILITARES. Los militares destituidos de su empleo pierden los derechos adquiridos por virtud del tiempo de servicios prestados y los que corresponden a los honores inherentes a su cargo. La inhabilitación y la destitución tienen características diversas, y el régimen jurídico de la destitución no es exactamente igual al sistema de principios que se aplican con respecto a la inhabilitación. El militar destituido, no queda inhabilitado para volver al ejército, y no así el que es condenado a la inhabilitación; ésta principia a correr cuando el militar procesado ha extinguido la pena corporal.

Amparo penal en revisión 4273/27. Robles Refugio L. 7 de marzo de 1930. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Enrique Osorno Aguilar. La publicación no menciona el nombre del ponente."

La destitución y la inhabilitación, cobraron relevancia como sanciones de carácter penal, a partir de las reformas al Título Décimo del entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del

Fuero Federal, pues se consideraba que no sería protección suficiente a los intereses públicos al privar definitivamente a un funcionario del empleo desde el cual ha perjudicado la causa pública, dejando simultáneamente abierta la puerta para que éste pueda seguir haciéndolo desde otra posición análoga.³⁰⁵

Por otra parte, no se omite mencionar que estas sanciones, también pueden ser impuestas al servidor público con motivo del procedimiento administrativo que lo considera responsable, en términos de lo dispuesto por el artículo 109 Constitucional, fracción III y en su reglamentaria Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Cabe señalar, que de conformidad con el propio precepto constitucional, los procedimientos penal y administrativo para la aplicación de las sanciones se desarrollaran autónomamente, sin embargo *"... no podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza."*³⁰⁶

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido las siguientes tesis jurisprudenciales:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Abril de 1996

³⁰⁵ Cfr. *Ibidem*. p. 112.

³⁰⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Sisita, México, 2003, p.10.

Tesis: P. LXI/96

Página: 93

“INHABILITACIÓN COMO SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y COMO PENA. La inhabilitación, entendida como la sanción por virtud de la cual se declara al sancionado como no apto o incapaz de ejercer ciertos derechos, puede ser configurada como una sanción penal, cuando su imposición derive de la comisión de un delito en términos del artículo 24 del Código Penal aplicable a la materia federal, o como una sanción administrativa para el servidor público que ha faltado a los principios y reglas que presiden la función pública, conforme al artículo 56, fracción V de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en cuyo supuesto sólo restringe temporalmente su capacidad para ocupar cargos públicos sin lesionar sus demás derechos civiles, políticos o de familia.

Amparo en revisión 237/94. Federico Vera Copca y otro. 23 de octubre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el quince de abril en curso, aprobó, con el número LXI/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a quince de abril de mil novecientos noventa y seis.”

Octava Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIV, Julio de 1994

Página: 552

"DESTITUCIÓN E INHABILITACIÓN DE CARGO O EMPLEO. NO VIOLA EL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL. Si bien el artículo 123 constitucional establece como garantía social la de que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, esta norma no consagra una garantía individual ni se infringe en forma alguna si se impone la sanción de destitución del cargo o empleo e inhabilitación para obtener otro de la misma naturaleza, que se encuentra plenamente establecido por una ley penal y resulta aplicable como consecuencia de la conducta antijurídica, típica y culpable desarrollada por el sujeto activo, sanción que debe aplicarse independientemente de lo que pueda ser resuelto en un procedimiento diverso, como es el relativo al juicio laboral en que pudiera condenarse al patrón a la reinstalación del propio sujeto.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 114/88. Justino Rodolfo Ruiz Torres. 1o. de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo."

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Abril de 1996

Tesis: P. LIX/96

Página: 127

“RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, LEY FEDERAL DE SU ARTÍCULO 56, FRACCIÓN V, QUE ESTABLECE LA INHABILITACIÓN COMO SANCIÓN ADMINISTRATIVA, NO VIOLA LOS ARTÍCULOS 21 Y 49 CONSTITUCIONALES. El artículo 56, fracción V de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, reformado en el año de mil novecientos noventa y dos, al establecer que la autoridad administrativa puede imponer como sanción la inhabilitación para los servidores públicos que incurran en responsabilidad administrativa, no viola el artículo 21, parte inicial, de la Constitución Federal, porque ésta se refiere a las penas derivadas de la comisión de ilícitos criminales, que deben ser impuestas por los Jueces penales, mas no comprende a las sanciones por infracciones administrativas ni a las derivadas de la responsabilidad administrativa en que incurran los servidores públicos por violación a los deberes propios de su función, sanciones estas últimas que se hallan regidas por el Título Cuarto de la Constitución General de la República, que distingue con claridad entre las que pueden imponerse a los servidores con motivo de su responsabilidad penal y las que proceden en caso de responsabilidad administrativa, entre las cuales se establece la inhabilitación. El precepto en examen tampoco viola, por

tanto, la distribución de competencias establecida por el artículo 49 constitucional, entre la autoridad judicial y la administrativa, ya que a la primera se reserva la imposición de sanciones penales, entre ellas la inhabilitación prevista en el artículo 24 del Código Penal aplicable a la materia federal, mientras que, por disposición expresa del Constituyente, a las autoridades administrativas corresponde decretar la inhabilitación de los servidores públicos por causa de responsabilidad administrativa.

Amparo en revisión 237/94. Federico Vera Copca y otro. 23 de octubre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el quince de abril en curso, aprobó, con el número LIX/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a quince de abril de mil novecientos noventa y seis."

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Abril de 1996

Tesis: P. LX/96

Página: 128

"RESPONSABILIDADES DE SERVIDORES PÚBLICOS. SUS MODALIDADES DE ACUERDO CON EL TÍTULO CUARTO CONSTITUCIONAL. De acuerdo con lo dispuesto

por los artículos 108 al 114 de la Constitución Federal, el sistema de responsabilidades de los servidores públicos se conforma por cuatro vertientes: A).- La responsabilidad política para ciertas categorías de servidores públicos de alto rango, por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho; B).- La responsabilidad penal para los servidores públicos que incurran en delito; C).- La responsabilidad administrativa para los que falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública, y D).- La responsabilidad civil para los servidores públicos que con su actuación ilícita causen daños patrimoniales. Por lo demás, el sistema descansa en un principio de autonomía, conforme al cual para cada tipo de responsabilidad se instituyen órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propias, aunque algunas de éstas coincidan desde el punto de vista material, como ocurre tratándose de las sanciones económicas aplicables tanto a la responsabilidad política, a la administrativa o penal, así como la inhabilitación prevista para las dos primeras, de modo que un servidor público puede ser sujeto de varias responsabilidades y, por lo mismo, susceptible de ser sancionado en diferentes vías y con distintas sanciones.

Amparo en revisión 237/94. Federico Vera Copca y otro. 23 de octubre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el quince de abril en curso, aprobó, con el número LX/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a quince de abril de mil novecientos noventa y seis."

- 2) No existe la posibilidad de que las penas de prisión, multa, destitución e inhabilitación sean alternativas, pues la norma penal al emplear la conjunción "y", excluye esa posibilidad.

- 3) Para la graduación de las penas, el legislador establece dos parámetros, tomando en consideración el monto de las operaciones ilícitas:
 - a. Cuando el monto a que asciendan las operaciones indebidas no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito. En este caso, la pena de prisión podrá ser desde tres meses hasta dos años de prisión, igual término para el caso de la inhabilitación y destitución.

 - b. Para el supuesto de que el monto de dichas operaciones indebidas exceda del equivalente a las quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, el rango para la imposición de la sanción restrictiva de la libertad, destitución e inhabilitación aumenta, ahora podrán ser de dos a doce años.

Por cuanto hace la sanción pecuniaria consistente en la multa, en ambos parámetros apuntados, se mantiene en un monto de treinta a trescientas veces el salario mínimo general vigente.

Ahora bien, para determinarse el grado de la sanción a imponer al servidor público, el Juzgador deberá tomar en cuenta las condicionantes que para tal efecto prevé el artículo 213 del Código Penal Federal, consistentes en:

- Si el trabajador es de base, funcionario o empleado de confianza (lo cual, además será una circunstancia que podrá dar lugar a la agravación de la pena).
- La antigüedad en el empleo.
- Sus antecedentes en el servicio público
- Lo que perciba por su empleo
- El grado de instrucción del sujeto.
- La necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita.
- Las circunstancias especiales que hayan concurrido en los hechos constitutivos del delito.

De lo anterior, se desprende que otra de las penas a que puede ser condenado el servidor público, es al pago de la reparación del daño, lo cual robustece la idea de que el delito objeto del presente trabajo de tesis, no solamente es de mera conducta, sino que también existe la posibilidad de que pueda ser de resultado material, de ahí que el propio artículo 213, señala que esa pena depende de la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita del sujeto.

