



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

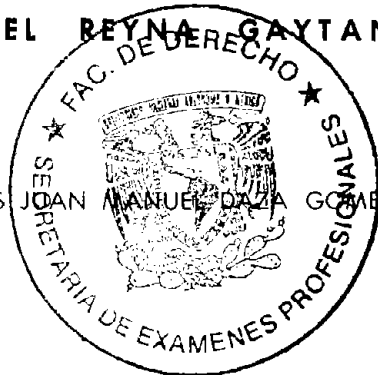
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE PECULADO EN EL
CÓDIGO PENAL FEDERAL A LUZ DE LAS CORRIENTES
CAUSALISTA Y FINALISTA",

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;
MIGUEL ANGEL REYNA GAYTAN

ASESOR: DR. CARLOS JOAN MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA

2005

m. 346843



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.

GRACIAS:

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Miguel Ángel Reyna
Gaytan

FECHA: 15/08/2005

FIRMA: _____

A Dios, por permitirme llegar a cumplir con este propósito, la conclusión total de la licenciatura.

Al Dr. Carlos Juan Manuel Daza Gómez, por que me ha brindado todo su apoyo para lograr mi grado de licenciado en Derecho. Doctor Usted es un ejemplo a seguir.

Al Dr. Miguel Ángel Mancera E., por tus enseñanzas y paciencia, por que de ti he aprendido que el estudio el trabajo, la humildad y sencillez, son la combinación para la superación y el éxito.

Al licenciado David Román G., por el tiempo dedicado en la realización de una de mis metas, por su apoyo y amistad.

A todos mis profesores de la Facultad de Derecho de la UNAM, por compartir sus conocimientos conmigo ayudándome a comprender la Ciencia Jurídica.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, que me brindo educación y una gran oportunidad de superarme en la vida.

A la Facultad de Derecho por que me ha formado como abogado y me ha dado la preparación necesaria para enfrentar mis retos profesionales.

A mi madre por que en este logro está tu esfuerzo y ayuda, te quiero mucho. A mi padre por su colaboración.

A mi hermano Joel por ayudarme a ser mejor con la aportación de sus ideas.

A mi hermana por su apoyo.

A mis sobrinos Ismael y Cristián.

A la licenciada María de los Ángeles López Peña, por su gran amistad y ayuda.

A la licenciada Patricia López López, por sus enseñanzas y amistad.

A la licenciada Concepción Medina Castillo por su comprensión, apoyo y amistad.

A mis amigos, que tengo la fortuna de que son muchos, por brindarme su amistad y ayudarme a ser cada día mejor, por compartir conmigo sus experiencias, conocimientos e ideas, muchas gracias.

A mis compañeros, con los que forme parte una Generación viviendo a la par cinco años, compartiendo un ideal, sonrisas, desvelos, inquietudes y grandes momentos que hoy forman parte de nuestras vidas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
SUSTENTO DE TESIS	IV

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

1. Concepto	1
2. Naturaleza Jurídica	6
3. El peculado en el Derecho Comparado	15
4. Evolución en el Derecho Penal Mexicano	24
A. Época Prehispánica	24
B. Código Penal de 1835	28
C. Código de 1871	31
D. Código de 1929	34
E. Código de 1931	35
F. La reforma de 1983	36

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE PECULADO EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

1. Clasificación dogmática del delito de peculado	42
A. En función de su gravedad	43
B. Según la forma de la conducta del agente	44
C. Por el resultado	45
D. Por la lesión que causan	47
E. Por su duración	53
F. En relación al tipo subjetivo o intención del sujeto activo	58
G. En función de su estructura	60
H. Con relación al número de actos	61
I. Con relación al número de sujetos	62
J. Por su forma de persecución	62
K. En función de su materia	63
2. Análisis de las diversas hipótesis del artículo 223 del Código Penal Federal	65
A. Primera supuesto del delito de peculado	65
B. Segundo supuesto del delito de peculado	74
C. Tercer supuesto del delito de peculado	78

D. Cuarto supuesto del delito de peculado	79
E. Punibilidad en el delito de peculado	79

CAPÍTULO III

EL DELITO DE PECULADO EN LAS CORRIENTES CAUSALISTAS Y FINALISTAS

1. La acción	82
A. La acción en el causalismo naturalista	84
B. La acción en el causalismo valorativo	88
C. La acción en el finalismo	92
2. Tipo	96
A. Tipo en el causalismo naturalista	97
B. Tipo en el causalismo valorativo	98
C. Tipo en el finalismo	100
a. Elementos Objetivos	101
b. Elementos subjetivos	102
3. Antijuridicidad	107
A. Causalismo natural	107
B. Causalismo valorativo	108
C. Finalismo	109
4. Culpabilidad	111
A. Causalismo natural	112
a. Nexo psíquico	112
B. Causalismo valorativo	113
C. Finalismo	115
5. Repercusión procesal	119
CONCLUSIONES	121
PROPUESTAS	128
BIBLIOGRAFÍA	131

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, por diferentes razones, han cobrado gran importancia diversas figuras jurídicas que tienen relación con el servicio público, entre ellas destacan los diferentes tipos de responsabilidades en las que pueden incurrir los servidores públicos que en principio refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 108 que señala a: los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial federal y los 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.

Cabe señalar que las responsabilidades a las que hemos hecho referencia en el párrafo que antecede son las siguientes: política, civil, administrativa y penal, cada una de ellas por su propia naturaleza con lleva a consecuencias de diversa índole, pero la que tiene mayor importancia por el tipo de sanciones que prevé con lleva es la responsabilidad penal, la cual esta prevista en la fracción II del artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, norma que remite a la legislación penal que en el ámbito federal sería el Código Penal Federal.

En este tenor, dentro del título décimo de dicho Código se establecen los diversos delitos en que pueden incurrir los servidores públicos, aunque en algunos casos, también pueden ser sujetos activos del delito los particulares o aquellas personas señaladas en el artículo 212 del propio cuerpo legal los que en sí no son propiamente servidores públicos conforme a lo dispuesto por nuestra Carta Magna, esto es así, por ejemplo en aquellas personas que manejen recursos públicos federales.

Todo lo anterior pone de manifiesto que la función pública es una delicada tarea de todos los servidores públicos, los cuales tienen - además una gran responsabilidad para con la sociedad y para con nuestra Nación, por lo que los mismos deben tener una gran conciencia de servicio y hacer una reflexión que los lleve a convencerse de llevar a cabo la mejor actuación dentro del ámbito en el que se desenvuelvan.

Además, es sin duda muy importante que se conozcan las figuras típicas y sus sanciones a las que pueden hacerse acreedores en caso de incumplir en el ejercicio de sus respectivas funciones.

Lo anterior nos ha llevado a meditar sobre la trascendencia que tienen “los delitos cometidos por servidores públicos” en un Estado moderno por lo que nos hemos decidido a realizar este trabajo de investigación titulado “Análisis dogmático del

delito de peculado en el Código Penal Federal a la luz de las corrientes causalista y finalista", dentro del cual se analizará uno de los más interesantes tipos penales.

Grosso modo la estructura de esta investigación esta diseñada en tres capítulos, en principio, con la finalidad de dar un panorama de lo que es el peculado, desde su raíz etimológica hasta el concepto del delito de peculado propiamente dicho así como la naturaleza jurídica del mismo. Dentro del primer capítulo además de lo anterior, también hacemos una breve reseña histórica en derecho comparado y en el derecho mexicano del delito de peculado.

En el segundo capítulo entramos a un análisis dogmático más profundo que corresponde al tipo penal previsto en el artículo 223 que forma parte del capítulo primero del título décimo del Código Penal Federal; a su vez analizamos las diversas hipótesis contenidas en el aludido artículo.

Y por último en el tercer capítulo estudiaremos al delito de peculado dogmáticamente tanto desde el punto de vista de las teorías causalista y finalista así como su repercusión procesa, esto se vuelve importante para no pasar por alto la trascendencia que ha tenido en nuestros días el transcurso de una escuela a la otra, llegando al concluir a una toma de postura final.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

1. Concepto

Es importante comentar la etimología de la palabra peculado la cual proviene del latín *peculatos*; de *peculium*, caudal; dicha etimología en sentido estrictamente gramatical se traduce en la sustracción de bienes del erario por aquella persona que tiene confiada la administración de los mismos.¹

La palabra peculado también tiene relación con la palabra latina *peculare*, es decir, robar el peculio ajeno, a su vez peculio y pecunia significan dinero y se vincula con la palabra *pecus* que significa ganado la cual es su raíz común. Cabe destacar que el ganado era sinónimo de riqueza en pueblos como por ejemplo el romano el cual fundaba su orden económico de gran manera en el pastoreo.²

Una vez señalado el origen de la palabra peculado, es menester conocer los diferentes enfoques otorgados al concepto peculado por parte de los estudiosos del Derecho penal.

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano". Tomo IV, Séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 2368.

² Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. "Código Penal Anotado". Vigésima primera edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 598.

El maestro Rafael Márquez Piñeiro, haciendo una gran síntesis de esta figura señala que: "En su esencia jurídica el peculado [...] consiste en la distracción o indebida utilización de elementos integrantes de los caudales públicos."³

Ranieri dice que: "el peculado es la apropiación o distracción voluntarias, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, por parte de un funcionario público o del encargado de un servicio público, que está en posesión de ellos por motivos de su cargo o servicio."⁴

El profesor Eduardo López Betancourt considera que peculado es "el ilícito, por medio del cual un servidor público o un sujeto obligado a la custodia de bienes públicos, los distrae de su objeto, para su beneficio o de sus allegados, o para causar daño a terceros"⁵

Francisco González de la Vega manifiesta que: "el peculado consiste en la distracción que para usos propios o ajenos el servidor público hace de los bienes que por su carácter le han sido confiados, estos bienes pueden ser valores, dinero, fincas o cualquier otra cosa que pertenezca al Estado, a organismo descentralizado o a un particular"⁶

³ Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano". Ob. Cit. p. 2368.

⁴ Ranieri, Silvio. "Manual de Derecho Penal". p. 244, Citado por López Betancourt, Eduardo. **Delitos en Particular**". Tomo II, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 518.

⁵ López Betancourt, Eduardo. "Delitos en Particular". Tomo II, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 518.

⁶ González de la Vega, Francisco. "El Código Penal Comentado". Décimo segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 333.

El maestro Marco Antonio Díaz de León ha dicho respecto del ilícito de peculado que es un “delito cometido por quien siendo servidor público distrae de su objeto para usos propios o ajenos los caudales, inmuebles o efectos propiedad del Estado, cuya administración, percepción o custodia le hubiere sido confiada por razón de su cargo. Se trata en esencia, del abuso de confianza pública depositado en el funcionario” ⁷

Desde nuestro particular punto de vista el delito de peculado consiste efectivamente en distraer de su objeto los bienes de cualquier persona física o moral por parte de un servidor público cuando le hayan sido confiados por motivo de su empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público, con la finalidad de obtener beneficio así mismo, a terceros o para causar daño.

Distraer es entretener, desviar o apartar una cosa de su objeto y que en el delito que nos ocupa son bienes, dentro de los cuales se comprende muebles e inmuebles, en los primeros también se contemplan los bienes denominados inmateriales (derechos de autor, de marca, de patente), dichos bienes deben pertenecer a alguna persona física o moral, dentro de éstas personas se contempla al Estado como persona jurídica de Derecho público, o a cualquier otro organismo con esta calidad como por ejemplo Organismos Públicos Descentralizados, Empresas de Participación Estatal, Instituciones Nacionales de

⁷ Díaz de León, Marco Antonio. “Código Penal Federal con Comentarios”. Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 379.

Crédito, Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito, las Instituciones Nacionales de Seguros y Fianzas, los Fideicomisos Públicos, entre otros; también instituciones independientes como son los organismos autónomos verbigracia el Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, etcétera; además, se contemplan las personas morales de Derecho privado y como ya se mencionó a las personas físicas, en una palabra los particulares que por alguna razón de tipo legal, convencional o por alguna necesidad, tengan el deber, la obligación o el derecho de entregar y confiar a algún servidor público sus bienes.

Ahora bien, quien realice la conducta delictiva puede ser cualesquier persona física, siempre y cuando se le hayan entregado los bienes por motivo de su empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público, es decir a cualquier persona que desempeña una función pública a la que el Estado o algún órgano de éste le haya conferido un cargo o una comisión de cualquier índole por lo que se le hayan confiado los bienes.

Es necesario señalar que el Código Penal Federal, ha tomado la esencia del artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para identificar adecuadamente a los servidores públicos, ya que en el delito de peculado es necesario que el sujeto activo del delito tenga ese carácter en el caso de las hipótesis contenidas en las fracciones I y II del artículo 223 del mencionado código, en este orden de ideas en el artículo 212 previsto en el Capítulo I del Título décimo, del ordenamiento penal federal, se señala que para los efectos de

los delitos cometidos por servidores públicos y los cometidos contra la administración de justicia, es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, Organismos Descentralizados, Empresas de participación 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, asimismo indica que las disposiciones contenidas en el Título Décimo, también le 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 cometidos por servidores públicos, es decir por los delitos contemplados en el Título décimo, desde luego del Código Penal Federal.

El concepto de servidor público que contempla el Código Penal Federal, es muy amplio, abarca a todas aquellas personas que de alguna manera tienen relación con la Administración Pública Federal, el Congreso de la Unión y el Poder Judicial Federal, es decir, contempla a los tres Poderes de la Unión, entre algunas otras instituciones públicas, así como quienes manejen recursos económicos federales; con la precisión que hace tal ordenamiento no queda duda alguna respecto de quienes tienen la calidad que requiere el tipo penal del delito de peculado, o sea, la de servidor público, por lo que se tiene mayor certeza jurídica en beneficio de los gobernados, ahora bien, no hay que perder de vista, que la ley se tiene que analizar armónicamente. En el caso específico del delito de peculado, el agente servidor público tendría que realizar alguna de las conductas descritas en el

artículo 223 del Código Penal Federal, por ejemplo la fracción primera del precepto mencionado contiene una limitante, no solo requiere que el sujeto activo del delito sea servidor público, sino que por razón de su cargo hubiere recibido en administración o en depósito o por otra causa, esta última se refiere al sentido de que la finalidad para la cual se recibe puede ser diferente a la administración o el depósito que ahí se mencionan, mas no que la recepción puede deberse a un motivo distinto del cargo desempeñado por el sujeto activo, pues ese requisito es indispensable para la configuración del delito de peculado, por lo que en el caso de la hipótesis mencionada, no es posible que todos los servidores públicos señalados en el artículo 212 del ordenamiento penal se ubiquen dentro del supuesto indicado, es condición que de acuerdo al nombramiento otorgado al servidor público, se tengan funciones y obligaciones de administrar o recibir bienes en depósito o por otra causa y que el mismo nombramiento o alguna otra disposición legal relacionada con el mismo obligue al servidor público a administrar o recibir en depósito dichos bienes, o por otra razón.