Cabe destacar que, la imposición de dicha pena, atiende a lo dispuesto por el artículo 111 penúltimo párrafo de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

“Artículo 111.- ...

Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita.

...” ³⁰⁷

Bajo estos términos, se desprende que el delito a estudio, si bien es cierto que para su consumación no requiere de un resultado material, también lo es que si esa conducta indebida produce efectos en el mundo fáctico, no puede escapar a los sentidos los daños o perjuicios que se hayan causado.

La imposición del pago de la reparación del daño para este tipo de delitos, además de lo previsto en los numerales 111 Constitucional y 213 del Código Penal Federal, encuentra su fundamento en el hecho de tener ésta, el carácter de pena pública, conforme lo establece el diverso 34 del citado código, aunado a la circunstancia de que uno de los bienes jurídicamente tutelados por la norma penal objeto de estudio del presente trabajo de tesis, consiste en la correcta aplicación de los fondos públicos por parte de sus empleados.

³⁰⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Sista, México, 2003, p. 52.

La reparación del daño, como una especie de la sanción pecuniaria, comprende, según el artículo 30 del Código penal Federal:

- I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma.
- II. La indemnización del daño material o moral causado.
- III. El resarcimiento de los perjuicios causados.

Conforme al artículo 31 bis del citado Código Penal Federal, en todo proceso del orden penal, es obligación del Ministerio Público de la Federación solicitar la condena al pago de la reparación del daño y del Juez a pronunciarse al respecto.

Además de las circunstancias señaladas en el artículo 213, el Juez al momento de determinar las sanciones deberá de tomar en cuenta lo previsto por los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, que a la letra dicen:

“Artículo 51. Dentro de los límites fijados por la ley, los Jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el Juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional

consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.” ³⁰⁸

“Artículo 52. El Juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

³⁰⁸ Código Penal Federal. Ed. Sista, México, 2003, p. 13.

VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.” ³⁰⁹

2. Excusas Absolutorias.

Constituyen el aspecto negativo de la punibilidad, ya que existen casos en los cuales se presentan conductas típicas, antijurídicas y culpables, que no son punibles debido a que de acuerdo a una política criminal del Estado, éste decide dejar de sancionarlas; a tales supuestos en la doctrina se les conoce como excusas absolutorias y son establecidas de manera específica en la legislación penal sustantiva.

En opinión de Castellanos Tena, las citadas excusas son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena, agregando, que el estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. ³¹⁰

Los artículos 138, 248, 280, fracción II, 333, 334, 375, 379 y 400 del segundo párrafo de la fracción V del Código Penal Federal, prevén casos

³⁰⁹ Ídem.

³¹⁰ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 279.

específicos de excusas absolutorias, relativas a los delitos de rebelión, falsedad en declaraciones, inhumación y exhumaciones, aborto, robo y encubrimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 55 del citado Código, contempla algunas excusas absolutorias que podrían aplicarse de manera general al resto de las figuras delictivas, pues tal dispositivo faculta al juzgador, para que de oficio o a petición de parte, motivando su resolución en dictámenes periciales, no condene al sujeto activo del delito a la pena privativa o restrictiva de la libertad o en su caso la substituya por una medida de seguridad, siempre y cuando:

- El sujeto activo del delito haya sufrido consecuencias graves en su persona.
- Por su senilidad, o
- Por su precario estado de salud.

Las hipótesis anteriores, son situaciones que válidamente podrían presentarse en los sujetos activos de cualquier delito y por ende, aplicable al que es objeto del presente trabajo de tesis, es decir, que el servidor público que resulte culpable por la contratación indebida de obra pública, al momento en que el juez se encuentre deliberando sobre penalidad a fijarle, tenga conocimiento de que el procesado sufrió un accidente que lo haya dejado en coma, estado vegetativo o incapacitado totalmente, o bien, se encuentre en una etapa terminal, como el caso de las personas que padecen de leucemia o el virus del sida.

En virtud de lo anterior, se considera que en el delito que ocupa nuestra atención, pudiera estar amparado por alguna excusa absolutoria que ocasione el que la conducta típica, antijurídica y culpable del agente del delito no se sancione.

CAPÍTULO VI

ITER CRIMINIS, TENTATIVA, PARTICIPACIÓN Y CONCURSO DE DELITOS

A. Iter Criminis

El Iter Criminis, considerado por la doctrina como el camino del delito, comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito, desde su ideación hasta su agotamiento o consumación.

Castellanos Tena define al camino del crimen como el proceso a través del cual se desplaza a lo largo del tiempo el delito, y comprende desde que se apunta como idea o tentación de la mente del delincuente, hasta su terminación o total agotamiento.³¹¹

Así también, los múltiples autores en la materia, han coincidido que el camino que recorre el delito se divide en dos etapas: la interna o subjetiva y la externa u objetiva.

1. Fase Interna.

Se desarrolla dentro de la psique del sujeto; es decir, no ha sido exteriorizada la idea criminal que el sujeto concibe en su mente. A su vez, ésta tiene tres momentos:

- a) Ideación o Idea Criminosa.- Se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito.

³¹¹ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 283.

Castellanos Tena, expresa:

“En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.” ³¹²

Bajo esta premisa, si el sujeto continúa pensando en la idea criminal, se pasa a la segunda fase, de lo contrario, en ese momento el camino del delito se acaba.

- b) Deliberación.- Es el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella. ³¹³

- c) Resolución.- A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que ha de hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior sólo existe como propósito en la mente. ³¹⁴

En este renglón, no se llega a concretizar en un acto la idea criminal, por lo que al no exteriorizarse el pensamiento de la persona, lógicamente no se lesiona ningún interés jurídico, no pudiendo entonces, sancionar al sujeto por su mero pensamiento, principio consagrado en la formula “cogitationem poena nemo patitur” (el pensamiento no delinque).

³¹² Ibidem. p. 284.

³¹³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 501.

³¹⁴ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 284.

Estos momentos sólo se presentan en los delitos de carácter doloso, pues para ellos es requisito necesario, el que el sujeto haya previsto desde un principio la realización de un ilícito.

2.- Fase Externa.

Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos ya dentro de la fase externa u objetiva del delito; penetramos a lo que algunos autores denominan el proceso ejecutivo del delito.³¹⁵

A su vez, ésta también se compone de 3 etapas:

- a) Manifestación.- Nuevamente Castellanos Tena nos da su punto de vista al indicar:

*“La idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto”.*³¹⁶

Hasta este momento, es cuando el sujeto activo exterioriza su voluntad para delinquir.

- b) Preparación.- Jiménez de Asúa, dice que los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente.³¹⁷

³¹⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 504.

³¹⁶ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 285.

³¹⁷ Citado por CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 286.

- c) Ejecución.- Son aquellos actos que ponen en movimiento el verbo núcleo del tipo que constituye el delito.

Cuando el sujeto realiza todos los actos del delito y se logra la ejecución del mismo, se está ante su consumación, siendo éste el último momento del iter criminis, en cambio, si a pesar de llevar a cabo todos los actos tendientes a ejecutar el ilícito, entonces surge la institución llamada tentativa, que abordaremos en el punto siguiente.

Así pues en el caso que nos ocupa, el servidor público, previo a la ejecución del delito tuvo que haber pasado por estas dos etapas, pues como ya se explicó, necesariamente debió de idear el acto ilícito, haber deliberado entre llevarlo a cabo o no y materializarlo, pues como se recordará, el delito de uso indebido de atribuciones y facultades es meramente doloso, es decir, desde sus inicios, el sujeto tuvo la capacidad de entender y querer el resultado típico.

B. Tentativa

Conforme a lo expuesto en el punto anterior, dedicado al iter criminis, en el cual se explicó que no es castigable el simple pensamiento de una persona para ser sancionada una idea criminal, pues para ello se requiere que ésta se ejecute en el mundo externo.

Lo anterior resulta lógico, pues el Derecho Penal únicamente regula la conducta externa de los individuos y deja a un lado el comportamiento interno del sujeto, el cual será campo de estudio de otras ciencias, como la psicología o

psiquiatría, o más aún de la religión, cuestiones últimas que no nos interesan para nuestra materia punitiva.

Ahora bien, cuando la idea criminal se exterioriza y la misma no llega a alcanzar el resultado querido, por causas que resultan ajenas al agente, se dice que estamos en presencia de una tentativa.

Al respecto, varios autores nos dan su opinión:

Castellanos Tena la define como aquellos "...actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto".³¹⁸

Para Hippel, "...la tentativa comienza con el acto de ejecución, entendiéndose por tal aquél que es contenido del singular delito, esto es, aquél comportamiento que entra ya en la figura delictiva..."³¹⁹

Por su parte, Jiménez Huerta indica que únicamente serán sancionables los actos ejecutivos, excluyendo a los actos preparatorios, pues quedan fuera del límite mínimo del dispositivo de la tentativa, consiste en el principio de ejecución de la conducta que integra la base típica de cada ilícito.³²⁰

En lo referente a si la tentativa puede cometerse dolosa o culposamente, Zaffaroni nos señala que sólo puede ser dolosa:

³¹⁸ Ibidem. p. 287.