2. Naturaleza Jurídica

El peculado esta contemplado en el artículo 223 del Código Penal Federal el que consta de cuatro fracciones, en las que se plantean diversos supuestos.

El mencionado artículo se encuentra en el Capítulo I del Título décimo denominado "Delitos cometidos por servidores públicos".

Por lo tanto, el peculado en nuestro sistema jurídico federal, es un delito previsto en el Código Penal Federal.

Consideramos que para tener un panorama completo y a efecto de comprender de manera clara atendiendo a la naturaleza del peculado desde un punto de vista legal es necesario decir qué es el delito.

Podemos iniciar señalando que la palabra delito tiene como raíz etimológica el término *delictum*, el cual deriva del verbo latino *delinquere*, que significa desviarse del buen camino.

Es importante destacar que delito es un concepto muy complejo y difícil de conceptualizar, a pesar de ello, trataremos de dar algunas otras ideas del delito a efecto de tener una noción del mismo, no sin antes precisar que existen un sinnúmero de ideas de este término, desde varios puntos de vista: sociológico, político, filosófico, jurídico, etcétera, incluso, se ha intentado crear una definición general válida para cualquier lugar y para cualquier época, pero no se ha logrado dicho objetivo porque cada Estado, pueblo o nación tiene educación, costumbres y cultura diferentes, por lo tanto mientras para algunos de éstos una conducta concreta es delito para otros no lo es, a pesar de todo se ha hecho un esfuerzo para conceptualizar al delito desde el punto de vista jurídico.

Cabe hacer mención que en la antigüedad los pueblos castigaban ya los actos u omisiones que causaban consecuencias en el grupo social, no era impedimento la ausencia de leyes para reprimir con penas a los autores de dichas conductas.

En este sentido respecto al delito es interesante lo que ha dicho Luis Jiménez de Asúa al comentar que:

“Sin pretender estudiarlo históricamente, vemos que siempre fue una valoración jurídica; por eso cambia con ella. Primero aparece lo objetivo en la valoración. En el derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y hasta en la Roma primigenia, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico. El pritaneo juzgaba a las cosas: árboles, piedras, etc. **Esquines** decía arrojamos lejos de nosotros los objetos sin voz y sin mente, y si un hombre se suicida enterramos lejos de su cuerpo la mano que hirió. Platón en *Las Leyes* afirma lo mismo, exceptuando el rayo y demás meteoros lanzados por la mano de Dios. En la Edad Media se castigó profusamente a los animales y hasta hubo un abogado que se especializó en la defensa de las bestias. Es que la valoración jurídica no se hacía como hoy. No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido. Por otra parte, razones de orden religioso hicieron pensar que las bestias podían ser capaces de intención. Refiriéndonos ya a las personas, vemos también como la valoración jurídica que recae sobre sus conductas varía con el trascurso del tiempo. Hasta las proximidades del siglo XX se encendieron hogueras en Europa para

quemar a las brujas. Acaso fue entonces la hechicería el delito más tremendo. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo considero, por ello, infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron en la hoguera sus excentricidades contrarias a la valoración de la época.”⁸

Como podemos darnos cuenta el autor antes citado nos ilustra suficientemente al señalar que el delito, para él es una valoración jurídica y por ello cambia con ella y que en principio apareció la valoración jurídica a lo objetivo y que en el derecho más antiguo de diferentes pueblos nacía la responsabilidad por el resultado jurídico, es decir, lo que importaba era el resultado, tanto que hasta cualquier cosa, animal o persona, en algunos casos con excepción de algunos objetos o fenómenos naturales, eran responsables y por consiguiente se juzgaba o imponía alguna sanción, o sea, la valoración jurídica no se realizaba como en la actualidad, no descansaba el reproche en los elementos internos o subjetivos, en resumen, la valoración jurídica ha cambiado en las diferentes épocas y en los diferentes Estados.

Existe también una valoración política, la del legislador quien decide cuales hechos deben ser sancionados penalmente para mayor conveniencia del interés general, por lo que el delito, está constituido también por una apreciación política, claro no siempre la más acertada, de ahí la importancia de que se elijan a los mejores hombres y mujeres para ocupar una curul de legislador y cuando no sea

⁸ Jiménez de Asúa, Luis. “Lecciones de Derecho Penal”. Editorial Harla, México, 1997, pp. 129 y 130.

posible ello, los representantes populares se deben asesorarse de profesionales lo suficientemente preparados, ya que está de por medio no sólo los bienes, la prohibición para ejercer la profesión o el impedimento para ocupar un cargo en el servicio público, entre otras penas o medidas de seguridad, sino la libertad.

La falta de preparación y sensibilidad política pudiera devenir en la creación de tipos penales injustos, éstos afectan a la sociedad en general, cualquier persona puede ubicarse en el supuesto de la ley, por lo tanto es necesario tener conciencia de las consecuencias que todo ello origina.

En la actualidad se analizan varios factores para que algún hecho pueda ser contemplado como delito en la legislación o para suprimir algún tipo penal por no considerarse trascendental para el Estado o la sociedad, como ejemplo del primer caso tenemos la creación del tipo penal de la violación a la esposa o concubina y en el segundo caso podemos señalar que se deroga del anterior Código Penal para el Distrito Federal y desde luego ya no se considero en el Nuevo Código Penal el tipo penal del delito de adulterio; se deben considerar esos principios abstractos, el buen sentido de la justicia y la defensa del orden jurídico, por ello insistimos debe haber una excelente preparación por parte del legislador para evitar un caos legal al contemplar una nueva figura jurídica en los ordenamientos de carácter penal o para suprimir algún hecho ya contemplado en la legislación.

Como ya mencionamos con antelación, haremos referencia al concepto de delito desde el punto de vista jurídico para posteriormente hacerlo desde el punto de vista dogmático.

Formalmente la conceptualización de delito ha sido indicada por el Código Penal Federal en el primer párrafo del su artículo 7º de la siguiente manera:

“Delito es el acto u omisión que sancionan
las leyes penales. ”

Sin embargo, en la actualidad esta bien definido que el concepto de delito es totalmente innecesario en los diferentes códigos penales y con ello está de acuerdo gran parte de los diferentes tratadistas, no es muy útil que las legislaciones lo contemplen ya que para conceptualizar a éste existe una gran dificultad dada la propia naturaleza del mismo, además como ya se menciono en nada ayuda una definición del delito, es irrelevante para determinar la culpabilidad de un sujeto y en nada contribuye para analizar tanto el cuerpo del delito, ni mucho menos para analizar los elementos del delito, por lo que se puede decir que no es práctico.

Ahora bien, el delito desde el punto de vista dogmático es definido con los elementos que conforman el propio delito, según el autor de que se trate y su propia postura, o sea, en cuanto al número de elementos que considera tiene el

delito cuando se ha adoptado la concepción atomizadora, esto es, dicotómica o bitómica, tritómica o triédrica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica.

Hay que recordar que la doctrina para conocer la composición del delito, se ha adoptado de manera preponderante a dos concepciones, la totalizadora o unitaria y por otra parte la analítica o atomizadora, las cuales son totalmente opuestas, ya que la primera considera que el delito no se puede disgregar, seccionar, separar, sino que es un todo y de esta manera debe estudiarse, por lo que hace a segunda, reconoce al delito como un ente integral, empero, para comprenderlo hace indispensable su análisis mediante su fraccionamiento.

Es necesario decir que de los primeros en analizar el delito desde el punto de vista dogmático con criterios mejor acabados, fueron el maestro alemán Franz Von Liszt en el año 1881 y Ernst Beling en el año 1906, el primero señaló que el delito se integraba de acción, antijuridicidad y culpabilidad y el segundo consideraba que contenía a la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, la aportación de Beling fue el elemento tipo; con ellos inició la dogmática penal moderna.

Como podemos observar, ya desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX, prácticamente se tenían determinados los elementos del delito, lo cual fue un avance muy importante en la ciencia penal, ya que con ese tipo de principios se fueron creando otras ideas que contribuyeron a que se fuera mejorando y perfeccionando la teoría del delito, como en la actualidad sigue su transformación, lo significativo es que ello tiene como consecuencia que exista una mayor

certidumbre jurídica en el ámbito penal, garantizando de esta manera procesos más justos.

Existen una gran diversidad de autores que han dado su concepto dogmático del delito y su postura al respecto, autores que vivieron como ya se señaló en el siglo XIX y XX hasta nuestros días, sin olvidar desde luego los estudios que se realizaron un poco antes del siglo señalado, tuvieron la característica de ser menos acabados. Entre los tratadistas que han interesado en gran medida podemos citar a Franz Von Liszt, Ernst Beling, Gustav Radbruch, Edmundo Mezger, Hans Welzel, Max Ernest Mayer, y actualmente Claus Roxin, Günther Jakobs y Muñoz Conde, entre otros.

Por citar ejemplos, podemos referirnos a Liszt quien señaló que el delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena; Mezger dijo que era una acción típicamente antijurídica y culpable, asimismo Max Ernest Mayer consideraba al delito como un acontecimiento típico, antijurídico e imputable.

Como hemos señalado con anterioridad, los tratadistas varían un poco los elementos del delito en sus diferentes conceptos dogmáticos, de acuerdo con su propia postura con relación al número de elementos que consideran tiene y de acuerdo al criterio adoptado en la teoría del delito, nos llama la atención lo señalado por el doctor Carlos Daza Gómez, quien considera que los elementos del

delito únicamente son los denominados conducta, tipo, antijuridicidad y culpabilidad, en este sentido, dicho maestro ha afirmado que:

"Debemos partir de la tipicidad, pues sólo un hecho que previamente se encuentra en la Ley (tipo penal), puede dar lugar a posteriores valoraciones. Una vez comprobada la adecuación del hecho realizado al supuesto de hecho descrito por la ley en el tipo, debemos verificar si es antijurídico, esto se realiza en sentido negativo, es decir, si no está permitido, será antijurídico; cuando existe una acción típica y no permitida se integra el injusto; posteriormente se valora la Culpabilidad del autor; si ese hecho le es imputable al sujeto para ello primero debemos determinar si es imputable, si conocía la antijuridicidad de su actuar y si le era exigible otra conducta, reunidos estos elementos le es imputable personalmente el hecho. Por lo tanto, se impone una pena y/o medida de seguridad."⁹

La anterior idea es ilustrativa ya que nos introduce de manera breve, clara y concisa de las etapas necesarias para poder determinar si existe delito, es decir, la descripción de cada una de las fases o partes de la teoría del delito, lo cual no ayuda a irnos familiarizando con la teoría del hecho punible, ya que es importante para que una vez que profundicemos sobre la misma se tengan las bases suficientes para poder entender de manera adecuada, es por ello que en este punto nos hemos adentrado a conocer un poco más el delito. Como señala el

⁹ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel. "Teoría General del Delito". Segunda edición, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1998, p. XV.

doctor Carlos Daza, se debe partir de la tipicidad ya que primero es el tipo y únicamente las conductas o hechos realizados por las personas que se adecuen a la descripción hecha por el legislador en los códigos penales pueden ser valorados jurídicamente, por lo tanto al elemento de la teoría del delito denominado hecho se encuentra incluido en el elemento tipicidad, es decir, ésta subsume a aquél.

3. El peculado en el Derecho Comparado.

Existen antecedentes del delito de peculado, desde hace mucho tiempo, aunque no se le dio el mismo tratamiento que se le ha otorgado actualmente en las leyes penales, el peculado fue considerado en tiempos muy antiguos como un acto en contra de bienes del pueblo, del rey o del príncipe, sancionándosele con penas severas, tal figura ha experimentado algunas importantes variaciones a través de la historia, de las mismas tenemos al delito de peculado, y que es el motivo para considerarlo como ya se ha comentado, agravado con respecto a otras infracciones con las que se asemeja.

Al respecto en la Enciclopedia Jurídica Omeba se ha señalado:

“Entre las más antiguas leyes de la humanidad que conocemos, el *Código de Manú o Leyes de Manú* (Manava-Dharma Satra) dedica algunas de sus disposiciones al peculado o concusión. Su libro VII, relativo a la conducta que deben observar los reyes, dice: '40 Muchos soberanos, a consecuencia de su

mala conducta, han perecido con sus bienes, mientras que ermitaños han obtenido reinos por su cordura y humildad.' '124. Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino.' Como se puede ver, ya entonces, alrededor de 1,000 años antes de nuestra era, es decir, con una antigüedad de 3,000 años, más o menos, sin poder fijar con exactitud, la fecha de su redacción, se penaba el delito de peculado o concusión en términos generales, pero de ningún modo ambiguos." ¹⁰

En este mismo sentido con una versión diversa Federico Puig Peña recuerda: "Ya el Código de Manú, 'recomendaba' al rey aplicar la pena de muerte a quienes robasen sus tesoros."¹¹

- En Roma

Los tratadistas no refieren en que período de la existencia de Roma tuvo existencia la figura del peculado, es decir, no existe precisión en el tiempo, no obstante ello, los datos que existen no dejan de ser importantes antecedentes, lo que nos lleva a reiterar la antigüedad que tiene el delito de peculado.

¹⁰ "Enciclopedia Jurídica Omeba". Tomo XXI, Editorial Anco, Buenos Aires, 1975, p. 948.

¹¹ Puig Peña, Federico. "Derecho Penal Parte Especial, III". pp. 351 y 352, Citado por Pavon Vasconcelos, Francisco. "Diccionario de Derecho Penal". Analítico-Sistemático, Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 758.

Tanto el hurto de bienes pertenecientes a los dioses (*sacrilegium*) como el peculado fue clasificado como una modalidad de la sustracción de la propiedad ajena a la que se le denominaba *furtum*, la razón de considerar a ambos en un solo grupo no obstante tener una denominación diferente se debió a que en Roma los bienes divinos y del Estado no se diferenciaban jurídicamente, distinguiéndose mas bien por el uso que de ellos se hacía. No se sabe como las leyes regularon a este delito, es posible que se contemplara en las doce tablas, también debió existir algún acuerdo del pueblo que lo regulara, el único dato demostrado es que la ley julia, que tuvo que ser promulgada en la época de César o en la de Augusto, existió un sistema procesal para el hurto de bienes pertenecientes a los dioses o al Estado, y a la cual se agregó posteriormente otra ley julia, distinta de la primera, al parecer se refería al dinero restante (*de residuis*). El sistema antes citado es el que quedo vigente a partir de entonces, aunado a lo anterior había de seguirse en tales delitos, por una parte las ordenanzas y los estatutos de los templos, y por otra, las leyes municipales, cada cual entre sus respectivas esferas. Se denominaba *depeculatus* o *peculatus publicus*, y generalmente nada más *peculatus*, al hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado y se le dio este nombre porque antes de que se comenzara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase. El peculado revistió varias formas, entre ellas, la sustracción de metales o monedas del erario de la comunidad romana o de alguna otra caja pública, era la más frecuente e importante del delito que nos ocupa; la distracción u ocultación de bienes, que aquí también era

equiparada al hurto, al igual que sucedía en el *fortum* de cosas privadas.¹²

En este mismo sentido el maestro Pavón Vasconcelos explica que:

“En la Roma antigua el delito de *peculatum* (de *pecus* ganado, cuando los semovientes representaban un valor de cambio) se castigo en su aspecto más grave, con la pena de muerte. Más tarde, la *Ley Julia de peculato* comprendió, bajo esta denominación, ‘no sólo el *fortum pecuniae publicae fiscalis* sino otras modalidades, algunas curiosas como la disipación de las cosas destinadas a los sacrificios. El título abarcó el ya citado crimen de *residius* que castigó al que retenía el dinero para algún uso distinto al destinado, llamado por la doctrina *peculado impropio* (...)’¹³

Abundando al respecto Eduardo López Betancourt apoyado en Maggiore señala:

“En el derecho Romano el crimen *repetundarum* (crimen de prevaricación) dio origen a las figuras de *peculatos* y *concussionis*. El *peculatos* ‘significó la apropiación cometida por el funcionario público o privado de los valores o dineros custodiados en las arcas públicas. Figura menos grave de *peculado* fue el crimen de *residuis* (crimen de residuo), que consistía en dar otro destino

¹² Mommsen, Teodoro. “Derecho Penal Romano”. Editorial Temis, Santa Fe de Bogota, Colombia, 1999, pp. 471 y 472.

¹³ Pavon Vasconcelos, Francisco. “Diccionario de Derecho Penal”. Ob. Cit. p. 758.

al dinero público o en anotar en los registros públicos sumas inferiores a las recogidas; su pena era la de multa."¹⁴

Como podemos percatarnos, el delito de peculado tuvo una regulación importante en Roma, ya que independientemente de tener incluso una clasificación respecto del mismo, se consideraban las penas que se debían aplicar así como el sistema procesal para juzgar, incluso, si bien no podríamos asegurar, que el derecho vigente en diversas partes del mundo haya tomado esta figura del Derecho romano, es posible que así haya sido debido a la gran influencia que ha tenido la cultura romana en los diferentes pueblos, incluso el nombre de la figura jurídica que analizamos tiene su origen en Roma, dada la importancia que tuvieron algunos animales como ya se menciona, considerados en el derecho romano como bienes de primer rango entre los bienes comunes y públicos, antes de que se empezara a hacer uso del dinero y con el hurto de dichos animales comenzó a tener importancia la figura jurídica del peculado y llegó a revestir una gran trascendencia en Roma.

- España

Por otra parte, con relación a España y su legislación foral española, Joaquín Escriche ha manifestado:

¹⁴ López Betancourt, Eduardo. "Delitos en Particular". Tomo II, Ob. Cit. p. 522.

“El Fuero Juzgo manda que *quien furta tesoro del rey, o otra cosa, o le faz daño, entregue en nove dublo quanto tomar*. Una ley de partida ordena que el que teniendo dinero del rey o de algún pueblo para pagar salarios, hacer algunas labores, o para otros fines semejantes, lo emplease en su propia utilidad, debe restituirlo y pagar además un tercio de su importe; y otra ley de la misma impone la pena capital al tesorero, recaudador o juez que robe u oculte maliciosamente alguna cantidad de fondos públicos y aun a los auxiliares, consejeros o encubridores; bien que si el rey o consejo no demanda el hurto cometido por su oficial dentro del término de cinco años desde que tuvo noticia cierta, no podrá darse la pena de muerte, sino sólo la pecuniaria del cuatro tantos. Por las leyes recopiladas, el empleado público o arrendador de las rentas o derechos reales que usurpare fraudulentamente los caudales que maneja, o diera auxilio o consejo a otro para hacerlo, es castigado con la pérdida de todos sus bienes y destierro perpetuo del reino; y el empleado que sabiendo y pudiendo probar la fraudulenta usurpación, no la denuncia dentro de dos meses contados desde que tuvo noticia, pierde la mitad de sus bienes, y cualquiera merced u oficio que se hubiese recibido del soberano. Finalmente, por otras leyes no recopiladas, esta dispuesto que los arqueros, tesoreros, receptores y administradores no hagan uso de los caudales de la real hacienda, los cuales han de permanecer depositados en las arcas de tres llaves en las mismas especies en que se reciben; que si alguno usare ellos, aunque llegue a aprontarlos, se le ha de privar de oficio, y declarar inhábil para obtener otro; que si hay descubierto y no lo reintegra se le imponga la pena de presidio desde dos hasta diez años, según las circunstancias y aun si continúa,

con la calidad de no salir de él sin real licencia, sin que por dimanar la quiebra de omisión o de infidelidad de criados haya de disminuir la pena; y que en fin si procede aquella de haberse alzado con los caudales del rey, se castigue con el último suplicio al reo principal y a sus auxiliadores.”¹⁵

En España se castigaba el peculado de diferentes maneras como ya vimos con anterioridad, la más grave era la pena capital, esto nos hace pensar que esta figura se consideraba grave, desde luego tenía una gran importancia para el rey, por tal razón se tenía contemplada en las diferentes legislaciones y hasta la actualidad.

- Argentina

En Argentina la historia del delito de peculado es la siguiente:

El primer antecedente que se conoce es de carácter Constitucional, se encuentra precisamente en el artículo 8 de la Constitución de 1819, el cual otorgaba a la Cámara de Representantes el derecho privativo de acusar, de oficio o a instancia de cualquier ciudadano, a los miembros de los tres grandes poderes, o a los ministros de Estado, enviados a las cortes extranjeras, arzobispos u obispos, generales, gobernadores y jueces y todos los demás funcionarios que tengan igual rango o superior a los señalados, entre otros, por el delito, de malversación de

¹⁵ Escriche, Joaquín. Citado en la “**Enciclopedia Jurídica Omeba**”. Ob. Cit. pp. 950 y 951.

fondos públicos, infracción que en algunos casos, según las leyes, podían merecer pena de muerte o infamia.¹⁶ De manera posterior en algunos proyectos de Código Penal que se realizaron se considero el delito de peculado, figura que en la actualidad esta prevista en el Código Penal Argentino.

El peculado es un fenómeno que sucede en todo el mundo y que a estado presente desde hace mucho tiempo, como hemos visto, el dato que se tiene es que desde hace aproximadamente tres mil años en la India ya se preveía esta figura del peculado en el Código de Manú, además allí y en otros pueblos las sanciones, en algunos casos eran muy severas, imponiéndose incluso la pena de muerte al que cometía tal ilícito. Hemos visto que en el devenir histórico el delito de peculado a estado presente, a acompañado al hombre en sus distintos modos de organización social. Pensamos que el desvío de recursos del erario es una de las formas más sencillas que tiene cualquier empleado público para realizar sus fines particulares y por lo tanto es elevado el número de casos en todos los Estados del mundo.

El delito de peculado es una forma de corrupción, como ya sabemos ha sido tan reiterada en los diferentes estados, pueblos y naciones, desde tiempos remotos, esto ha propiciado que en la actualidad sea contemplado como un delito en la mayoría de las diferentes legislaciones penales del mundo, como sabemos el delito es una figura jurídica que como tal únicamente se contempla en el derecho

¹⁶ Escriche, Joaquín. Citado en la "Enciclopedia Jurídica Omeba". Ob. Cit. p. 951.

penal y tiene una naturaleza esencialmente punitiva para lograr mantener un orden social.

Cabe comentar que en nuestro país independientemente de estar considerado en el Código Penal Federal y en los Códigos Penales de las entidades federativas, también se considera en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y en la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, como una obligación de los servidores públicos que en caso de incumplirse se sanciona administrativamente de acuerdo a los ordenamientos mencionados y otras disposiciones consideradas en leyes y reglamentos de carácter administrativo, no obstante que se sanciona por la legislación penal, es decir, puede imponerse sanción al servidor público que cometa el ilícito, tanto administrativamente, como penalmente, ya que así lo permite la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 109. Con ello podemos darnos cuenta que el abuso de los empleados públicos en las diferentes épocas de nuestra existencia ha propiciado que en la actualidad se castigue severamente este tipo de actos.

En la mayoría de los Estados del mundo se han creado instituciones que tienen como función la vigilancia, control y supervisión del patrimonio del Estado, aquí en nuestro país esta actividad la realizó la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo hasta el día 10 de abril de 2003, y actualmente lo hace la Secretaría de la Función Pública, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación en la fecha ya citada, con el cual se modificó la Ley de la

Administración Pública, cabe mencionar que la Secretaría de la Función Pública depende del poder ejecutivo. También tiene facultades de vigilancia y fiscalización, la Auditoría Superior de la Federación que depende de la Cámara de Diputados según el artículo 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es importante señalar que el 29 de diciembre de 2000, fue publicada la Ley de Fiscalización Superior de la Federación que tiene por objeto regular la revisión de la cuenta pública y su fiscalización superior, con esto se pretende tener más transparencia en la administración de los diferentes órganos del Estado.

4. Evolución en el Derecho Penal Mexicano.

A. Época prehispánica.

El antecedente que se tiene es en el pueblo mexicana, Eduardo López Betancourt manifiesta que:

“En materia penal, los aztecas se esforzaron por dividir a los delitos tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado, esto es, consideraron como núcleo de la agrupación de los delitos aquello que resaltara alguna característica similar o semejante, por ejemplo, dentro de los delitos contra la vida y la integridad corporal se comprendían las lesiones y el homicidio; en lo relativo al robo incluían el robo, el fraude y el daño en propiedad ajena. Aplicaban como penas principales el destierro, los azotes y la pena de muerte. La cárcel era poco común, generalmente servía por breves períodos, se asemejaba a jaulas

de madera, donde se exhibían a los delincuentes provisionalmente mientras se decretaba la sanción a la que se habían hecho merecedores. La pena de muerte se imponía a diversidad de delitos, entre ellos al traidor a la patria, al homicida, al violador, al ladrón y a los funcionarios inmorales. La pena capital se aplicaba por ahorcamiento, a garrotazos o quemándolos, todo dependía de la gravedad del delito.”¹⁷

En este sentido, también el maestro Fernando Castellanos Tena ha señalado: “El derecho penal Azteca revelaba excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos como capaces de hacer peligrar la estabilidad del Gobierno o la persona misma del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones.” Y citando al investigador Carlos H. Alba, el maestro Castellanos manifiesta: “... los delitos en el pueblo azteca pueden clasificarse de la siguiente forma: contra la seguridad del Imperio; contra la moral pública; contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida y la integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio.”¹⁸

En otra de sus obras el maestro López Betancourt nos especifica que durante la época prehispánica, entre el pueblo azteca, se sancionó el peculado con la muerte

¹⁷ López Betancourt, Eduardo. “Introducción al Derecho Penal”. Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 22 y 23.

¹⁸ Castellanos Tena, Fernando. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”. Trigésima cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1994, pp. 42 y 43.

y citando al maestro Raúl Carrancá y Rivas, el doctor Betancour menciona que el peculado cometido por un administrador real le era sancionado con la muerte y se le confiscaban los bienes.¹⁹

El régimen jurídico que rigió a los aztecas contempló, como ya se ha observado, el delito de peculado, esto se da gracias a la estructura política tan avanzada que tenían los indígenas para aquella época, por lo que se consideró imponer una pena a aquellos que atentaran en contra del patrimonio de la organización política, por lo que podemos señalar que en el territorio de lo que hoy es nuestro país el delito de peculado fue caracterizado por su gravedad.

Por otra parte en la época del Virreinato de la Nueva España,²⁰ se aplicaron diversas leyes surgidas en España, dentro de las cuales señala Eduardo López Betancourt que se encuentran la Novísima Recopilación y las Partidas, ésta última refiere:

“Las partidas (Artículo VII, tít. XIV, ley 14) castigaron la malversación de los caudales del rey y de los pertenecientes a villas y ciudades, la pena aplicable podía ser la capital, cuando la malversación constituía un hurto propiamente dicho.

Esta Ley decía:

¹⁹ López Betancourt, Eduardo. “**Delitos en Particular**”. Tomo II, Ob. Cit. pp. 524 y 525.

²⁰ Existe confusión, respecto de la denominación del dominio Español en México del siglo XVI a principios del siglo XIX, ya que se ha dicho que México fue una Colonia Española, cuando en realidad fue un Virreinato, que fue creado en 1535. Ver concepto “Virreinato de la Nueva España” en el Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 3246 y 3247.

'Maravedís del Rey teniendo algún su despensero, de que óbviese a fazer á pagar quitación a caballeros ó á otros omes; ó que iviese á fazer algunas labores, ú otras semejantes destas por su mandato; si aquel los tuviese, no los despendiesse, ó non los pagasse, allí lo el Rey lo mandasse, mas comprasse dellos alguna cosa a su pro; si esto ficiesse por sí, sin mandato del Rey, como quier que este atal non fase furto, pero fase muy mal hierro, posponiendo la pro de su señor per la suya misma. E por ende mandamos, que cualquier que esto siziere, que se a tenuto a torcar a la Cámara del Rey todos los maravedís de que uso assí maliciosamente. E esso mesmo dezimos que ha lugar en todos en quantos han maravedís que sean de alguna cibdad, o villa, si usaren maliciosamente de ellos, así como sobre dicho es. Ootrossi desimos, que si alguno tuviera maravedís del Rey, ó lo mandasse que dieeszde de ellos á sus ricos omes ó á sus caballeros, ó a otros omes cualesquier; ó aquel que los tuviesse en lugar de darillos maravedís, los diesse en pago paños, o bestias o otra cualquier cosa que fuese a su pro, o daño de aquellos que lo havian de recibir; que este tal que fiziesse tal pago de los maravedís del Rey, debe pechar a cada uno de los que oviere a recibir la paga, todo quanto menoscabaron, de los que debían aver, por razón de aquellas cosas que les dio á mala barata; e pecho demás desso, á la Cámara del Rey, todo quanto montare la tercera parte de aquellos que les fizo perder engañosamente, por que es como manera de furto." ²¹

²¹ López Betancourt, Eduardo. "**Delitos en Particular**". Tomo II, Ob. Cit. p. 523.

La novísima Recopilación castigó de igual manera a las personas, consejos o universidades que afectaran las rentas o derechos del rey.²²

El dato más relevante durante la época del Virreinato es que se aplicaron las leyes del Estado Español, que como ya hemos visto con antelación también estaba previsto, la figura jurídica del peculado.