³¹⁹ Citado por JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 357.

³²⁰ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 354.

*"La tentativa requiere siempre al dolo, es decir, el fin de cometer un delito determinado..."*³²¹

*"...la posibilidad de una tentativa culposa es insostenible, porque el tipo culposo no individualiza las conductas por la finalidad sino por la forma de obtener la finalidad..."*³²²

En lo que respecta a los delitos en que pueden operar la tentativa, Jiménez Huerta advierte que esta figura no puede ser aplicada en delitos unisubsistentes y en delitos culposos:

*"No puede, por tanto, ontológicamente entrar en función en aquellos que no admiten un fraccionamiento de la conducta en diversos actos. Sólo en orden a los delitos plurisubsistentes entra pues en juego el dispositivo de la tentativa".*³²³

En los ilícitos formales o de simple conducta, Jiménez Huerta escribe:

*"...el límite máximo de la tentativa fincase en el penúltimo acto idóneo de los que el agente ha de efectuar para lograr la consumación del delito; como en ésta clase de tipos no se necesita la producción de un resultado fáctico externo como consecuencia de la conducta, el delito queda consumado cuando se efectúa el penúltimo acto necesario para la integración típica".*³²⁴

³²¹ ZAFFARONI E., Raúl. "Manual de Derecho Penal. Parte General. Segunda Parte", 2da. Ed., Argentina, 1979. p. 528 y 529.

³²² *Ibidem.* 529.

³²³ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 349.

³²⁴ *Idem.*

Por otro lado, en cuanto a los delitos materiales o de resultado, señala que debe asignarse tal significado al último acto idóneo con el que el agente acaba o completa la acción delictiva, o de otra manera dicho, última en todo lo que es necesario para la consumación del delito.³²⁵

En cuanto a las clases de tentativa, existen dos: la punible y no punible.

1. Tentativa Punible

Es la ejecución frustrada de una determinación criminosa. Se presenta cuando el sujeto realiza actos de ejecución pero el delito no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Esta puede ser:

- a) Acabada. Se da, cuando pase a reunirse todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecutar los actos para dicho fin, el resultado no se produce.³²⁶

- b) Inacabada. Se presenta cuando no se verifican todos los actos encaminados a la consecución del resultado³²⁷, por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

En ambos casos, la no consumación del delito es por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

³²⁵ *Ibidem.* p. 369.

³²⁶ *Ibidem.*

³²⁷ ZAFFARONI E., Raúl. Ob. Cit. p. 532.

2. Tentativa No Punible.-

Se presenta cuando el sujeto deja de realizar el último o los últimos actos de ejecución por causas propias (motu proprio), impidiendo espontáneamente la consumación del delito. Pudiendo ser a través del:

- a) **Arrepentimiento.-** Es cuando el sujeto realiza todos los actos de ejecución que consumirían el delito a no ser porque voluntariamente impide la consumación del mismo.

Al respecto, Pavón Vasconcelos la define como:

*"...la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado".*³²⁸

Por su parte, Jiménez Huerta indica: "el arrepentimiento es voluntario cuando el agente, después de haber realizado todos los actos que debieron producir la consumación del delito, impide por actos posteriores propios o ajenos impulsados por él, la producción del resultado típico. El arrepentimiento sólo puede darse en los delitos materiales, esto es, en aquellos delitos que para su integración requieren un resultado fenoménico".³²⁹

- b) **Desistimiento.-** El sujeto deja de realizar de motivo propio, el último o los últimos actos de ejecución que consumirían el delito.

³²⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Breve ensayo sobre la tentativa", 2ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1974, p. 117.

³²⁹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 380.

Sobre este tema Pavón Vasconcelos, lo define como "...la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su voluntad de abandonar el designio criminal que se había propuesto".³³⁰

Aclara el autor en cita, que el desistimiento será voluntario cuando el agente se dice que no quiere a pesar de que puede; y es involuntario cuando dice yo no puedo, aunque quisiera.³³¹

En el mismo sentido, opina Jiménez Huerta que el desistimiento es voluntario cuando una nueva y libre decisión del agente es causa determinante de la inconsumación del delito, pues opera como obstáculo interruptivo del proceso causal.³³²

La diferencia entre la tentativa punible y no punible, radica en que en la primera, se presenta cuando el sujeto realizó los actos o casi todos, pero por causas ajenas a su voluntad no se produce el resultado típico; en cambio en la segunda, el propio sujeto decide desistir de llevar a cabo el último o los últimos actos de ejecución, evitando la consumación del delito.

Sin embargo, para que pueda existir tentativa punible o no punible, es indispensable que esté latente la posibilidad de que pueda producirse el resultado material deseado.

³³⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 524.

³³¹ Ídem.

³³² JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 379.

Ahora bien, dado que la tentativa requiere de representación de la conducta o del hecho y voluntariedad en la ejecución de los actos, los delitos culposos no admiten esta forma incompleta o imperfecta.

Por otra parte, la tentativa no podría presentarse en los delitos de omisión simple, por surgir éstos, en el momento en que se omite la conducta esperada o exigida por la ley, por tanto, no puede el sujeto empezar a realizar actos tendientes a omitir la acción esperada.

Así las cosas, la tentativa entonces podría estar presente en los delitos de carácter doloso, ya que éstos están presididos de un proceso volitivo y ejecutivo, en el que el sujeto tenga presente la producción de un resultado típico y si bien, no se consuma el delito, ello no es así, ya sea por causas ajenas a su voluntad o por decisión propia, en la que decida retractarse de delinquir.

Las dos formas de tentativa están previstas por el artículo 12 del Código Penal Federal, en los siguientes términos:

*“Artículo 12. Existe **tentativa punible**, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.*

Para imponer la pena de la tentativa el Juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos. (Tentativa No Punible)

Ahora bien, en lo relativo al ilícito que se analiza, se podría sostener que es dable la figura de la tentativa, tanto punible, en su forma inacaba y la no punible en razón de situarnos en un delito de los denominados de mera conducta, los cuales no requieren de un resultado material, aunado a hecho de que también tienen la característica de ser dolosos, lo cual implica que en todo momento el sujeto activo, está consciente de los actos que realiza y puede en cualquier momento desistirse de su idea criminal.

Para el caso de que la tentativa fuera inacabada, ésta se daría en el supuesto de que el servidor público ya haya realizado todos los actos tendentes a declarar ganadora a una empresa que no reúne los requisitos exigidos por las bases de la licitación y sin embargo, no se concluye en la firma del contrato, por que la obra haya sido cancelada, en razón de que la entidad o dependencia, por alguna contingencia ya no cuente con el presupuesto respectivo. En este ejemplo, el sujeto ya llevó a cabo todos los actos idóneos para consumar el delito y por causas ajenas a su voluntad, se impide la configuración del ilícito, consistente en la contratación indebida.

C. Participación.

Para Fernando Castellanos Tena la participación consiste en "...la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad".³³³

En efecto, el Código Penal Federal establece varios tipos delictivos en los que se precisa de un sólo agente para cometer el ilícito (unisubjetivo), o bien, de dos o más sujetos activos (plurisubjetivo), sin embargo, se puede dar el caso de que en la consecución del resultado, además de las conductas principales señaladas en el tipo penal, se presenten otras, accesorias, en las cuales intervengan varias personas para dicho fin. A esto último, es lo que se conoce con el nombre de la participación.

Al respecto, Mariano Jiménez Huerta opina que las conductas accesorias "... son en mayor o menor grado, coadyuvantes de la acción principal y, por tanto, inequívocamente antijurídicas, obvio es que adquieren una trascendente importancia que no es posible desconocer si se requiere que el Derecho Penal valore los hechos del mundo circundante..."³³⁴

Agrega Castellanos Tena, la participación, precisa de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención. Evidentemente si todos son causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado; éste estará en relación con la actividad (o inactividad) de cada uno, de donde surgen varias formas de participación.³³⁵

³³³ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 296.

³³⁴ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 382.

³³⁵ CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit. p. 294.