B. Código Penal de 1835

El primer código penal en México fue el promulgado en el Estado de Veracruz, el día 28 de abril de 1835, por Juan Francisco de Barcena, Gobernador del Estado.²³

El código antes señalado ya consideraba el delito de peculado, estaba previsto en la Segunda Parte, específicamente en la Sección III del Título V, denominado “Del Extravío, usurpación y malversación de caudales y efectos públicos por los que tengan a su cargo.”

El artículo 411 indicaba:

²² López Betancourt, Eduardo. “**Delitos en Particular**”. Tomo II, Ob. Cit. p. 523.

²³ Instituto Nacional de Ciencias Penales. “**Leyes Penales Mexicanas 1**”. Editorial INACIPE, México, 1979, pp. 23, 69 y 70.

“Cualquier funcionario público que teniendo como tal á su cargo de cualquier modo la recaudación, administración, depósito, intervención ó distribución de caudales ó efectos pertenecientes al Estado, ó á comunidad de un pueblo, ó á algún establecimiento público, extravié á sabiendas alguno de dichos caudales ó efectos, pero en términos de poder remplazarlos inmediatamente que sean necesarios, y sin que hayan hecho falta para las atenciones del servicio, perderá su empleo, pagara una multa de 5 a 25 por 100 de lo extraviado, y será apercibido. Si por este extravío hubiere dejado de pagar indebidamente algunas de las atenciones del Instituto respectivo, se le impondrá además otra multa del 5 al 25 por 100 de lo que haya dejado de pagar, y resarcirá los perjuicios que haya causado.”

El artículo 412 señalaba:

“Si extraviáre a sabiendas, usurpáre o malversare caudales ó efectos cuyo importe no esceda de las fianzas que tenga dadas para egercer aquel destino, sin poder reemplazarlos inmediatamente que se le prevenga, perderá este, y no podrá volver a obtener otro empleo ni cargo alguno público, reintegrará lo extraviado ó malversado, y pagara una multa del 25 al 60 por 100 de la cantidad malversada.”

El artículo 413 expresaba:

“Si en otros casos que los expresados en los artículos precedentes, extraviáre á sabiendas, usurpáre o malversare una cantidad de dinero ó efectos de los que

estén a su cargo, sufrirá además de las penas prescritas en el artículo anterior, la de la venganza pública, la de infamia y las siguientes: prisión de uno á cuatro años, si el importe de lo malversado no pasa de 500 pesos: si excediendo de esta cantidad no pasa de la de 1000 pesos, prisión de cuatro á ocho años: si excediendo de 1000 pesos no pasa de 5000, será desterrado perpetuamente fuera del Estado, despues de sufrir diez años de trabajos forzados.”

También el artículo 414 consideraba el delito de peculado pero a título culposo, al señalar:

“El que teniendo a su cargo caudales o efectos de los sobredichos, diere lugar por su negligencia ó culpa al extravió de alguno de ellos, ó á que otros lo usurpen, sustraigan o malversen, será depuesto de su empleo y pagará el déficit que resulte, con una multa de 5 al 30 por 100 de lo usurpado, sustraído ó malversado.”

El artículo 115 decía a la letra que:

“Cualquier persona particular que tenga á su cargo caudales ó efectos de los espresados, por comisión del gobierno ó de alguna autoridad. Ó por cualquier otro título, queda sujeta á las penas prescritas en los cuatro artículos precedentes en los caso respectivos. También lo quedan los depositarios de depósito miserable, de caudales embargados, secuestrados ó puestos en custodia, administración ó depósito por orden de juez ó de otra autoridad legitima.

Esté último artículo hace referencia al delito de peculado cuando lo comete cualquier persona y respecto de los depositarios por orden del juez o de otra autoridad.

Cabe resaltar que las penas eran muy severas, incluso se aplicaban algunas actualmente prohibidas por el artículo 22 de nuestra actual Constitución Política, verbigracia, la infamia. Se le daba el mismo tratamiento a los particulares de acuerdo con el artículo 415 del citado código.

El ordenamiento penal de 1835 contemplaba, como ya quedo precisado, el delito de peculado a título culposo, lo que no ocurre en el actual Código Penal Federal.

C. Código de 1871.

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación, promulgado por el Licenciado Benito Juárez, presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, también conocido como “Código Martínez de Castro” o “Código Juárez”, comenzó su vigencia el primero de abril de 1872 y contemplaba el delito de peculado en el capítulo V denominado “Peculado y concusión”.

Este ordenamiento preveía en su artículo 1026 que incurría en este delito la persona encargada de un servicio público, aunque fuera por comisión por tiempo

determinado y no hubiera tenido el carácter de funcionario, que para usos privados, propio o ajenos, distrajera de su objeto de manera intencional el dinero, valores fincas o cualquiera otra cosa que perteneciera al Estado a un Municipio o a un particular, si por razón de su encargo el sujeto con las calidades antes mencionadas, las hubiese recibido en administración, en depósito o por cualquier otra causa.

Asimismo se consideraba que no serviría de excusa el haber hecho la distracción con el ánimo de regresar con sus réditos o frutos, aquello de lo que dispuso. (artículo 1027)

Con relación a la punibilidad el artículo 1028 decía a la letra:

“El delito de Peculado se castigara con las penas siguientes:

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

- IV. Además de las penas de que hablan las fracciones anteriores, se impondrán en todo caso las de destitución del empleo ó cargo é inhabilitación perpétua para obtener otros en el mismo ramo, y por diez años para los de ramo diverso.”

Como complemento de lo anterior los artículos 1029 y 1030 disponían:

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

Artículo 1030. “Las penas de que hablan los dos artículos anteriores, se reducirán a arresto menor, si dentro de los tres días siguientes á aquel en que se descubrió el delito, devolverle el reo lo sustraído.”

“Pero cuando haga la devolución después de ese término y ántes de que recaiga una sentencia definitiva, la pena se reducirá a la tercia parte de la que corresponda con arreglo a dichos artículos.”

“Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución e inhabilitación de que habla la fracción última del artículo anterior, y de la multa correspondiente.”

Por otra parte, en el artículo 1031 preveía la sanción en caso de tentativa imponiendo una pena consistente en destitución del empleo.

D. Código de 1929.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, promulgado por Emilio Portes Gil, presidente provisional de los Estados Unidos Mexicanos, obra principalmente de José Almaráz, inició su vigencia el 15 de diciembre de 1929, cuyo ámbito de aplicación espacial era el Distrito Federal, los Territorios Federales y en materia del fuero federal en toda la República, contemplaba el delito de peculado en el capítulo V denominado "Peculado y concusión".

El Código en comento en su artículo 576 señalaba que existía delito de peculado cuando un funcionario público que teniendo a su cargo caudales del Erario les diera una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados, o hiciere un pago ilegal; la punibilidad de esta sanción sería de suspensión del empleo por el término tres meses a un año, pero en el caso de que existiere daño o entorpecimiento del servicio, se le impondría, además una multa de cinco a diez por ciento de la cantidad de que hubiera dispuesto.

Textualmente el artículo mencionado decía a la letra:

"El funcionario público que, teniendo a su cargo caudales del Erario, les dé una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados, o hiciere un

pago ilegal, quedará suspenso en su empleo de tres meses a un año. Pero si resultare daño o entorpecimiento del servicio, se le impondrá, además, una multa de cinco al diez por ciento de la cantidad de que dispuso.”

El peculado sólo se regulo en el precepto mencionado, los demás artículos hacían referencia a otros delitos como por ejemplo el robo.

E. Código de 1931.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal, promulgado por el C. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Pascual Ortiz Rubio, cuya comisión redactora estuvo integrada por José López Lira, José Ángel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre y Ernesto Garza, contempla el delito de peculado en el título décimo denominado “Delitos cometidos por funcionarios públicos”.

El delito de peculado se regulo en principio en el artículo 220 del código que se menciona, no hubo modificaciones al texto sino hasta el año de 1983.

El cuerpo normativo antes referido puntualizaba que cometía el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, aunque fuera en comisión por tiempo determinado y no tuviera el carácter de funcionario, y que para usos propios o ajenos distrajera de su objeto el dinero, valores, fincas, o cualquier otra cosa perteneciente a la Nación, a un Estado o Municipio o incluso a un particular,

si por razón de su cargo lo hubiera recibido en administración, depósito o por cualquier otra causa. (artículo 220)

Su punibilidad era de seis meses a doce años de prisión, multa de diez a tres mil pesos y destitución del empleo o cargo e inhabilitación de dos a seis años y se atenuaba la pena de uno a seis meses sin perjuicio de las demás sanciones referidas cuando el sujeto activo devolviera lo substraído dentro de los diez días siguientes de cuando se descubriera el hecho delictuoso, lo anterior de acuerdo a los artículos 219 y 221 del mencionado Código Penal.

F. La reforma de 1983.

El antecedente de esta reforma lo tenemos desde la campaña a la Presidencia de la República por parte del licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, quien en su programa de gobierno incluyó reformas a la Constitución y a diferentes leyes como la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley de Obras Públicas, la Ley de Adquisiciones, La Ley de Bienes Nacionales, el Código Civil y desde luego el Código Penal, que como sabemos antes aplicable al Distrito Federal en delitos del fuero común y a toda la República en materia federal.

Al respecto el doctor Francisco Javier Osorno Corres, en su artículo denominado "Nuevo Marco Constitucional de Responsabilidad de los Servidores Públicos", publicado en una de las obras de Daniel Pérez Nieto, señaló que:

“La renovación moral de nuestra sociedad no solamente se presentaba como una política de la plataforma electoral o, incluso, del programa de gobierno de la nueva administración. Era el resultado de una acertada interpretación del momento histórico por el que atravesaba nuestra organización social y una adecuada respuesta que el nuevo gobierno proponía a nuestra sociedad. No se trataba de un programa moralista ni de la utopía de un dirigente que deseaba ‘hacer buena’ a su sociedad, sino de un verdadero programa de rescate de nuestras instituciones y de la legitimidad de nuestro gobierno.”²⁴

Por otra parte el doctor Luis J. Molina Piñero, en su artículo denominado “La Responsabilidad de los Servidores Públicos, algunos aspectos sociológicos, jurídicos y políticos sobre la corrupción”, publicado en una de las obras de Daniel Pérez Nieto, señaló que hablando de la reforma al Código Penal indico:

“La iniciativa tipifica como delito las conductas públicas ilícitas que ostensiblemente se han desarrollado durante el último medio siglo y que la Ley a ignorado. Establece, sobre bases coherentes, sanciones penales efectivas para prevenir y castigar dichas conductas, en consonancia con las reformas y adiciones al título cuarto constitucional en general y al artículo 111 en particular, que ha sometido a la consideración del H. Congreso de la Unión. Esta iniciativa regula siguiendo esos principios constitucionales, las penas para los delitos patrimoniales cometidos por servidores públicos de acuerdo con los

²⁴ Pérez Nieto Castro, Daniel. “Reformas Constitucionales de la Renovación Nacional”. Compilador, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 28.

beneficios económicos obtenidos o de los daños económicos causados, por su delincuencia, así como la naturaleza preventiva que debe tener una sanción económica.”²⁵

Y sigue diciendo respecto del Código Penal antes de la reforma del año 1983 que: “Las bases generales de la legislación penal vigente no consagra esos principios, lo que entre otros factores, ha propiciado la delincuencia con cargo al patrimonio del pueblo por parte de quienes deben preservarlo.”²⁶

La iniciativa de ley propuso tipificar conductas que existen en la corrupción pública pero que no habían sido consideradas por la legislación penal, creando seis nuevos delitos, desde luego, teniendo como calidad específica la de servidor público, siendo los nuevos tipos penales el de uso indebido de atribuciones y facultades, el de intimidación, el de uso ejercicio abusivo de funciones, el de tráfico de influencia, el de deslealtad y el de enriquecimiento ilícito. Asimismo adecua los tipos penales existentes, específicamente el de abuso de autoridad, cohecho y peculado, con conductas desde luego ilícitas pero que no estaban contempladas en la legislación penal federal y del Distrito Federal, antes de la mencionada reforma. En particular el delito de peculado se amplía con el uso del patrimonio nacional y de facultades y atribuciones para regular la economía a efecto de lograr el beneficio personal o la denigración o afectación de cualquier persona, así como con la distracción de los fondos públicos para usos indebidos

²⁵ Pérez Nieto Castro, Daniel. Ob. Cit. p. 61.

²⁶ Idem.

por parte de quienes los custodian, aunque no sean servidores públicos federales o del Distrito Federal.²⁷ Hubo también el caso de eliminación y reordenación de algunos tipos penales.

Cabe reiterar que el delito de peculado, con las reformas publicadas el 5 de enero de 1983, quedo de la siguiente manera:

LIBRO SEGUNDO

TÍTULO DÉCIMO. Delitos cometidos por servidores públicos.

CAPÍTULO XII. Peculado.

ARTÍCULO 223. Comete el delito de peculado:

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

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

²⁷ Pérez Nieto Castro, Daniel. Ob. Cit. p. 62.

de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona;

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

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

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

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

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

Posteriormente haremos el análisis de este artículo, sin embargo, lo hemos transcrito para conocer textualmente como quedó el tipo penal con la reforma hecha en 1983 al Código Penal Federal.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE PECULADO EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

1. Clasificación dogmática del delito de peculado.

Existe una gran diversidad de clasificaciones de la figura jurídica que nos ocupa, hechas por tratadistas conocedores del Derecho penal, nosotros haremos un análisis de la clasificación del delito, que sirve para tener los elementos necesarios al momento de realizar el análisis de un hecho que puede constituir delito. Por esto es indispensable conocer la mencionada clasificación a fin de poder determinar si el hecho es delictuoso o no. Como sabemos esta actividad es realizada por el personal de los órganos procuradores y administradores de justicia, así como por los abogados que integran el órgano de la defensa con el fin antes citado, es decir, determinar si existe delito y si le es atribuible al probable responsable y en su caso cual es la sanción prevista en la ley penal que se debe imponer al sujeto activo del delito.

Diferentes tratadistas han hecho un esfuerzo importante para comprender los elementos del delito y al delito mismo de una manera más sencilla y completa, esa es una razón por la que surge la clasificación del delito, de esta forma es más fácil su aprendizaje.

A. En función de su gravedad.

Considerando la gravedad de las infracciones, se han realizado algunas clasificaciones, de acuerdo con una división bipartita se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita cuya aparición se remonta al Siglo XVII, época de la Ilustración, habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones, se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, los actos que afecten a los derechos derivados del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de tránsito, de policía y buen gobierno, cívicos, entre otros.

Como sabemos en nuestro país no tienen aplicación estas clasificaciones que hemos visto, en nuestros códigos penales se contemplan a los delitos en general, los crímenes también son considerados en los mismos; el castigo de las faltas se regulan por ordenamientos administrativos los cuales se aplican por autoridades de ese carácter, en conclusión, prevalece la figura jurídica denominada delito.

Ahora bien el tipo de peculado previsto en el artículo 223 del Código Penal Federal, dentro de esta clasificación que se analiza, es decir, en función de su gravedad es un delito, ya que está contemplado en el ordenamiento antes señalado.

B. Según la forma de la conducta del agente.

Por la conducta del sujeto activo del delito, los delitos pueden ser de acción o de omisión, los de acción se cometen mediante un hacer, mediante un movimiento corporal, un comportamiento positivo; en éste tipo de delitos se infringe una ley prohibitiva, verbigracia el delito de robo.

En los delitos de omisión lo prohibido es una abstención, un no hacer del sujeto activo, que consiste en la falta de realizar algo que ordena la Ley, estos delitos de omisión se dividen en delitos de simple omisión, de omisión pura o de omisión propiamente dicha y de comisión por omisión, los primeros consisten en la falta de del acto o actos ordenados por la ley, sin que sea considerado el resultado material que ocasionen, ahora bien por lo que hace a los delitos llamados de comisión por omisión o también conocidos como impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente determina no actuar, lo importante aquí no es la omisión en sí, sino la no realización de la actividad que ordena la ley, por esa falta de actividad se produce el resultado material violentándose una norma preceptiva y una prohibitiva, como ejemplo de éste tenemos el caso del guardavías, no realiza el cambio de vías del tren, por tal razón chocan los trenes.

Consideramos que tanto los delitos de omisión y resultado y también como delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, prácticamente son los mismos, ya que con una omisión se produce un resultado material, independientemente de

que la ley precise la forma de comisión omisiva o no, por lo que nos adherimos al pensamiento de los autores que tan solo sostienen al delito de omisión simple y de comisión por omisión u omisión impropia, que ya ha quedado debidamente claro en que consisten.

Con relación al delito de peculado, es menester señalar que es un delito de acción ya que para su comisión se requiere de un hacer, ya que en la fracción I del artículo 223 esta contemplada el verbo “distraer”, en la fracción II el verbo “utilizar”, la fracción III el verbo “solicitar” y “realizar” y en la fracción IV aparece el verbo “distraer” y “dar”, por lo que todos los verbos mencionados son de acción, no es posible que el delito que nos ocupa se presente por una omisión.

C. Por el resultado.

Por su resultado a los delitos se les llama formales y materiales, a éstos también se les denomina delitos de resultado o materiales y a aquellos delitos de simple actividad. Con relación a los delitos formales podemos decir que son aquellos en los que se configura el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción u omisión por ejemplo la portación de arma prohibida.

Son delitos de resultado aquellos en los que para su existencia es indispensable una modificación material del mundo externo, entonces estamos en presencia de los delitos de resultado o materiales, por ejemplo el homicidio. Es importante señalar que a la concepción jurídica o formal no le interesa la distinción entre delitos formales y materiales, en ella se considera que todos los delitos tienen un resultado, ya sea jurídico o jurídico y material, sin embargo existe la aceptación de esta clasificación para diferenciar los delitos consumados con la mera actividad de aquellas que requieren de un cambio de naturaleza material. La concepción jurídica o formal considera que el resultado siempre tiene un cambio en el mundo valorativo o jurídico, aunque tal transformación pueda algunas veces, coincidir con un resultado material dando nacimiento a un delito de resultado; por ello el interés de seguir conservando esta concepción que ha sido considerada como una clasificación clásica, la cual ayuda a tener un mejor panorama y por lo tanto una mejor comprensión del delito.

Se ha dicho que no tiene razón de ser la clasificación de los delitos en formales y materiales, ya que es indiscutible que en los dos casos se trata de actos materiales en contra de intereses jurídicamente protegidos, empero los que consideran que si debe existir dan su motivo, consiste en que en los delitos de simple actividad se agota el tipo en el movimiento corporal del sujeto activo del delito, no siendo necesario un resultado externo, la actividad es necesaria en ambas formas de delitos y la diferencia radica en el resultado existente o ausente. Consideramos que se debe seguir conservando la clasificación de delitos por su resultado, ya que ayuda a entender con mayor claridad cuando el acto u omisión

delictivos ocasionan un resultado material o únicamente con el mero acto u omisión se configura el delito, en el primer caso habría delito solo si existe resultado material, incluso esta clasificación tiene una utilidad práctica, los delitos materiales admiten la tentativa ya que llevan una serie de pasos que se conoce como *iter criminis*, o el camino del crimen y los delitos formales no pueden realizarse en grado de tentativa, la simple tentativa los configura.

El delito de peculado es un delito material, ya que es necesario que se de una modificación en el mundo interno para constituirse, al desviarse los recursos del erario, utilizando los fondos públicos de forma indebida o al darle a dichos fondos un uso al que tenían destinado, con todo ello se provoca un cambio en el mundo externo.

D. Por la lesión que causan.

Esta clasificación hace referencia al efecto resentido por la víctima, o sea en razón de la afectación del bien jurídico que tutela la norma, los delitos se dividen en delitos de daño y de peligro, los de daño causan un daño real, directo, efectivo al bien jurídico protegido por la norma penal, como el delito de lesiones, el homicidio; los de peligro no causan un daño directo al bien jurídico, únicamente los ponen en peligro, hay una amenaza, existe un riesgo de dañar el bien antes citado, como por ejemplo el abandono de personas; no hay que perder de vista que el peligro es una situación en que se colocan los bienes jurídicos, teniendo como característica la posibilidad de ocasionar un daño. Cabe mencionar que en

el delito de daño el curso causal es completo, contiene el acto o conducta, el resultado y un nexo causal entre el acto y el resultado, lo que no acontece en los delitos de peligro.

Existe un punto de vista muy peculiar por parte del maestro Carrancá y Rivas, que lo citamos de manera textual para no perder detalle alguno, este autor a señalado respecto de esta clasificación que:

“Se observa, y con razón, que es imprescindible distinguir, en atención a cómo se presente la potencialidad dañosa del resultado, si el delito del caso ofrece un peligro *abstracto* o un peligro *concreto*. Y aquí me detengo para elaborar mi tesis. La referencia a delitos de lesión o resultado externo y delitos de peligro, de simple actividad o meros delitos de acción, hace suponer que éstos carecen de un resultado. Si fuera así tendríamos un problema, es decir, ¿puede haber un delito sin resultado, sea éste cual sea? Fijémonos en que el resultado es el punto final de una relación causal, lo que ni siquiera se atreve a negar el finalismo (la finalidad se basa aquí en la capacidad de voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal y con ello, como consecuencia, dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo; en otros términos, la voluntad consciente del objetivo, que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista). No hay, por lo tanto, delito sin resultado. Mi punto de vista es que en los llamados delitos de peligro hay un resultado inmediato —donde el peligro potencial de la acción se actualiza

concretándose en el mismo resultado— y un resultado mediato y abstracto, posterior, que se puede concretar o no en dicho resultado. Tómese como ejemplo el delito de abandono de personas, tipificado en el artículo 335 del Código Penal Federal. -Dice así: *Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicaran de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.* Imaginemos que el agente abandona a un niño a la intemperie. No sabe, evidentemente, qué va a suceder: si la criatura pesca una pulmonía, si lo muerde un animal, si un tercero lo secuestra (el resultado mediato es abstracto). Pero el solo hecho de abandonarlo ya es, como se ve, constitutivo de delito. O sea, hay en ello un resultado inmediato, concreto, específico. Nuestro Código, en su artículo 339, reduce al concurso ideal la posibilidad de que del abandono *resultare alguna lesión o la muerte, presumiéndose éstas como premeditadas para los efectos de aplicar las sanciones que a estos delitos correspondan;* con lo que se establece una regla ante la hipótesis de que se actualice y concrete el resultado mediato y abstracto. La unidad delictiva a que se contrae el concurso ideal salta a la vista; contrario éste al concurso real en que hay pluralidad de actos independientes. ¿Unidad delictiva? Según y conforme. Se abandona al niño y el abandono entraña un delito con su propio resultado inmediato. ¿Y si del abandono no se da ningún daño, si no hay resultado mediato, si no pasa nada? ¿No acaso reveló el agente, en la especie, una determinada carga de peligrosidad? Si por causas ajenas a su

voluntad el niño abandonado resultó ileso, ¿no se configura, aunque sea entre bruma, la tentativa? El asunto se ha resuelto ideando el delito de peligro y acogién dose, si procede, al concurso ideal. Pero queda en pie, habida cuenta de que el abandono en sí es constitutivo de delito, la posibilidad de otro delito —aunque se diga que forma parte del propio abandono, invocando la unidad delictiva— que en el caso de no darse no debería quedar en el olvido.”¹

Y sigue diciendo el mismo autor:

En síntesis, yo creo que el delito de peligro, de simple actividad o mero delito de acción, deriva en un resultado inmediato y concreto. El agente visualiza o puede visualizar otro resultado mediato y abstracto. Hay o habría, pues, dos resultados. Entiendo que se hable de la unidad delictiva, ¿pero no es verdad que en esta perspectiva aparecen dos delitos con dos resultados, a condición de que en el segundo se llegara a concretar el peligro abstracto? Por último, si admitimos la unidad delictiva tenemos que admitir que en un mismo delito caben dos resultados. Como el absurdo es evidente, para resolverlo se llegó a la conclusión de transformar el delito formal, de simple acción de conducta y con independencia de la producción del efecto buscado, en delito de peligro. Lo que pasa es que quiérase que no, y vistas así las cosas, en un mismo delito hay un resultado real e inmediato y otro virtual, potencial o mediato. ¿Qué

¹ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. “Derecho Penal Mexicano”. Vigésimo primera edición, Editorial Porrúa, México, 2001, pp. 239 F y 239 G.

hacemos si no se presenta éste, qué hacemos si se presenta? Las soluciones ofrecidas hasta ahora carecen, a mi juicio, de una lógica impecable. La duda que asalta a uno es la de llevar tales planteamientos al terreno de la realidad. Y, luego, hacer justicia. Si yo fuera juez y en tratándose de un delito de peligro no acaecería el resultado mediato, virtual o potencial, ateniéndome a la legislación penal vigente recurriría a una agravante para imponer, con base en el arbitrio judicial, la pena máxima. Pero reconozco que ésta sería una solución a medias, de acuerdo con la ley que no es ni con mucho perfecta. La solución teórica se podría hallar, por lo menos en principio, admitiendo que en el delito llamado de peligro hay, como queda dicho, dos resultados: uno inmediato y real, concreto, y el otro mediato o virtual, potencial, abstracto. Y si no se da éste, como también ya quedó dicho, se deberían desligar ambas entidades correspondiendo la segunda a una tentativa punible. En caso contrario, es decir, si se da el resultado mediato o virtual, potencial, perdiendo su condición de peligro abstracto y volviéndose algo concreto (digamos que al niño lo muerda y lesione un perro), yo propondría atenerse a la tan pregonada unidad delictiva y recurrir al artículo 339 del Código Penal Federal que tipifica el concurso ideal. ¿Por qué me he acogido en la especie a la tentativa punible? Porque en el ejemplo propuesto de quien abandona al niño no tengo la menor duda de que en tal acción hubo dos tiempos: uno consistente en el abandono en sí pero que entraña de manera fatal e indisoluble (y aquí aparece el otro) *hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, que no se consuma por*

causas ajenas a la voluntad del agente (me gusta esta definición, por clara y lógica, contenida en el artículo 12 del texto original del Código Penal de 1931.²

La propuesta teórica como se puede observar de lo dicho por el maestro Carrancá y Rivas se traduce en que para él existen dos resultados, uno inmediato y real, concreto y el otro mediato, virtual, potencial, abstracto -ya otros autores clasifican a los delitos de peligro en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto- y propugna que si no se da el segundo, se deberían desligar ambas entidades y considerarse esta última como tentativa, si se dieran ambas hipótesis propone atenerse a la unidad delictiva y atenerse al concurso ideal, indica que se inclina por la tentativa punible por la potencialidad de riesgo del bien jurídicamente tutelado; consideramos que respecto del criterio planteado, se puede decir que si no se ocasionó resultado material no tiene por que sancionarse dicha potencialidad de peligro a que se expone el bien jurídicamente tutelado, ya la ley prevé una punibilidad por la sola puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado y en caso de que se concretara el peligro abstracto, se sancionaría al agente por el delito que ocurriera, como concurso ideal siempre y cuando tuviera relación con la conducta típica del delito de peligro de que se trate.

En síntesis podemos decir que los delitos de lesión tienen como consecuencia la disminución del bien jurídico tutelado por la ley penal, los de peligro solo ponen en

² Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Ob. Cit. pp. 239 G y 239 H.

riesgo dicho bien, como ejemplos del primero tenemos el homicidio, el robo, el fraude y con relación al segundo, la portación de arma prohibida.

El delito de peculado es un delito de lesión, ya que se causa un daño real y material al patrimonio del Estado, existe un menoscabo al erario.

E. Por su duración.

Los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes. El Código Penal Federal fue reformado mediante decreto publicado el 13 de enero de 1984, por lo que ahora en el artículo 7 del mencionado ordenamiento, solo contempla tres de estas formas con relación a la duración del delito, siendo instantáneo, permanente o continuo y continuado. En el instantáneo la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción integrada de varios actos o movimientos, para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con la misma se consuma el delito sin que importe que al mismo momento, esa acción se descomponga en actividades múltiples, el momento consumativo expresado en la ley es el elemento indispensable del delito instantáneo. Existe una acción y lesión jurídica, el evento consumativo típico se produce en un solo instante, como en el homicidio y el robo.³

³ Castellanos Tena, Fernando. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”. Trigésima cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 138.

El Código Penal Federal en la fracción I de su artículo 7° señala: "Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos."

Por lo anterior podemos decir que el delito instantáneo se consume en un momento, no importando el número de actos que se hayan realizado por parte del agente del delito para cumplir su cometido. Existen dos criterios para identificar esta clasificación uno que atiende la consumación del delito y otro que se refiere a la destrucción del bien jurídico, los dos son aceptados en la doctrina penal.

Por lo que hace al delito continuado con efectos permanentes podemos decir que es aquél cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. En el homicidio, por ejemplo, se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta, perdura para siempre.

Esta especie de la clasificación que se estudia, no es considerada por la mayoría de los tratadistas, nuestro Código Penal Federal tampoco contempla al delito con efectos permanentes, no así las otras tres especies, es decir, el delito instantáneo, el delito continuado y el delito continuo o permanente.