Jiménez Huerta advierte que no hay que perder de vista en las conductas accesorias el elemento finalístico, el cual consiste en que las conductas deben de estar impulsadas o animadas por el propósito de participar en la comisión de una conducta principal a cuya ejecución convergen. Este elemento, se manifiesta por lo general en un previo acuerdo entre el autor y el partícipe; pero puede también manifestarse en cualquiera otra forma que ponga de relieve la voluntad del partícipe de cooperar con acción conjunta e identidad de propósito en la producción de la conducta principal. ³³⁶

El mismo autor agrega que cada conducta accesoria contribuye a la "...formación de un sistema, cuyo desarrollo pertenece tanto a todos como a cada uno de los partícipes, no solamente porque es el resultado de sus contribuciones, sino también porque es desenvolvimiento de una única serie que, iniciada por la conducta antecedente, es proseguida por la sucesiva". ³³⁷

Por su parte, Rafael Landeros Purón manifiesta que las reglas establecidas en cuanto a la participación, sólo son operantes en los delitos dolosos, pues "...no es posible sostener la participación delictuosa en los delitos culposos, ya que, analizando la culpa y la participación, resultan antagónicas dichas figuras puesto que, mientras la participación delictuosa exige en los sujetos activos del delito la comunidad de intención respecto a la producción del evento, la culpa se distingue precisamente en que el resultado delictivo que sobreviene nunca es querido ni aceptado, ya sea por haberlo previsto, o porque habiéndolo sido se considera irrealizable". ³³⁸

³³⁶ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 409.

³³⁷ *Ibidem*. p. 386.

³³⁸ LANDEROS PURÓN, Rafael. "La participación en los delitos culposos". Seminario de Derecho Penal, Facultad de Derecho; U.N.A.M., México, 1968. p. 75 y 76.

Pavón Vasconcelos afirma que para la existencia de la participación delictiva se requieren dos elementos: uno material y otro subjetivo, como se explica a continuación:

- Elemento material. Se identifica en el hecho ejecutado que se integra con los subelementos: conducta, resultado y nexa causal.

La conducta resulta plural por cuanto son varias las personas que intervienen en expresarla, de manera que cada una de sus conductas debe constituir condición causal en el resultado, por afluir todas ellas a producirlo.³³⁹

- Elemento subjetivo. Consiste en la convergencia de las voluntades respecto a la producción del resultado, sin ser necesario a éste un momento determinado dentro del proceso ejecutivo; lo fundamental es quienes participan tengan conciencia y voluntad de cooperar al acaecimiento del evento”.³⁴⁰

En lo tocante a la regularización legal, Jiménez Huerta comenta que aunque las conductas accesorias no se encuentran comprendidas en el tipo delictivo, por no implicar la realización de la conducta material que la misma describe, “...para lograr la punición de estas conductas accesorias, preciso es arbitrar algún medio adecuado... el Derecho Penal crea al efecto los oportunos dispositivos legales que amplían la base típica del concreto delito. Los dispositivos legales que hacen posible estas ampliaciones típicas, son los preceptos que sobre participación contienen los Códigos Penales en su parte general, pues al conectarse con un concreto tipo delictivo posibilitan ampliar su base típica a otras personas y conductas”.³⁴¹

³³⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 535.

³⁴⁰ Ídem.

³⁴¹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 382 y 383.

Por lo que se refiere a nuestra legislación penal, las conductas accesorias o participación, están reguladas en el artículo 13 del Código Penal.

“Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

I. Los que acuerden o preparen su realización; (autor intelectual)

II. Los que los realicen por sí;(autor material)

III. Los que lo realicen conjuntamente; (coautores materiales)

IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; (autor mediato)

V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;(inductor o instigador)

VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;(cómplices)

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito (encubridores); y

VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. (autores indeterminados)

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este código.”

Ahora bien, a los sujetos que intervengan en la comisión de un delito, por regla general se les imponen las sanciones que cada tipo penal establece; al efecto, el juzgador al individualizar la pena debe tomar en cuenta las disposiciones de los artículos 51 y 52 del Código Penal, para así determinar indubitablemente el grado de culpabilidad que revelan los procesados por el delito realizado, a fin de que les apliquen las sanciones dentro del mínimo y máximo de la punibilidad estatuida en el tipo correspondiente.

Como excepción a la regla anterior, el juzgador, con fundamento en el artículo 64 bis, del citado Código Punitivo, podrá aplicar como pena, hasta las tres cuartas partes de la sanción correspondiente al delito de que se trate o en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva, así como de los partícipes del delito que hayan actuado como cómplices, encubridores o autores indeterminados en el mismo.

En lo tocante al delito objeto de estudio del presente trabajo monográfico, se pueden admitir las siguientes figuras de participación:

- Autor Intelectual. Cuando el sujeto activo que tiene la idea criminal y planea la realización del delito, es el propio servidor público.

- Autor Material.- Sería aquel servidor público que ejecuta propiamente la conducta indebida, consistente en el otorgar, realizar o contratar una obra pública.

- Coautores materiales.- Para el caso de que sea un cuerpo colegiado (Comité de Obras) integrado de varios servidores públicos, en quien recaiga el otorgamiento de una obra pública.

Así también, en el supuesto de que dos o más servidores públicos, estén de acuerdo en adjudicar el contrato de obra pública a una empresa que no cumplió con los requisitos exigidos por la ley o las bases de la licitación.

- Autor mediato.- Es aquel que se vale de un inimputable, inculpable o de aquel sobre que recaiga una hipótesis de ausencia de conducta, para cometer el delito; forma de participación que es posible que se presente, para el caso del servidor público que no queriendo directamente suscribir el contrato indebido de obra pública, delegue esa facultad en un compañero menor de edad o que sea sordomudo.
- Inductor o Instigador.- Sería posible la presentación de esta forma de participación, para el caso de que un particular de manera dolosa indujera al servidor público a cometer el ilícito.
- Cómplices.- Para el supuesto de que el servidor público encargado de redactar el contrato esté de acuerdo con el el autor material en su suscripción.

D. Concurso de Delitos

Cuando el sujeto activo desarrolla una sola conducta que no únicamente transgrede una norma penal, sino varias; o bien al realizar varias conductas viola asimismo distintos tipos delictivos, se dice en la doctrina que existe un concurso de delitos que puede ser ideal o real, según el caso.

1.- Concurso Ideal o Formal.

A este concurso se le ha denominado ideal o formal, a virtud de que regulada la acción o el hecho en una múltiple tipificación delictiva, puede afirmarse que su "calificación" corresponde a varias figuras jurídicamente autónomas, las que en razón de la 'unidad del momento de la culpabilidad', deben sancionarse como un solo delito.³⁴²

Jiménez Huerta sostiene que este tipo de concurso se presenta "... cuando la singular conducta enjuiciada es penalísticamente encuadrable en varios tipos que se encuentran los unos frente a los otros en una situación de neutralidad armónica".³⁴³

Mezger afirma que el concurso ideal se presenta:

*"...cuando una acción cae bajo distintas leyes (preceptos) penales que no se excluyen entre sí..."*³⁴⁴

³⁴² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Concurso aparente de normas", 6ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2003, p.122.

³⁴³ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 332.

³⁴⁴ MEZGER, citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 119.

Pavón Vasconcelos señala que "...el concurso ideal se caracteriza por la violación de varias normas penales que constituyen una pluralidad de delitos".³⁴⁵

Para Vidal Riveroll: "uno de los aspectos que justifican el concurso ideal o formal, obedece a que el agente tiene frente a sí una sola determinación delictiva en el caso del dolo, o bien desatiende un deber de cuidado que personalmente le incumbe y a virtud de ello se producen varios resultados criminales".³⁴⁶

En cuanto a este tipo de concurso, se puede presentar una identidad o diversidad de lesiones jurídicas lo cuál dará lugar a un concurso ideal homogéneo o concurso ideal heterogéneo.

a) Concurso Ideal Homogéneo.

Se presenta cuando la misma acción cumple repetidamente el mismo tipo.³⁴⁷

Como ejemplo de lo anterior, Pavón Vasconcelos cita el caso de un sujeto que dispara en una sola ocasión su arma de fuego y con el mismo disparo mata a dos personas, en cuyo caso existe una acción y una doble violación de un único tipo penal.³⁴⁸

Los requisitos del concurso ideal homogéneo son:

- a) Una conducta;

³⁴⁵ Ibídem. p. 122.

³⁴⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed.U.N.A.M., México, 1983, p. 124.

³⁴⁷ MAURACH citado por PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. p. 122.

³⁴⁸ Idem. p. 123 y 124.

- b) Varias lesiones jurídicas iguales, y
- c) Compatibles entre sí. ³⁴⁹

b) Concurso Ideal Heterogéneo.

En esta forma de concurso, la conducta única infringe varios tipos penales. ³⁵⁰

Con relación al ejemplo que expone el citado Pavón Vasconcelos, en este caso sería aquel sujeto que dispara su arma de fuego y con el mismo disparo mata a un hombre, lesiona a otro y causa daños en la propiedad ajena, situación en la que existe una sola acción con violación de varios tipos penales, lo que origina una valoración múltiple de la acción. ³⁵¹

Son requisitos del concurso ideal heterogéneo:

- a) Una conducta;
- b) Varias lesiones jurídicas distintas, y
- c) Compatibles entre sí. ³⁵²

2.- Concurso Real o Material.