Ahora bien, por lo que hace al delito continuado, éste está constituido por más de una acción, cada una de ellas separadas pero tiene un objetivo único y producen

una sola lesión jurídica, el ejemplo más común que ponen algunos tratadistas es el caso del sujeto que decide robar veinte botellas de vino, pero para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta. Cada acto reúne las características de un delito consumado o intentado, se califican globalmente constituyendo un solo delito.

El Código Penal Federal prevé, como ya hemos señalado, al delito continuado en su fracción II de su artículo 7, el cual dice a la letra: "Continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."

Como ya hemos visto en el delito continuado la idea del sujeto activo del delito es afectar un solo bien jurídico tutelado, pero que para lograrlo debe realizar dos o más actos de igual naturaleza.

Siguiendo con la clasificación de los delitos por su duración, ahora analizaremos el delito permanente o continuo.

Claus Roxin señala que:

Delitos permanentes son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo por ejemplo un delito permanente el allanamiento de morada con la

intromisión del autor ya se da un hecho consumado, pero dura tanto tiempo como el sujeto se mantiene dentro del ámbito protegido.⁴

El delito permanente o continuo tiene la característica esencial que su consumación se alarga en el tiempo y durante todo ese momento se lesiona el bien jurídicamente tutelado, el delito se mantiene por la voluntad del agente por lo que existe un período de consumación, excepcionalmente el delito concluye por alguna otra causa ajena al autor del delito, como por ejemplo la intervención de la policía para liberar al secuestrado o que este pudiera escapar de la casa de seguridad por descuido del agente que cuida a la propia víctima.

Actualmente el Código Penal Federal en artículo 7, fracción III respecto del permanente o continuo, menciona que “existe cuando la consumación se prolonga, en el tiempo”.

El delito de peculado es instantáneo ya que se agota en el mismo instante en que se han realizado sus elementos constitutivos, la consumación se agota en un solo instante, ahora bien, el delito de peculado también podría ser continuado, únicamente en el caso que en la conciencia del agente existiera unidad de propósito, es decir, sea continuo en la conciencia y desde luego sea discontinuo en la ejecución, por ejemplo aquél servidor público cuya finalidad es desviar una partida del presupuesto anual de la dependencia que el administra, pero para no

⁴ Roxin Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, Traducción al Español de la 2ª edición Alemana, Editorial Civitas, S. A.

ser descubierto, con actos de la misma naturaleza, logra distraer la totalidad de los recursos de dicha partida. Prácticamente, la forma de ejecución sería la determinante para que el delito de peculado sea instantáneo o continuado. Nuestra posición ya ha sido adoptada por el Poder Judicial de la Federación como se acredita con el criterio siguiente:

Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXXV
Página: 298

PECULADO, DELITO DE. El delito de peculado es, por regla general, un delito instantáneo, o sea, queda consumado al verificarse los hechos que lo constituyen, y sólo por excepción, en el evento de que aparezca manifiesta la unidad de concepción, el deliberado propósito de perpetrar el acto delictuoso en todas las ocasiones favorables que se presenten, podrá decirse que hay la persistencia en la acción u omisión, que es lo que constituye el delito continuo.

Amparo penal directo 3686/31. Malvido Becker Ernesto. 12 de mayo de 1932. Mayoría de votos. Disidente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente.

F. En relación al tipo subjetivo o intención del sujeto activo.

Con base en el tipo subjetivo o intención del sujeto activo los delitos se clasifican en dolosos y culposos, algunos autores agregan los denominados preterintencionales.

El delito es doloso cuando se dirige la voluntad a la realización del hecho que constituye delito. En la culpa no se quiere el resultado, pero se da por obrar sin cuidado y precauciones exigidas por la ley. Es preterintencional cuando el resultado que se da va más allá del que pretendía el sujeto activo.

Mientras que para los delitos dolosos es necesaria la voluntad del sujeto activo del delito, para realizar el tipo objetivo conociendo todas sus características, por otra parte, en el delito culposo, por el contrario, no considera para su realización la voluntad o intención del sujeto activo de cometer el tipo penal, sino solamente contempla la desatención del deber de cuidado necesario para no infringir la ley penal; por lo mismo el hecho culposo y punible es el que causa un resultado típico lesionando un deber objetivo de cuidado, pudiendo mediar el nexo de causalidad entre el resultado y la acción u omisión que desatendió el cuidado exigido para evitar el resultado.⁵

El Código Penal Federal en su artículo 8 señala que:

⁵ Díaz de León, Marco Antonio. "Código Penal Federal con Comentarios". Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 15.

“Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.”

Asimismo, el artículo 9 del mismo ordenamiento dice a la letra que:

“Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”

Como ya hemos visto en el caso del delito doloso, el sujeto activo del delito de forma voluntaria realiza la conducta para que se dé el resultado típico, en el delito culposo la voluntad no existe, más bien es una falta de precaución, de cuidado, es un actuar negligente o por falta de pericia, teniéndose como consecuencia un resultado típico; por otra parte en el delito preterintencional la conducta del agente provoca un resultado más severo del que se propuso.

En el caso del delito de peculado, éste es necesariamente un delito doloso, ya que es menester que el agente actúe voluntariamente, con la intención de realizar la

conducta y producir el resultado típico. Como ya se vio en el capítulo anterior en legislaciones de otros países si esta previsto el delito de peculado culposo.

G. En función a su estructura.

En función de su estructura los delitos se clasifican en simples y complejos, son simples cuando la conducta del agente únicamente causa una lesión jurídica, y son complejos cuando la conducta del agente causa dos o más lesiones jurídicas. Los delitos simples protegen sólo un bien jurídico y los compuestos varios.

Ya vimos que los delitos simples son aquellos que protegen solamente un bien jurídico tutelado, como ejemplo tenemos el delito de homicidio, previsto en el Código Penal Federal en su artículo 302, que únicamente tutela la vida, por otra parte el delito complejo protege a dos o más bienes jurídicamente tutelados, el ejemplo más usual que los tratadistas suelen dar es el delito de robo a casa habitación previsto en el artículo 381 bis del mencionado ordenamiento. Ahora bien, en el caso del delito de peculado, éste es un delito simple ya que solamente tutela un bien jurídico que en este caso es el patrimonio del Estado, el erario público.

H. Con relación al número de actos.

Por el número de actos los delitos se dividen en unisubjetivos y plurisubjetivos, en el caso de los primeros son aquellos en los que es necesario un solo acto para cometer un delito y en el caso de los últimos es menester que concurran dos o más actos en la realización del ilícito.⁶ Es importante señalar que el número de actos integrantes debe entenderse que es de acuerdo al número de actos descritos en el tipo penal, o sea, la propia ley es la que indica si el delito se integra por uno o por varios actos, en esa medida el delito será unisubsistente o plurisubsistente.

Francisco Pavón Vasconcelos respecto de esta clasificación que analizamos indica:

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. el acto dispositivo en el abuso de confianza integra la acción por ser tal delito de acto único; en el homicidio se puede privar de la vida mediante varios actos, pero también de un solo acto. Si la acción se agota mediante un solo movimiento corporal el delito es unisubsistente; si la acción permite su fraccionamiento en varios actos el delito será plurisubsistente.⁷

⁶ López Betancourt, Eduardo. "Teoría del Delito", Primera edición, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 283.

⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano", Decima cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

En el caso del delito de peculado, éste es un delito unisubsistente ya que el artículo 223 del Código Penal Federal únicamente prevé un solo acto para su realización.

I. Con relación al número de sujetos.

Con relación al número de sujetos los delitos son unisubjetivos y plurisubjetivos, en el primer caso cuando el tipo se integra con la participación de un solo sujeto y en el segundo cuando el tipo penal requiere de dos o más sujetos.

En los delitos unisubjetivos el tipo requiere de la participación de un solo sujeto en el hecho ilícito y en el delito plurisubjetivo el tipo penal requiere de la participación de dos o más sujetos en el hecho ilícito. Como ejemplo del delito plurisubjetivo tenemos el tipo penal del adulterio vigente en algunas legislaciones estatales, que para su comisión requiere necesariamente de dos personas.

El delito de peculado es unisubjetivo ya que el tipo penal previsto en el artículo 223 del Código Penal Federal, únicamente requiere de la participación de un solo sujeto para que se colme el tipo.

J. Por su forma de persecución.

Por su forma de persecución los delitos se clasifican de oficio y de querrela. Los delitos conocidos de oficio debe haber un denuncia hecha por cualquier persona,

por lo que se traduce que la autoridad esta obligada a actuar, de acuerdo al ordenamiento legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos, en este tipo de delitos no surte efecto el perdón del ofendido, lo que si sucede en los de querrela necesaria. Ahora bien los delitos de querrela son aquellos en los cuales solo la persona que ha sido agraviada u ofendida, que regularmente es la victima u el ofendido, puede hacer del conocimiento a la autoridad estatal, para que ésta inicie la investigación a efecto de que en el momento oportuno se castigue al responsable del ilícito por haberse cometido un delito en su contra, aquí si opera el perdón de la victima o el ofendido.

En el caso del delito de peculado, éste es perseguible por oficio, es decir, cualquier persona puede hacer del conocimiento de la autoridad los hechos ilícitos y la autoridad le deberá dar el seguimiento hasta su total conclusión.

K. En función de su materia.

En función de su materia, los delitos se clasifican en comunes, federales y militares. En los delitos comunes son aquellos que se realizan en una determinada circunscripción territorial, verbigracia en una entidad federativa. Los delitos federales son los que tienen validez en toda la República Mexicana y de los cuales conocerán únicamente los jueces federales. Los delitos militares, se

refieren a los delitos que cometen en el fuero militar, solamente son aplicables a los militares.

En el caso del delito de peculado que analizamos es un delito federal ya que esta previsto en el Código Penal Federal, que tiene validez en toda la República Mexicana y será conocido en averiguación previa por el Ministerio Público Federal y en el proceso penal por un Juez Federal. No obstante lo anterior, el delito de peculado también puede ser común ya que esta previsto también en los códigos penales de las entidades federativas.

Existe otra clasificación denominada legal, que es la que hace el Código Penal Federal, cuyo objetivo fue hacer la división de los delitos teniendo en consideración el bien o el interés que la norma penal protege. El maestro Luis Fernández Doblado acota en este sentido que el Código Penal Federal, en algunas ocasiones se aparta del criterio seguido de la clasificación de los delitos en orden al bien o interés jurídico tutelado como ejemplo pone, entre otros a los delitos cometidos por servidores públicos en donde se atiende al sujeto activo de la infracción.⁸

⁸ Fernández Doblado, Luis. Revista Criminalia, Año XXII, Núm. 11, p. 810, Citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p. 146.

2. Análisis de las diversas hipótesis del artículo 223 del Código Penal Federal.

El artículo 223 del Código Penal Federal prevé varias hipótesis al señalar que: “Comete el delito de peculado” y luego en sus cuatro fracciones indica el supuesto legal.

A. Primer supuesto del delito de peculado.

Con relación a la primera fracción tenemos que dice a la letra:

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

Hay reiterar que el artículo 212 del propio Código Penal Federal, nos indica quienes son servidores públicos al señalar:

“Para los efectos de este título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión,

o en los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente título, son aplicables a los gobernadores de los Estados, a los diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los tribunales de justicia locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal."

Una vez, teniendo identificado la calidad de sujeto activo, es decir, a quienes se encuentran en el supuesto previsto en el artículo antes citado, es importante precisar el objeto o fin a que estén destinados los bienes.

El objeto a que estén destinados los bienes lo determina alguna ley por citar algunas, la Ley de Presupuesto y Gasto Público Federal, la Ley de Egresos de la Federación, también se prevé por leyes especiales, decretos legislativos, acuerdos presidenciales o de los Secretarios de Estado, en instructivos, manuales, Circulares, etcétera; está situación debe considerarse ya que debe quedar debidamente establecido cual era el objeto o fin de los bienes a que se refiere el artículo 223 del Código Penal Federal.

Distraer para usos propios o ajenos se entiende, desviar de su finalidad a la que estaban destinados los bienes del Estado adueñándose de los mismos, actuando como si fuera su propietario, sea para apropiárselos o sea para disiparlos en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona.

Existen criterios jurídicos en ese sentido:

Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: CXXXI
Página: 162

PECULADO, CONCEPTO JURÍDICO DE "DISTRAR" EN EL DELITO DE. Debe considerarse a un acusado, autor del delito de peculado, si cambia la finalidad jurídica de las sumas confiadas a su cuidado y que están dentro de su esfera material a virtud del empleo que desempeña; pues por "distraer", debe entenderse cambiar la finalidad jurídica del bien confiado.

Amparo directo 1348/51. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 23 de enero de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez Sánchez.

Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XC
Página: 2048

PECULADO, DELITO DE. La ilicitud y responsabilidad consiguiente del peculado, no dependen de la bondad o maldad del fin para el cual se efectuó la sustracción, sino de la libre y espontánea voluntad con que el agente activo del delito, dispuso para usos propios o ajenos, de los fondos del Estado.

Amparo penal directo 6100/44. Tovar León Antonio. 25 de noviembre de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Los bienes objeto del delito los hubiera recibido el sujeto activo en administración o en depósito "o por otra causa", ésta última palabra se refiere a que por alguna otra razón se haya entregado los bienes, por lo que tendría que analizarse en cada caso en particular para determinar si el acto o hecho encuadra en el tipo, o

sea, si es aplicable la frase "o por otra causa". Dichos bienes deben ser recibidos con motivo de sus funciones ya que así lo señala el tipo penal al referir "por razón de su encargo", como ejemplo de lo anterior tenemos el criterio judicial siguiente:

Séptima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 175-180 Sexta Parte

Página: 146

PECULADO, DELITO DE. INTERPRETACION AL ARTICULO 220 DEL CODIGO PENAL FEDERAL QUE LO TIPIFICA. Al indicar el artículo 220 del Código Penal Federal que el sujeto activo del delito por él previsto ha de recibir el objeto del mismo por razón de su cargo, exige que entre sus facultades y obligaciones se encuentre precisamente esa recepción, y no basta que por la confianza que da el que desempeñe sus labores en una determinada área del servicio público, pero sin ser una de sus funciones específicas, le sea entregada la cosa, debiendo entenderse la parte final del precepto legal citado, en donde se alude a "o por otra causa", en el sentido de que la finalidad para la cual se recibe puede ser diversa a la administración o el depósito que ahí se mencionan, mas no en el de que la susodicha recepción puede deberse a un motivo distinto del cargo desempeñado por el agente, pues ese requisito es indispensable para la configuración del delito de peculado.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL SÉPTIMO CIRCUITO

Amparo en revisión 2549/82. Luz del Carmen Gil Arias. 11 de agosto de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Uribe García.

Ahora bien, aunque ya en el punto 1 del Capítulo I del presente trabajo, señalamos los bienes susceptibles de distracción en el delito que nos ocupa, consideramos

importante citar a Marco Antonio Díaz de León que profundiza al respecto al señalar que:

“El elemento normativo ‘dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular’, alude al objeto en el cual recae la acción de distraer, para usos propios o ajenos, de parte del servidor público, como ya indicamos, dinero es el numerario que puede ser en moneda nacional o extranjera, por que no la determina el tipo; los valores pueden ser títulos de crédito o todo aquello que sea cobrable o que tenga un valor intrínseco y liquidable en sí mismo podrían ser objetos como metales preciosos, joyas, etc.; el agregado cualquier otra cosa, como su nombre indica, mencionas (sic) a todo bien que puede distraerse para usos propios o ajenos por parte del agente.”⁹

En el supuesto que se analiza específicamente respecto a las cosas que se distraen de su objeto sería suficiente señalar “cualquier bien” y no la relación que se hace en el propio tipo penal de peculado.

Los bienes pueden pertenecer al Estado, organismo descentralizado o incluso a un particular, ya hemos citado algunos ejemplos en el capítulo que antecede, de los organismos que pueden resentir el daño.

⁹ Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 381.

Los siguientes criterios judiciales, nos amplían el panorama respecto de esta fracción:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Febrero de 1998

Tesis: I.2o.P.23 P

Página: 524

PECULADO, DELITO DE. SE INTEGRA CUANDO EL SERVIDOR PÚBLICO DISTRAE DE SU OBJETO BIENES SOBRE LOS CUALES EL ESTADO EJERCE UN PRINCIPIO DE DOMINIO Y DE ADMINISTRACIÓN. Es inexacto que el delito de peculado, previsto y sancionado en el artículo 223, fracción I, del Código Penal Federal, no incluya a los servidores públicos que distraigan de su objeto, dinero o bienes que provengan de particulares a quienes les fueron asegurados en virtud de la investigación de un delito, integrando el respectivo proceso penal, aunque no formen parte de la partida presupuestal asignada a la Procuraduría General de la República o de otra dependencia del Estado, porque desde el momento en que esos bienes quedan a disposición de dicha institución, es el Estado mexicano quien los retiene bajo su custodia directa y, en su caso, los administra a través de la Dirección General de Control de Bienes Asegurados, dependiente de la propia procuraduría y, por ende, ejerce sobre los mismos un principio de dominio y de administración, pues en su oportunidad deberá responder rindiendo cuentas a la autoridad competente o, en su defecto, al particular interesado que los reclame, para el caso de devolución.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 174/97. María Dolores Asunción Mota Rubio. 30 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Ariel Oliva Pérez, secretario de Tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Ricardo Paredes Calderón.

Amparo en revisión 106/96. Mario Salvador Ruiz Massieu.
31 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente:
Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretario: Ariel Oliva
Pérez.

También los siguientes criterios judiciales, nos amplían el panorama respecto de la fracción que se analiza:

Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XC
Página: 2048

PECULADO, DELITO DE. La ilicitud y responsabilidad consiguiente del peculado, no dependen de la bondad o maldad del fin para el cual se efectuó la sustracción, sino de la libre y espontánea voluntad con que el agente activo del delito, dispuso para usos propios o ajenos, de los fondos del Estado.

Amparo penal directo 6100/44. Tovar León Antonio. 25 de noviembre de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XLI
Página: 1739

PECULADO, CASO EN QUE ALGUNOS DELITOS DEBEN CONSIDERARSE COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE. Eugenio Florián, en su obra "Parte General del Derecho Penal", sostiene que un hecho que de por sí constituye delito, puede perder su autonomía para convertirse en elemento esencial o en circunstancia agravante de otro delito, y entonces existe la

conexión jurídica; que cuando un delito se comete para realizar otro, esto es, cuando existe entre ellos la relación de medio a fin, se tiene la conexión real o ideológica; y que es ontológica, o según otros, material, cuando un delito sirvió de medio a otro y facilitó su realización, sin que entre ellos exista relación de medio a fin. En los casos de conexión real han existido dos tendencias, según el propio autor: una, adoptando el criterio del predominio de uno de los delitos que era único, y, al efecto, se tomaba el más grave que absorbía a los demás; y la otra, consistente en que la pena debe imponerse, no en consideración del fin que se propuso alcanzar el delincuente, o sea, el delito más grave, sino de la ofensa que se ha inferido a la ley; y esta última tendencia parece más de acuerdo con el espíritu general del Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales, que atiende a la peligrosidad del reo, la cual se manifiesta gradualmente mayor, cuantos más obstáculos logra vencer, o cuando son múltiples los medios delictuosos que se emplean para cometer el delito principal, lo cual lleva a la consecuencia de que la pena que debe aplicarse, tiene también que ser proporcional a esa peligrosidad creciente. Ahora bien, si se comete el delito de peculado y para ello se falsificaron documentos y sellos, se hizo uso de documentos falsos, uso indebido de sellos, uso de documentos falsos, a sabiendas de que lo son, y se cometió cohecho, existe entre dichos delitos conexión ideológica o real, supuesto que se halla en relación de medio a fin; pero no puede afirmarse que exista en todos ellos conexión jurídica respecto del peculado, según la cual, aquéllos vendrán a ser elementos constitutivos o circunstancias agravantes del peculado y quedarán absorbidos completamente por éste; y tal conexión solamente se observa en cuanto a los delitos de uso de documentos falsos, a sabiendas de que lo son, y uso indebido, de sellos; delitos que sí deben considerarse como elementos constitutivos del peculado, ya que fueron elementos necesarios para su consumación.

Amparo penal en revisión 613/34. Benavides Carlos J. 5 de julio de 1934. Mayoría de tres votos por lo que respecta al delito de peculado; por mayoría de cuatro votos por lo que se refiere a los delitos de falsificación de documentos públicos y privados y falsificación de sellos. Disidentes: Enrique Osorno Aguilar y Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Ahora bien con relación a los elementos que deben constituirse en la hipótesis prevista en la fracción I del artículo 223 del Código Penal Federal son los siguientes:

1. Que quien cometa el delito sea servidor público.
2. Que el agente distraiga de su objeto para usos propios o ajenos.
3. El elemento normativo sea dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa.
4. Dichos bienes deben ser recibidos con motivo de sus funciones ya que así lo señala el tipo penal al referir “por razón de su cargo”.
5. Que los bienes que se distraigan sean propiedad del Estado, organismo descentralizado o de un particular.

El primer Tribunal Colegiado del Sexto circuito también señala los elementos del delito de peculado.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XV-II Febrero

Tesis: VI.1o.119 P

Página: 438

PECULADO, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE. De acuerdo al contenido del artículo 223, fracción I del Código Penal Federal, los elementos constitutivos del delito de peculado son los siguientes: a). Que el sujeto activo tenga el carácter de servidor público; b). La distracción de su objeto para uso propio o ajeno, es decir de otro, del dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular; y, c). Que por razón de su cargo los hubiera recibido en administración, depósito o por otra causa. Consecuentemente si no se demuestra la distracción de su objeto de lo recibido por el sujeto

activo, para uso propio o ajeno, es indudable que no se tipifica el cuerpo de dicho ilícito.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 380/88. Julio César Calzada López. 6 de diciembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra.

B. Segundo supuesto del delito de peculado.

Por lo que hace a la segunda hipótesis prevista en la fracción II del artículo 223 del Código Penal Federal, tenemos que dice a la letra:

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

En esta hipótesis también requiere la calidad de sujeto activo, que en este caso es la de servidor público y además que utilice fondos públicos de manera indebida, la palabra indebido de acuerdo al diccionario Pequeño Larousse Ilustrado significa: ilícito, prohibido, que no se debe hacer, por lo que la conducta del agente tendría que contravenir cualquier disposición jurídica prevista desde luego en algún instrumento legal, al utilizar cantidades de dinero, valores o cualquier bien del erario. Existe otra hipótesis dentro de la fracción que se analiza, que es en el caso

de que el agente, con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona realice cualquiera de los actos contemplados en el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades y que de acuerdo al artículo 217 del Código Penal Federal son los siguientes:

A) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación;

B) Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico;

C) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la administración pública federal, y del Distrito Federal; y

D) Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos;

II. Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hacemos referencia en los incisos anteriores o sea parte en las mismas; y

III. El servidor público que teniendo a su cargo fondos públicos, les dé a sabiendas, una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal.

En cuanto al término promover, Raúl Carrancá y Rivas explica:

“Promover del latín *promovere*, equivale aquí a iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro. ¿Cómo se la inicia o adelanta en el caso? Haciendo todo lo necesario o idóneo para resaltar la imagen política o social de que se trata (por ejemplo, a través de la televisión, prensa, la radio, etc.) por supuesto indebidamente, o sea, sin causa justificada; lo que entraña una conducta contraria a Derecho.”¹⁰

Por lo que hace a la frase “cualquier persona”, el mismo autor señala:

“‘Denigrar a cualquier persona’ es un concepto que no encaja, en realidad, dentro del peculado. Denigrar, del lat. *denigrare*, significa poner negro, manchar. Es deslustrar, ofender la opinión de o fama de una persona. Equivale a injuriar, agraviar, ultrajar. En consecuencia, y aparte del tipo a

¹⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. “Código Penal Anotado”. Vigésimo primera edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 599.

que se contrae la fracción II que se comenta, procede invocar el delito de injurias tanto como los de difamación y calumnias, recurriendo a las reglas del concurso ideal o formal.”¹¹

Analizando detenidamente la fracción II del artículo 223 del Código Penal Federal, nos podemos percatar que estas hipótesis, es decir utilizar fondos públicos o bien otorgar alguno de los actos a que se refiera el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, son totalmente innecesarias por quedar comprendidas dentro del concepto genérico de la fracción I del artículo 223 del mencionado ordenamiento.

Ahora bien, estas conductas deben llevarse a cabo como la ley lo señala, con el objeto de promover la imagen pública o social de la propia persona del agente, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona, finalidades que no importan en la estructura del delito de peculado.

Los elementos constitutivos de este artículo son los siguientes:

1. Que quien cometa el delito sea servidor público.
2. Utilizar fondos públicos de manera indebida u otorgue alguno de los actos previstos por el artículo 217 del Código Penal Federal con el objeto de promover la

¹¹ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Ob. Cit., pp. 559 y 600.

imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

3. El elemento normativo es cualquier bien perteneciente al Estado.

C. Tercer supuesto del delito de peculado.

Por lo que hace a la fracción tercera, el artículo 223 del Código Penal Federal señala:

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

Este supuesto es parecido al de la fracción II del artículo 223 del Código Penal Federal, la diferencia, es que la comisión del delito la puede realizar cualquier persona, o sea, la calidad de servidor público. Los actos que se describen en el tipo penal son actos que conllevan responsabilidad penal a título de participación en el delito señalado, por lo que como ya comentamos la fracción III es totalmente innecesaria.

Los elementos de la hipótesis que se analiza son:

1. El sujeto activo puede ser cualquier persona.

2. Que acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción II del artículo 223 del Código Penal Federal.
3. Que los actos realizados sean a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades.

D. Cuarto supuesto del delito de peculado.

Por lo que hace a la hipótesis prevista en la fracción IV del artículo 223 del Código Penal Federal, esta dice a la letra:

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

Con relación a esta hipótesis podemos decir que a diferencia de la fracción I del artículo que se analiza, el sujeto activo del delito es cualquier persona, pero con la condicionante de que este obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, en este sentido consideramos que quien tuviera en administración o aplique recursos públicos federales es servidor público de acuerdo al propio artículo 212 del Código Penal Federal, por lo que únicamente podrían darse muy pocos casos, un ejemplo de esta conducta podría ser la comisión del delito por vigilantes de empresas privadas que sin desde luego ser

servidores públicos custodian los recursos económicos del Estado, aún en estos caso se tendría que analizar a detalle el caso concreto. Ahora bien, la conducta es distraerlos de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó, lo cual ya ha sido analizado en la hipótesis prevista en la fracción I del artículo 223 del Código Penal Federal.

Los elementos que deben constituirse en la hipótesis prevista en la fracción IV del artículo 223 del Código Penal Federal son los siguientes:

1. Quien cometa el delito sea cualquier persona.
2. Que este obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales.
3. Que el agente distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.
4. El objeto materia del delito es: los recursos públicos federales.

E. Punibilidad en el delito de peculado.

El artículo 223 prevé la punibilidad al señalar que:

“Al que cometa el delito de peculado se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el

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

“Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”

CAPÍTULO III

EL DELITO DE PECULADO EN LAS CORRIENTES CAUSALISTA Y FINALISTA

1. La acción.

La teoría del delito ha ido evolucionado de manera significativa, la han ido perfeccionado los grandes pensadores del Derecho penal, su concepción es distinta según la corriente doctrinal con la que haya sido estudiada.

El doctor Gustavo Malo Camacho nos da una noción de la figura que comentamos al señalar que: “La teoría del delito es aquella parte de la ciencia del derecho penal que explica el concepto y contenido del delito, a partir de las características que lo integran.”¹

El maestro Celestino Porte Petit Candaudap hace referencia a la teoría del delito con relación a los delitos en particular que:

“...El estudio de los delitos en especial, debe efectuarse aplicándose la teoría del delito a cada delito en particular. Pues aquella no puede vivir aislada, sino en función de cada tipo, pues 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

¹ Malo Camacho, Gustavo, “Derecho Penal Mexicano”, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México 2001, p. 239

elementos constitutivos y en todo lo concerniente a ellos, así como en su particular aspecto negativo y en sus formas de aparición, obtenemos una integral visión del delito, una total imagen de la figura delictiva en particular sin correr el riesgo de una contemplación fragmentada, desarticulada y personal.”²

Es pertinente decir que la teoría del delito mantiene los mismos elementos, conducta, tipo, antijuridicidad y culpabilidad, en las diferentes corrientes: teoría clásica, neoclásica y finalista, lo único que sucede es que se separan y se les ubica en posiciones diferentes a modo de que estén estructurados de una forma más lógica, en consecuencia que sea más funcional, de esta manera otorga mayor certidumbre jurídica.

Se han utilizado diferentes denominaciones cuando se hace referencia a este elemento del delito, por citar algunos ejemplos, el maestro Fernando Castellanos Tena prefiere el término conducta, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos prefiere hecho y conducta, el maestro Luis Jiménez de Asúa prefiere acción y acto, el doctor Carlos Juan Manuel Daza Gómez utiliza la palabra acción, el maestro Gustavo Malo Camacho utilizaba la palabra conducta y en algunas ocasiones hecho, el maestro Celestino Porte Petit denomina a este elemento del delito conducta o hecho, el doctor Miguel Angel Mancera emplea la palabra acción, el doctor Eduardo López Betancourt lo denomina conducta, el maestro Raúl Carranca y Trujillo acción y conducta.