Se da el concurso real de delitos –sostiene Pavón Vasconcelos “...cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de

³⁴⁹ *Ibidem.* p. 124.

³⁵⁰ *Ibidem.* p. 122.

³⁵¹ *Ibidem.* p. 123.

³⁵² *Ibidem.* p. 124.

éste si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita.”³⁵³

El mismo autor en cita, destaca que en el concurso real debe darse una auténtica pluralidad de conductas o de acciones, independientes entre sí, sin conexión jurídica necesaria, aún cuando pudiera darse eventualmente.³⁵⁴

A su vez, advierte que “...la existencia de una conexión necesaria entre las conductas o hechos, cuando uno de los delitos es medio de comisión de otro, excluye el concurso real por no ser las conductas autónomas, sino estar en tal manera vinculadas que la relación entre ambas da base para establecer su unidad jurídica...”³⁵⁵; por lo cual; señala el autor, se estaría en un concurso aparente de normas en el que “...la norma que sanciona el delito fin absorbería a la que pune el delito medio”.³⁵⁶

Al respecto, Castellanos tena sostiene que “sí un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia para alguno de ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios), que con relación a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo), cometidos por un mismo sujeto”³⁵⁷

Por su parte, Vidal Riveroll nos da un ejemplo de este tipo de concurso real: “...puede citarse el caso del sujeto que pretendiendo asaltar un banco

³⁵³ *Ibidem.* p. 135.

³⁵⁴ *Ibidem.* p. 137 y 138.

³⁵⁵ *Ibidem.* p. 139.

³⁵⁶ *Ibidem.* 140.

³⁵⁷ CASTELLANOS, Fernando. *Ob. Cit.* p. 310.

comienza por amenazar a todos los que en el momento de perpetrar el ilícito se encuentran en el interior del lugar (amenazas), después daña la caja fuerte en donde se encuentra el dinero (daño en propiedad ajena), a continuación sustrae el numerario (robo), después lesiona a dos empleados (lesiones) y termina por matar a un agente de la Policía (homicidio)".³⁵⁸

Con respecto a estas formas de concurso el Código Penal Federal en su artículo 18 las regula de la siguiente forma.

*"Artículo 18.- Existe **concurso ideal**, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos..."*

En este tipo de concurso se presenta una unidad de conducta que permite el acaecimiento de una pluralidad de ilícitos.

Por su parte, el numeral 64 párrafo primero del Código Penal Federal, señala la regla para aplicar las penas correspondientes, para el caso del concurso ideal:

- 1.- Se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la sanción mayor.
- 2.- Esta punibilidad "se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración.
- 3.- Sin que puedan exceder de las penas que se señalan en el título segundo del libro.

³⁵⁸ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, C – Ch. p. 196.

La punibilidad que habrá de imponerse al autor de un concurso ideal de delitos, será la que señale para el delito que merezca mayor sanción; sin embargo, se faculta al juzgador para que según su prudente arbitrio pueda aumentar esa pena hasta en una mitad más del máximo de su duración, sin que en ningún caso pueda exceder, tratándose de privativa de libertad, de sesenta años.

En lo relativo al concurso real o material, el ordinal 18, en su parte conducente establece:

“Artículo 18.- ...Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.”

En este tipo de concursos concurren una pluralidad de conductas realizadas por un sujeto que conllevan a la producción de otros tantos ilícitos; se requiere que no haya recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de esos delitos y que además la acción penal para perseguirlos no esté prescrita.

En lo tocante a este tema, el segundo párrafo del ya citado artículo 64 del Código Penal Federal, dispone la forma en que deben ser aplicadas las penas respectivas:

1.-Si las penas establecidas en los tipos son de la misma especie:

- a) Se aplicarán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad,
- b) Las cuales “podrán aumentarse en una mitad más, (en relación del delito de mayor punibilidad)
- c) Sin que puedan exceder de los máximos señalados en este Código.

La punibilidad que habrá de imponerse al autor de un concurso real de delitos, cuyas penas sean de la misma especie, será la que se establezca para el ilícito que merezca la mayor pena; facultándose al juzgador para que (al igual que en el concurso ideal) conforme a su arbitrio pueda aumentar esa punibilidad en una mitad más, en relación al delito de mayor sanción, pero sin que pueda exceder, tratándose de pena de prisión de sesenta años, si se encuadra en los casos de excepción que señala el artículo 25 del C.P.

2.- Si las penas establecidas en los tipos son de diversa especie:

Se impondrá la suma de las sanciones de todos los delitos cometidos.

En este caso, la sanción ha imponerse al autor de un concurso real de delitos, cuyas penas sean de diversa especie, será la correspondiente a la suma de las sanciones establecidas para todos los ilícitos perpetrados.

Es importante distinguir a los concursos de delitos ideal o real, del delito continuado, dada su aparente similitud; para ello el Código Sustantivo Penal estatuye lo siguiente:

"Artículo 7.- ...

...

El delito es:

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal".

Establece el diverso 19 del Código Penal Federal que no hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado.

Para el caso de que el delito sea continuado, se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al ilícito cometido (artículo 64, párrafo tercero, C.P.F.).

De lo anterior, se concluye que la punibilidad que habrá de imponerse al autor de un delito continuado, será en principio la sanción correspondiente al ilícito realizado, aumentándose a ésta, hasta una tercera parte de esa misma sanción, por tratarse de delito continuado.

Finalmente, y en lo tocante al delito objeto de estudio se daría el concurso real en el caso de que el servidor público, sea integrante del Comité de Obras Públicas y de manera indebida haya dado su autorización para la realización de una obra pública, este mismo sujeto, sea quien determine ganadora a una empresa a sabiendas de que ésta no cumplió con todos los requisitos establecidos por la ley de la materia y por último sea el que suscribe el contrato respectivo.

Lo anterior, se estima así, toda vez que cada uno de esas conductas por si mismas importan un delito, pues como se sostiene, el delito objeto de nuestro estudio, es de mera conducta, consumándose cada uno de esos delitos, cuando el servidor público primeramente otorga y posteriormente contrata indebidamente la obra pública.

CONCLUSIONES GENERALES

De todo lo anteriormente expuesto, ha quedado de manifiesto que desde la antigüedad, el Estado para poder cumplir con todas sus metas y fines propuestos, necesariamente requiere apoyarse de las personas, las cuales a lo largo de la historia han recibido diversas denominaciones y tratos, en algunos casos preferenciales, respecto de otras no dedicadas a las actividades gubernamentales y cuyo desempeño, paulatinamente se viene regulando en diversos ordenamientos, a fin de limitar el marco de actuación de ese tipo de individuos que en la actualidad se conocen como servidores públicos.

En México, dicha figura se encuentra establecida, principalmente en los artículos 108 Constitucional y 212 del Código Penal Federal, contándose además con una serie de dispositivos que regulan la conducta del servidor público en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones encomendadas, entre otros, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, el Código Penal Federal (Títulos Décimo y Décimo Primero); ordenamientos en los cuales se destaca como común denominador, el hecho de que el servidor público en el ejercicio de su función debe conducirse con honestidad, lealtad, legalidad, imparcialidad y eficiencia. Respecto de esto último, resulta aplicable lo concerniente al manejo de los recursos económicos tal y como lo dispone el numeral 134 Constitucional.

Respecto al otorgamiento, realización o contratación de obra pública, motivo de análisis del caso que nos ocupa, la cual por regla general se adjudicará o llevará a cabo a través de licitación pública, el citado artículo 134 Constitucional, así como su Ley Reglamentaria en la Materia, indican que en uno u otro supuesto,

se deben asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, so pena de hacerse responsables en términos de su Título Cuarto, en el que se prevén los aspectos penal, administrativo y político.

En cuanto a las penas o sanciones que debían imponerse a los servidores públicos corruptos, también desde tiempos muy remotos se elaboraron códigos y manuales que establecían los castigos a imponer, sin embargo, tal pareciera que esas disposiciones no resultaban suficientes para frenar el actuar indebido de los servidores públicos.

Lo anterior, en la década de los ochenta, fue motivo de una constante preocupación de parte de la sociedad mexicana, pues cada día era más notorio que algunas de las personas que se desempeñaban en los gobiernos federal, estatal y/o municipal, obtuvieran inexplicablemente beneficios económicos mayores a los que legalmente percibían y por ende, la función pública resultaba ser un negocio lucrativo, en el que para tal efecto no importaba se transgredieran las leyes y los intereses sociales.

Ante esa situación, en diciembre de 1982, se presentó en la Cámara de Senadores una iniciativa de reformas y adiciones al Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, denominado éste "De las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos". Proyecto aprobado, que sin lugar a dudas vino a reforzar el marco jurídico de los servidores públicos, elevando a rango constitucional la obligación de conducirse con probidad y legalidad en cada uno de los actos que lleven a cabo en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, estableciéndose desde ese momento los principios bajo los cuales una misma conducta indebida del servidor público podría ser reprochada, dando lugar

a la responsabilidad de carácter administrativo, político o penal, que se regula en el actual artículo 109 Constitucional.

Adicionalmente, se presentó ante la Cámara de Diputados un proyecto que reformaba y adicionaba diversas disposiciones del entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, destacándose las relativas al Título Décimo, denominado Delitos Cometidos por Servidores Públicos, en la cual se proponían nuevas conductas consideradas ilícitas y asimismo, la imposición de sanciones más severas, siendo uno de estos casos, la aludida hipótesis del servidor público que indebidamente otorgue, realice o contrate obras públicas, prevista y sancionada por el artículo 217, fracción I, inciso d) del ahora Código Penal Federal.

Ahora bien, una vez realizado el análisis dogmático de cada uno de los elementos que integran la hipótesis penal que nos ocupa, se puede sostener lo siguiente:

- La figura delictiva tiene como verbo rector de la conducta, el otorgar, realizar o contratar una obra pública, por lo que necesariamente se requiere de un actuar positivo o un hacer, sin que para la configuración de la misma sea prescindible la producción de un resultado material, siendo entonces clasificado como un delito de mera conducta o formal.

- El delito se consuma con el simple actuar indebido del servidor público, sin embargo, como se expuso en el capítulo segundo, en algunos casos, como consecuencia directa e inmediata del comportamiento del sujeto activo, se pueden causar daños o

perjuicios en el patrimonio del sujeto pasivo del delito, trátase de la dependencia o entidad para cual presta sus servicios, supuestos en los que se estima pudiera ser considerado como un delito de resultado material. Lo anterior, en términos de lo dispuesto por el artículo 213 del Código Penal Federal.

- Es un delito unisubsistente o plurisubsistente, ya que puede realizarse en un sólo acto, la celebración del contrato de obra pública, o bien, a través de varios actos indebidos, si se trata de la ejecución de los trabajos a realizar.
- Es instantáneo, pues se agota en el momento mismo que el servidor público contrata indebidamente una obra pública.
- La descripción legal de la conducta que sanciona el Código Penal Federal, está integrada por elementos objetivos y normativos, consistentes en la conducta desplegada por el servidor público y la interpretación de los conceptos indebido, servidor público, otorgar, realizar, contratar, obra pública, los cuales se deben desentrañar en función de lo que disponga el propio Código Penal Federal, u otros dispositivos aplicables, como lo es la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.
- Por ende, la ausencia de alguno de esos elementos enunciados, impedirá la integración del tipo.
- En consecuencia, el delito en orden al tipo, es:
 - a).- Básico, pues la descripción legal no contempla circunstancias que agraven o atenúen la pena a imponer;

b).- Autónomo, al no requerir para su consumación de la materialización de uno diverso;

c).- En blanco, toda vez que es indispensable recurrir al propio código en diverso apartado o a otros dispositivos, para determinar si están colmados los elementos normativos del tipo;

d).- Anormal, en razón de que, además del elemento objetivo, cuentan con normativos;

e).- Casuístico mixto, por que señala que la conducta se puede colmar con el otorgamiento, la realización o la contratación de una obra pública, además de que ésta debe de llevarse a cabo de manera indebida;

f).- De daño o lesión, puesto que con el proceder del servidor público contrario a las disposiciones legales aplicables se lesiona el bien jurídico tutelado por la norma; y

g).- De peligro, pues no es requisito para la consumación del delito, que la conducta del servidor público haya originado una afectación al patrimonio de la dependencia o entidad, basta haber actuado en contra de la norma respectiva.

Es importante señalar, que no obstante que los elementos del delito se encuentren acreditados con las pruebas suficientes e idóneas, por disposición constitucional además se requiere analizar si el servidor público es el responsable de la comisión de ese ilícito y asimismo, si no existe en su favor, alguna causa que justifique su proceder indebido, a efecto de fincársele un juicio de reproche.

Además de lo anterior, es importante señalar que la conducta desplegada por el servidor público, debe ser necesariamente de carácter doloso, es decir, en el momento de su comisión el servidor público debe tener la plena intención de delinquir (tener la capacidad suficiente para entender lo ilícito de acción y la voluntad para llevarlo a cabo) pues de no presentarse ese elemento, estaríamos bajo el supuesto de que ese cambio en el mundo jurídico se produjo como consecuencia de una falta de cuidado, lo cual es previsto y sancionado administrativamente.

Una vez acreditada la integración del tipo penal y la participación del sujeto activo en esos hechos, además de no existir en su favor alguna circunstancia que impida la configuración del delito, resulta entonces procedente imponer la sanción prevista por el legislador.

Se considera que las penas de prisión, multa, destitución e inhabilitación que establece el Código Penal Federal, son adecuadas, sin embargo, no es suficiente que estén plasmadas en un documento legal, sino que además sean aplicadas como consecuencia de la culminación del proceso seguido en contra del servidor público, pues sólo de esta forma, se dará respuesta a los reclamos sociales, en el sentido de castigar a aquellos servidores públicos que valiéndose de su empleo, cargo o comisión, indebidamente obtengan para sí o para otros, beneficios económicos, lesionando el patrimonio del Estado.

Día a día resultan más complejas las actividades que realiza el Estado a través de sus servidores públicos, las cuales en la mayoría de los casos no están normadas en algún Manual de Funciones y por tanto, está situación dificulta el acreditar el comportamiento indebido del servidor público, aunado al hecho, de que la autoridad ministerial o judicial, en ciertos aspectos considera que las

transgresiones a la normatividad en materia de obra pública resultan más apegadas al ámbito administrativo, sin que éstas trasciendan al campo del derecho penal. Situación que se estima encuentra solución en la intención del agente al cometer el delito, la cual como se explicó deberá ser de carácter eminentemente dolosa y asimismo, en el hecho de que las violaciones que se cometan sean a leyes de orden público e interés social, como son, entre otras, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, su Reglamentaria Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas y no a simples circulares o disposiciones de carácter interno.

PROPUESTA DE REFORMA Y ADICIÓN AL ARTÍCULO 217 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL

Derivado del análisis realizado al tipo penal de otorgamiento, realización y contratación de obra pública, se propone la siguiente reforma y adición al artículo 217 del Código Penal Federal en los términos y por las condiciones siguientes:

I. Propuesta de reforma al artículo 217 del Código Penal Federal, en su fracción I, por lo que respecta al término de indebido.

Si bien es cierto el término indebido tiene una carga de subjetividad, puesto que su interpretación se encuentra sujeta a la valoración que del mismo realicen cada una de las personas, también lo es que dicha interpretación no queda al arbitrio de estas, toda vez que el desentrañar el sentido de la ley penal en el presente caso, debe apegarse a lo dispuesto por el marco normativo que regula a la obra pública, a saber, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 134), la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las Mismas, su Reglamento, las Bases de la Licitación Pública respectiva y cualquier otro dispositivo que resulte aplicable, razón por la cual se considera que al contener la norma los principios que regulan las relaciones entre las personas y que además tiene las características de ser general, incoercible y oponible a terceros, constriñe la interpretación del vocablo indebido a lo que en ella se contenga.

Por lo anterior, se sostiene que lo indebido, en el caso que nos ocupa, se presenta en el momento mismo en que el servidor público lleva a cabo la

conducta con pleno conocimiento de que resulta ser contraria a lo dispuesto por las diversas disposiciones que regulan a la obra pública.

Pese a que la interpretación de dicho vocablo parecería fácil de dilucidar, en el mes de febrero del 2004, se difundió entre los diversos medio de comunicación que la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Juicio de Garantías en Revisión R.P. 1409/2002 declaró inconstitucional el ilícito de Uso Indebido de Atribuciones y Facultades al parecer por cuanto hace al vocablo “indebido” contenido en la fracción I del ordinal 217 del Código Penal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal (y no así el diverso contenido en el Código Penal Federal).

Cabe mencionar que aún no se existe certeza sobre los términos y alcances de dicha resolución, pero al respecto el Ministro José de Jesús Gudiño manifestó que:

“... el precepto es inconstitucional en virtud de que el término “indebidamente” es impreciso, vago y ambiguo. Creo que el principio de exacta aplicación de la ley penal, del artículo 14 de la Constitución obliga no sólo al juzgador sino también obliga al Poder Legislativo a describir con precisión y exactitud los tipos penales.” ³⁵⁹

Por su parte el Ministro Juan Silva Meza, agregó:

“La imprecisión y la exacta aplicación de la ley penal, da o puede dar lugar a que algún comportamiento de un servidor público

³⁵⁹ Periódico REFORMA, México, Distrito Federal, 5 de febrero de 2004, p. 3.

pueda ser confundido y no tenga una connotación penal, sino tal vez de orden administrativo.” ³⁶⁰

En virtud de lo anterior y a efecto de no repetir este tipo de resoluciones, resulta conveniente que el delito de referencia sea reformado, pues se debe precisar en su descripción típica, que el proceder del servidor público que resulta de interés para el campo del derecho penal y no así del administrativo, es aquel actuar ímprobo, de carácter doloso que trastoque lo dispuesto por las leyes de orden público e interés social aplicables a cada una de las materias a que se refiere la fracción I, en sus cuatro incisos, entre las que se encuentra la de obra pública.

Bajo este tenor, se propone el texto siguiente:

“Artículo 217.- Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:

I.- El servidor público que contrariando las disposiciones legales que resulten aplicables:

...

d) Otorgue realice o contrate, obras públicas...”

II. Propuesta de adición al texto del artículo 217 del Código Penal Federal, para que se incluya en su texto, la pena de la reparación del daño.

³⁶⁰ Ídem.

Ahora bien, por lo que respecta a la imposición de la pena de la reparación del daño en el presente caso, es de resaltarse que en la práctica no es aplicada a los procesados que son declarados culpables por este delito, al considerar el juzgador, que ésta es improcedente, pues se está ante la presencia de un ilícito de mera conducta que no requiere para su consumación de un resultado material, agregando además, que en la parte relativa a la sanciones previstas para este delito, no se contempla la relativa a la reparación del daño.

Sin embargo, esos argumentos se estima que carecen de sustento, en virtud de lo siguiente:

- a) El delito de Uso Indebido de Atribuciones y Facultades, como se expuso en el capítulo correspondiente del presente estudio dogmático, es de mera conducta y por ende de resultado formal, pero ello no es óbice para que el actuar desplegado por el sujeto activo origine un cambio en el mundo fáctico que pueda traducirse en un detrimento en el patrimonio del pasivo.

Lo anterior, siempre y cuando existan los elementos de prueba suficientes, que concatenados todos ellos, pongan en evidencia que la conducta dolosa del servidor público ocasionó ese daño, y sólo bajo este supuesto, podría ser considerado el delito como de naturaleza patrimonial y por ende justo sería condenar a la reparación del daño, para resarcir en su patrimonio a la ofendida por el ilícito.

Pues, si se sigue sosteniendo que el delito en la hipótesis que nos ocupa es sólo de resultado formal, escapando a los sentidos el

resultado material causado directamente por el actuar ímprobo del servidor público, sería, tanto como dejar impune este tipo de ilícitos, pues no se estima que no sólo debe castigarse su proceder, imponiéndole una sanción privativa de la libertad, la destitución, inhabilitación y la multa, sino además, condenarlo a resarcir el daño causado, restituyendo con su patrimonio cada uno de los recursos que el Estado perdió, considerando, que ésta sería una medida importante para abatir los niveles de corrupción en la administración pública, objetivo fundamental del gobierno federal, al ser actualmente un reclamo social ineludible.

Lo anterior, no debe ser obstáculo, para que en el supuesto de que la conducta reprochable del servidor público, no haya ocasionado un daño, ese proceder no sea sancionado con las penas ya previstas por el ordinal en cita, es decir, que el resultado material no debe ser la condicionante para tener por acreditado el delito.

- b) Asimismo, se destaca el hecho de que no obstante que en las sanciones establecidas para la hipótesis delictiva de referencia, se omita lo relativo a la reparación del daño, el Juez de acuerdo al Catálogo de penas y medidas de seguridad que se establecen en la parte general del Código Penal Federal, en su artículo 24 punto 6, se encuentra la sanción pecuniaria que de conformidad con el artículo 29 párrafo primero, parte segunda, así como los diversos 30, 30 Bis, 31 y 34 del mismo ordenamiento, tiene la obligación de fijarla según el daño que sea preciso reparar, pues se alude a ésta, como una de las penas que pueden imponerse por la comisión de un ilícito, sin distinguir el o los delitos en los que proceda.

Aunado a lo anterior, se encuentra lo previsto por el ordinal 213 del Código de referencia que contiene disposiciones que el juez debe de tomar en cuenta al momento de individualizar las sanciones establecidas para los delitos cometidos por los servidores públicos, facultándolo para condenar al sujeto activo del delito al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por su conducta lesiva, disposiciones legales que dejan evidente la posibilidad de que con la comisión de este tipo de delitos pueda ocasionarse además de un daño formal, uno de carácter material, tal y como lo prevé nuestra Carta Fundamental en su artículo 111, penúltimo párrafo.

Al respecto, se puede señalar lo relativo al delito de Peculado, el cual a pesar de ser de carácter evidentemente patrimonial no se incluyó en su parte relativa a la sanción lo correspondiente a la reparación del daño, y no obstante dicha situación, el juez con apoyo en los numerales 30, 30 Bis, 31 y 34 del Código Penal Federal, entre otros, condena a la reparación del daño, incluso desde el momento que el procesado solicita su libertad provisional, se le exige garantice además del cumplimiento de sus obligaciones procesales y la posible multa que se le llegare a imponer, la reparación del daño a que pudiera ser condenado.

En este orden de ideas, si se sostiene que la comisión del delito de Uso Indevido de Atribuciones y Facultades, no da cabida a un resultado material y por ende no ha lugar a condenar a la reparación del daño, sería tanto como ignorar lo previsto por los numeral invocados, de los cuales se coligue que la reparación del daño es una pena pública a la cual se hace merecedor el

sentenciado que ha sido condenado por la comisión de ciertos ilícitos (como el que nos ocupa) y la que tiene derecho el ofendido, conforme lo dispone el ordinal 20, Apartado B, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Bajo esta tesitura, el juez está obligado al momento de dictar sentencia, analizar si existen en la causa penal, constancias que acrediten fehacientemente esa afectación patrimonial y de ser el caso, condenar al procesado al pago de la reparación del daño, independientemente de que la figura a estudio no lo indique, pues las normas legales deben concatenarse de modo tal que la hipótesis se analice en el contexto integral en el que el legislador la ubicó, sin embargo, pese a ello, se reitera, en la práctica la mayoría de los jueces siguen afirmando, que para este tipo de delitos, la reparación del daño no es procedente y menos aún, exigir al procesado garantía por este concepto, para el efecto de gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución, no obstante, que en el expediente existan elementos probatorios que hasta ese momento procesal presuman la existencia de un daño patrimonial.

- c) Otras de las razones por las cuales se considera debe condenarse al pago de la reparación del daño, radica en que el bien jurídicamente tutelado en todas las hipótesis contenidas en el artículo 217 del Código Penal Federal, es precisamente por parte de los servidores públicos conducirse con honestidad, legalidad, honradez, imparcialidad y eficiencia en cada uno de los actos que realiza con motivo de sus funciones a efecto de asegurar al Estado la correcta administración de los fondos públicos, tal y como lo establece el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos, por tanto, si al realizar alguna de las operaciones previstas en dicho numeral, desatendiendo los principios que rigen su proceder y ocasiona un detrimento en el patrimonio de la dependencia o entidad, justo es imponerle como sanción, resarcir el daño causado.

En virtud de lo expuesto, y a efecto de asegurar que el individuo sujeto a proceso por la hipótesis delictiva que nos ocupa o por cualquier otra de las previstas por el multicitado artículo 217 del Código Penal Federal, garantice y en su caso pueda ser condenado al pago de la reparación del daño, no obstante que existe el fundamento para ello, se incluya en el texto de dicho ordinal, en el apartado relativo a las sanciones la de la reparación del daño, en los términos siguientes:

"Artículo 217.- ...

...

Al que cometa el delito de uso indebido de atribuciones y facultades se le impondrán las siguientes sanciones:

...

...

Cuando el servidor público lleve a cabo alguna o algunas de las operaciones a que se refiere este artículo y produzca una afectación en el patrimonio de la dependencia o entidad, se le condenará al pago de la reparación del daño, en los términos y condiciones que al respecto prevé el presente Código."

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. "Delitos Especiales: Doctrina Legislación y Jurisprudencia", 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1990.

ACOSTA ROMERO, Miguel. "Segundo Curso de Derecho Administrativo", 1ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1989.

ACOSTA ROMERO, Miguel. "Teoría General del Derecho Administrativo, Primer Curso", 14ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1999.

AÑORVE BAÑOS, Manuel. "Servicios Públicos Municipales", Ed. Porrúa, México, 1998.

ARROYO HERRERA, Juan Francisco. "Régimen Jurídico del Servidor Público", 2ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1998.

BARRAGÁN BARRAGÁN, José. "La Responsabilidades de los Servidores Públicos", Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 1984.

BENEYTEZ MERINO, Luis. "Lecciones de Derecho Penal", Ed. Comares, Granada, 1994.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Derecho Constitucional Mexicano" 8ª.ed., Ed. Porrúa, México, 1991.

CABRAL, Luis C. "Compendio de Derecho Penal y otros ensayos", 2ª. ed., Ed. Abeledo –Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales", 3ª. ed., Valencia, 1999.

CÁRDENAS, Raúl. "Responsabilidades de los Funcionarios Públicos", Ed. Porrúa, México, 1982.

CARRANCA Y TRUJULLO, Raúl Y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. "Derecho Penal Mexicano, Parte General", 18ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1995.

CASTELLANOS, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General", 43ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2002.

CASTIÑEIRA, María T. "El Delito Continuado", 1ª. ed., Ed. Bosch, Barcelona, España, 1977.

CHAVERO, Alfredo. "México a través de los siglos, Tomo I", Ed. Cumbre, México, 1985.

CHIOSSONE, Tulio. "Delitos y Faltas Innominados: Delitos y Faltas Previstos en Leyes Especiales", Ed. Universidad Central de Venezuela, Venezuela, 1977.

DÁVALOS, José. "Derecho del Trabajo I", 6ª. ed. Ed. Porrúa, México, 1996.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. "El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos", 3ra. ed., Ed. Porrúa, México, 1999.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. "El Derecho Disciplinario de la Función Pública", INAP, México, 1990.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 21ª. ed., Tomo II, Madrid, 1992.

EL COLEGIO DE MÉXICO. "Historia General de México, Tomo I", 3ª. ed., Ed. Colmex, México, 1981.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano", Textos Universitarios, México, 1991.

FAYA VIESCA, Jacinto. "Administración Pública Federal: La Nueva Estructura", 2ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1983.

FRAGA, Gabino. "Derecho Administrativo", 22. ed., Ed. Porrúa, México, 1982.

GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Angel. "Los Delitos Especiales Federales", Ed. Trillas, México, 1990.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho", 32ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1980.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Derecho de los Servidores Públicos", Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

GARRIDO FALLA, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II, Parte General: Conclusión", 10ª. ed., Ed. Tecnos, Madrid, España, 1999.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. "El Código Penal Comentado", 12ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1996.

HERRERA PÉREZ, Agustín. "Las Responsabilidades de los Servidores Públicos", Ed. Carsa, México, 1991.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I A - B", Ed. UNAM, México, 1998.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. "Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo II C-CH", Ed. UNAM, México, 1983,

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. "Diccionario Jurídico Mexicano" 2ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1987.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. "La Ley y el Delito". 10ª. ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1980.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. "Derecho Penal Mexicano Tomo V, Suplemento Delitos Cometidos por Servidores Públicos", Ed. Porrúa, México, 1983.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. "La Tipicidad", Ed. Porrúa, México, 1985.

LAMO DE ESPINOZA, Emilio. "Delitos Sin Víctima: Orden social y Ambivalencia Moral", Ed. Alianza, Buenos Aires, 1989.

LANDEROS PURÓN, Rafael. "La participación en los delitos culposos". Seminario de Derecho Penal, Facultad de Derecho; U.N.A.M., México, 1968.

LANZ CÁRDENAS, José Trinidad. "La Ley de Responsabilidades, un Código de Conducta del Servidor Público", Ed. Praxis – Instituto Nacional de Administración Pública, Num. 65, México, 1984.

MAIER, Julio B.J. "Delitos No Convencionales: Ley Penal Tributaria, Delitos contra el Medio Ambiente, Delitos Informáticos, delitos aduaneros", Ed. M. Pons, Buenos Aires, 1994.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael. "Derecho Administrativo. Primer Curso", Ed. Harla, México, 1992.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael. "Derecho Administrativo, Diccionario Jurídicos Temáticos, Vol. 3", 2ª. ed., Ed. Harla, México, 1998.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael. "Derecho Burocrático, Diccionario Jurídicos Temáticos, Vol. 5", 2ª. ed., Ed. Harla, México, 1998.

MONSERRIT ORTIZ SOLTERO, Sergio. "Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos", 1ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1999.

MORENO, Daniel. "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Porrúa, México, 1990.

NAVA NEGRETE, Alfonso.- "Derecho Administrativo Mexicano", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

OLIVERA TORO, Jorge. "Manual de Derecho Administrativo", Ed. Porrúa, México, 1988.

ORTIZ SOLTERO, Sergio Monserrit. "Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos", 1ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p.p. 292.

OSORIO Y NIETO, César Augusto. "Delitos Federales", 2ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1995.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Breve Ensayo sobre la Tentativa", 2ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1974.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Concurso Aparente de Normas", 6ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2003.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", 11ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1994.

PINA VARA, Rafael de. "Diccionario de Derecho", 15ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1998.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal I", 19ª. ed. Ed. Porrúa, México, 2001, p.p. 508.

QUIROZ LOBO, José María. "Principios de Derecho Sancionador", Ed. Comares, Granada, España, 1996.

Renovación Moral de la Sociedad. Secretaria de Gobernación. Impreso en Talleres Gráficos de la Nación. Abril de 1983.

ROBLEDO VILLAR, Antonio. "Delitos y Faltas: Garantías Penales y Aplicación de la Ley Penal", Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil IV, Contratos", 12ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1980.

SERRA ROJAS, Andrés. "Derecho Administrativo, Segundo Curso", 19ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1999.

SERRA ROJAS, Andrés. "Derecho Administrativo, Tomo I", 14ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1983.

SOLIS LUNA, Benito. "El Hombre y el Derecho", México, 1956

TENA RAMÍREZ, Felipe. "Leyes Fundamentales de México 1808-1957", 17ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1999.

VELA TREVIÑO, Sergio. "Culpabilidad e Inculpabilidad", 3ª reimpresión, Ed. Trillas, México, 1985.

VIDAL RIVEROLL, Carlos. "El Delito de Enriquecimiento Ilícito desde el punto de vista Constitucional y Legal", Foro Regional sobre Aspectos Jurídicos y Operativos Específicos del Control, Guadalajara, Jalisco, 1986.

VIDAL RIVEROLL, Carlos. "Las Condiciones Objetivas de Punibilidad". Dinámica del Derecho Mexicano. No. 5, Ed. Por la P.G.R., México, 1975.

VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano, Parte General", 5ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1983.

ZAFFARONI E., Raúl. "Manual de Derecho Penal. Parte General. Segunda Parte", 2da. Ed., Argentina, 1979.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. "Cuerpo del Delito y Tipo Penal", 1ª. ed., Ed. Angel Editor, México, 2002.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código de Justicia Militar, Ed. Porrúa, México, 2003.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, Ed. Sista, 2002.

Código Penal Federal, Ed. Sista, México, 2003.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Sista, México, 2003.

Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCLXIII, No. 40, México, D. F., Martes 30 de Diciembre de 1980, Poder Ejecutivo, Secretaría de Programación y Presupuesto.

Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCLXXXVIII, No. 26, México, D. F., Jueves 7 de Febrero de 1985, Poder Ejecutivo, Secretaría de Gobernación.

Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCXCIV, No. 8, México, D. F., Lunes 13 de Enero de 1986, Poder Ejecutivo, Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCLXXI, No. 42, México D.F., Miércoles 28 de diciembre de 1983, Poder Ejecutivo, Secretaría de Programación y Presupuesto.

Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCLXXXVII, No. 41, México, D.F., Lunes 31 de Diciembre de 1984, Poder Ejecutivo, Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Diario Oficial de la Federación, Tomo CDLIV, No. 14, México, D. F., Lunes 18 de Julio de 1991, Poder Ejecutivo, Secretaría de Programación y Presupuesto.

Diario Oficial de la Federación, Tomo CDXII, No. 4, México, D. F., Jueves 7 de Enero de 1988, Poder Ejecutivo, Secretaría de Programación y Presupuesto.

Exposición de Aspectos Relevantes del Proyecto de Reformas y Adiciones a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con los Mismos, elaborado por la Dirección General Adjunta de Normatividad de Obras Públicas, de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, México, 2002.

Exposición de Motivos de la iniciativa de reformas y adiciones al Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, presentada por la Secretaría de Gobernación ante la Cámara de Diputados, de fecha 3 de Diciembre de 1982.

Exposición de Motivos de la iniciativa de reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentada por la Secretaría de Gobernación ante la Cámara de Senadores de fecha 3 de Diciembre de 1982.

Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, Ed. Delma, México, 1994.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, por parte de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, México, 2001.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Ed. Delma, México, 2003.

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado b) del Artículo 123 Constitucional. Ed. Delma, México, 2003.

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, 1ª. ed., por parte de la Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, México, 2002.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, 1ª. ed., por parte de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, México, 1997.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ed. Delma, México, 2001.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal., Ed. Sista, México, 2003.

Nota Informativa relativa al Proceso Legislativo del Derecho por el que se Reforman, Adiciones y Derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios y la Ley de Obras Públicas y Servicios

Relacionadas con las Mismas, elaborada por la Dirección General Adjunta de Legislación y Consulta de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Función Pública, México, 2003.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Sista, México, 2003.