² Porte Petit Candaudap, Celestino, “Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal”, Décima edición, México 1994, p VIII

A. La acción en el causalismo naturalista.

Hay que recordar que el sistema clásico nació gracias a las ideas de dos pensadores, Franz Von Litz y Ernst Beling.

En 1881 Litz publica su "Tratado de Derecho Penal", sus estudios los realizó basándose en el Código Penal Alemán y con apoyo en la filosofía del positivismo naturalista y también, se dice que en el estudio realizado por Binding; lo hace con un método hecho a través de clasificaciones y otros presupuestos de la pena construyendo el concepto de acción, con la característica de que solamente los actos del hombre son punibles, en tiempos antiguos se sancionaba a los animales, pero en la época a la que nos referimos ya no sucedía ello. Posteriormente Beling con su obra publicada en 1906, aporta sus estudios completando la corriente causalista naturalista. Existe otro maestro que de alguna manera contribuyó con esta corriente, aportando algunas ideas, aunque muchos autores que tratan el tema no lo mencionan, nos referimos a Gustav Radbruch, en 1904 escribió su obra titulada "Sobre el Concepto de Acción y su Importancia en el Derecho Penal", señaló que el concepto de acción contiene elementos objetivos y que la voluntad, único aspecto subjetivo, sólo tiene la característica de ser factor causante.³

³ Medina Peñaloza, Sergio Javier, "Teoría del Delito", Editorial Ángel Editor, Primera Edición, México 2001, p. 59

La acción es entendida en esta corriente como ya se dijo un mero proceso causal, no tiene contenido, esta constituida por la acción en estricto sentido, un resultado en el mundo exterior y un nexo causal, se habla de voluntariedad del sujeto, es decir, la acción no contiene una voluntad por parte del agente dirigida a un fin, simplemente se tiene la voluntad como factor causal de la realización de la acción, sin importar si el autor lo ha querido o lo ha podido también prever, el contenido de la voluntad es analizada en otro elemento del delito denominado culpabilidad, no interesa su ubicación en el elemento acción. En este elemento, los autores citados, principalmente Franz Von Litz, intentaron trasladar en toda su pureza lo natural a lo normativo.

La acción se integra de tres elementos:

- a) Causa, movimiento corporal voluntario,
- b) Resultado, cambio en el mundo exterior,
- c) La relación de causalidad entre el movimiento corporal voluntario y el resultado.

La voluntad constituye un componente esencial de la acción y esa voluntad para Litz, se escinde en dos partes:

- a) Objetiva: manifestación de la voluntad,
- b) Subjetiva: contenido de la voluntad,

La única parte que se requiere para decir que hay una acción es la parte objetiva, la subjetiva no es necesaria para señalar la existencia de una acción, se analiza en el elemento culpabilidad. Como ya señalamos con anterioridad, la voluntad es causante del resultado, pero no interesa que es lo que quiso hacer, por lo que el contenido de la voluntad se traslada a la culpabilidad, para saber que pretendió hacer el agente, si hay dolo o hay culpa.

Es importante comentar que en la integración se dan dos relaciones, la primera se da entre la voluntad y el movimiento corporal y la segunda se da entre el movimiento corporal y el cambio en el mundo exterior.

Para constatar la existencia del acto se consideró necesario estudiar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, para resolver esta situación fue creada la teoría de la equivalencia de las condiciones, en el año de 1860 por Von Buri, la cual considera que todas las condiciones tienen el mismo valor, es decir, algunas no son más o menos importantes que otras, consideraba que el acto voluntario es causal del resultado si suprimida una condición *in mente* desaparecería el resultado. Existe una cadena de circunstancias, pensemos que cada eslabón es una circunstancia, si se quita un eslabón de la cadena y no se da el resultado luego entonces la conducta no provocó el resultado. La relación causal aparece en el centro de dicha concepción.

El problema del concepto de acción que tratamos es saber hasta donde es razonable que lleguen las causas, ya que los procesos causales ocurren hacia

adelante y hacia atrás, verbigracia en el caso de un homicidio, los procesos causales podrían llegar hasta la madre del homicida y la misma sería responsable por haber procreado a tal personaje ya que de no haberlo concebido no se hubiera cometido el delito.

El maestro Álvaro Bunster en noviembre del año 2000, en el ciclo de conferencias denominado "Teoría de Sistemas y el Sistema del Derecho Penal", organizada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, cito los siguientes ejemplos:

Una persona le dio una bofetada a un hemofílico se le crea un coagulo y se ahoga con el mismo, en tal teoría todas las condiciones contribuyen al resultado y en este caso su condición de hemofílico también contribuyó a su resultado, lo que no hubiera ocurrido si se aplica otra teoría.

Una persona mata a otra con un puñal que pidió prestado a una tercera persona. También sería responsable la tercera persona, es decir la que presto el puñal, toda vez que ello fue una condición que contribuyó al resultado, o sea, a causar la muerte.

Por eso debemos tener cuidado con el naturalismo causal.

No hay que olvidar que existen actos que con el simple movimiento corporal, sin que sea necesaria la producción de un resultado, se configuran los denominados delitos de peligro o los de mera actividad, de los cuales ya hicimos referencia en el

capítulo que antecede, por lo que en estos no existe relación de causalidad ya que no se da resultado alguno como ya se indicó.

Por otra parte, es importante señalar que también existen los delitos de omisión y los de comisión por omisión, en los primeros simplemente se omite una acción que debe realizarse a diferencia de los segundos denominados de omisión impropia en donde se da un resultado derivado de la omisión voluntaria por parte del agente, en la conducta omisiva no es que no se haga nada, lo relevante es que no se hace algo para evitar el resultado.

Ahora bien, la teoría tradicional destaca tres grupos en orden a tal fundamentación del deber y que son: a) deber en virtud de un precepto jurídico, incluye la ley y cualquier otro ordenamiento legal, la orden del superior jerárquico y el derecho consuetudinario; b) Fundamentación del deber por especial aceptación, la cual es en virtud de un negocio jurídico, específicamente, sobre la base de un contrato; y c) Fundamentación del deber por un hacer precedente, requiere una anterior intervención, como ejemplo tenemos el que da el maestro Edmund Mezger y radica en el deber de poner en libertad a una persona a la que fue encerrada por equivocación, sin concurrencia de culpabilidad.

B. La acción en el causalismo valorativo.

Nació la teoría denominada causalismo valorativo, también conocida como sistema neoclásico o teoría normativa, buscando un cambio de la teoría clásica o

causalismo naturalista con el objetivo de mejorar la teoría del delito, por lo que hace al elemento denominado acción, en particular al nacimiento de la teoría neoclásica tuvo algunas diferencias.

Tomando como referencia el concepto de acción de la teoría clásica, nace el concepto social de acción el cual considera que no cualquier acción debe prohibirse por el derecho penal, sino solamente aquellas que tienen sentido social, o sea, deben trascender a terceros y no únicamente las que repercuten en el ámbito individual como bañarse, jugar, etcétera, los elementos del concepto social de acción son los siguientes:

- a) Actividad muscular,
- b) Carácter voluntario,
- c) Manifestación de esa voluntad (cambio en el mundo exterior),
- d) Relevancia social,
- e) Nexo causal ⁴

La voluntad ya no es considerada como un aspecto mecánico natural, sino ya es un comportamiento humano propiamente dicho, la característica es que el ser humano realiza un comportamiento determinado.

⁴ Jiménez Martínez, Javier. “Introducción a la Teoría General del Delito”. Editorial Ángel Editor, México, 2003, pp. 139 y 140.

Por otra parte Mezger señaló que se tiene que valorar la conducta para determinar si la causa es normalmente adecuada conforme a nuestra experiencia nomológica, es decir, se realiza una valoración a la acción, este autor considera que la teoría que ayuda a determinar la causalidad es la teoría de la adecuación al indicar que el concepto fundamental de las formas de la teoría de la adecuación, estructuradas por los diferentes autores, por citar algunos, Von Bar, J. Von Kries, Max Rümelin, Träger, Tarnowski, Von Hippel y Sauer, es en términos generales, el siguiente: el concepto jurídico penal de causalidad debe limitarse a las condiciones apropiadas, de acuerdo con la experiencia de la vida, para producir el resultado.⁵

El doctor Javier Jiménez Martínez ha comentado que: “Se dice que en cuanto al concepto de acción, defendida por el sistema clásico y el neoclásico, no hay diferencias por que ambos son conceptos causales y por eso a veces suele hablarse de un 'concepto causal sin más', lo que desde el punto de vista técnico me parece inadecuado;”⁶ lo anterior se plantea así en virtud de que hay un matiz valorativo pues nació la teoría de la relevancia, el autor alude además a otro planteamiento, pero que no compartimos.

A excepción de la aplicación de la teoría de la adecuación, lo demás es retomado de la corriente clásica, es decir, la acción se integra igual tanto en la corriente antes referida como en la que analizamos, el cambio radica en la modificación al

⁵ Mezger, Edmund. “**Derecho Penal**”. Parte General, Segunda edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990. pp. 112 y 113.

⁶ Jiménez Martínez, Javier. “Lineamientos Generales de la Teoría del Delito”, Primera edición, Editorial Incija Ediciones S.A. de C.V., México 2003. p. 27

concepto de acción y en la aplicación de la teoría que estudia la causalidad entre el acto y el resultado.

De acuerdo con las dos corrientes indicadas, la conducta en el peculado, de acuerdo al tipo penal del mismo es de acción, ya requiere un movimiento corporal en la ejecución del mismo, en la teoría clásica sería mecánico y en la neoclásica un movimiento voluntario ya bien determinado, no admite la omisión en ninguna de sus formas, los verbos señalados en el artículo 223 del Código Penal Federal los cuales son: "distraer" en la fracción I, "utilizar" en la fracción II, "solicitar" o "aceptar", en la fracción III y "distraer" en la fracción IV, con la acción del agente se produce un resultado que este caso sería el menoscabo del patrimonio del estado, existiendo desde luego una relación de causalidad entre la acción y el resultado.

En la corriente cusalista, como aspectos negativos del delito se consideran la fuerza exterior irresistible, el sueño, el sonambulismo, hipnotismo y los movimientos reflejos, el primero se presenta cuando existe una fuerza natural ajena al sujeto que produce una consecuencia típica, pero participando él mismo como un instrumento, por ejemplo cuando un médico realiza una cirugía con bisturí y llega un tercero que empuja al galeno y provoca que éste clave el bisturí al paciente provocándole lesiones, también podría darse por un fenómeno natural como un terremoto o por un animal se provoquen lesiones; por lo que hace a los demás aspectos el sujeto no tiene el dominio o voluntad de sus actos o movimientos corporales.

En el caso del delito de peculado consideramos que el aspecto que pudiera darse es el sonambulismo cuando el servidor público es puesto en estado de letargo en consecuencia se podría dar la falta de acción, es decir, el elemento negativo del elemento conducta.

C. La acción en el finalismo.

En 1930 aparece el finalismo, en 1940 se forma totalmente, pero es después de la Segunda Guerra Mundial cuando toma una gran importancia; es estudiado inicialmente por el gran maestro Hans Welzel, no parte de las premisas de carácter naturalista, este autor se convierte en un crítico del positivismo jurídico y de la Escuela de la filosofía de los valores, considera que ésta es una continuación de aquel, pues no interpreto adecuadamente las ideas de Kant; Welzel inaugura el finalismo bajo criterio ontológicos, sostiene que existen estructuras lógicas objetivas, pero si el legislador prescinde de ello va a ser un sistema ineficaz.

El maestro Álvaro Bunster señala que:

“La estructura lógica de la acción humana, se formula como la capacidad específica de la persona para proveer las posibles consecuencias de su actividad y dirigir aquella actividad con un plan en la acción humana, hay anticipación de la

mente, una meta y a partir de ella actuar en consecuencia y no con causalidad, sino con finalidad.”⁷

A su vez el maestro Hans Welzel, respecto de la acción a indicado que:

“Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer ‘final’, no solamente ‘causal’. La ‘finalidad’ o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse (sic) por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es el resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso.”⁸

La finalidad esta basada sobre la capacidad de la voluntad de anticipar las consecuencias del proceso causal de acuerdo a ello dirigir dicha voluntad a un fin, en la voluntad existe conciencia del fin.

⁷ Plática del Ciclo de Conferencias “Teoría de Sistemas y el Sistema del Derecho Penal”, organizada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales en noviembre de 2000.

⁸ Welzel, Hans. “Derecho Penal Alemán”. Cuarta edición, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997, pp. 39 y 40.

La dirección final se realiza en dos partes, una interna y otra externa:

a) La primera se desarrolla en la esfera del pensamiento, inicia con el fin que se propone el agente.

b) Selecciona los medios para llevar a cabo su fin, es decir, se eligen los medios de acuerdo con su conocimiento sobre procesos causales para su realización, parte desde el fin hasta llegar a los medios necesarios para la consecución de tal fin, a dicho proceso mental se le denomina "de retroceso".

c) La consideración de los efectos concomitantes, esto quiere decir que el sujeto activo toma en cuenta otros efectos que probablemente se den además del fin perseguido, y que forman parte del contenido la voluntad ya que el autor pensó en ellos o confió en que no se produjeran.

Es importante señalar que el sujeto puede tratar de evitar algunos efectos, eligiendo otros medios para la consecución de su fin, desde luego si se pone a pensar de las consecuencias que pueden originarse por llevar a cabo una forma u otra la comisión del delito.

La segunda parte de la acción final se realiza en el mundo real y se inicia con la puesta en marcha de los medios que el agente eligió, es decir, se lleva a cabo la acción dirigida a la consecución del fin.

Ahora bien, la conducta humana presenta dos formas la acción y la omisión, el finalismo distingue entre una y otra, algo importante es que la omisión esta determinada por la voluntad dirigida por el fin. La lesión que se provoca por no cumplir con la normas imperativas, es decir, por la omisión de una acción ordenada por la ley, esta a supeditada a una pena.

Desde un punto de vista ontológico, la omisión no es una acción, ya que es la omisión de una acción que esta gobernada por la voluntad. Omisión no significa una mera inactividad, sino no hacer una acción factible subordinada al poder final del hecho.

Los elementos que debe tener el poder final del hecho, se obtienen de la estructura de la dirección final de la acción, ya que para alcanzar el fin de la acción, el agente debe conocer como va ha producir sus efectos, tiene que estar en posibilidad de reconocer y poder elegir los medios idóneos para llevar a cabo el fin planteado, después tener la posibilidad real de llevar a cabo los medios elegidos y de ejecutar el acto pensado.

También, la omisión puede ser castigada no obstante que no haya voluntad, pues basta sólo que la acción a realizar pueda estar al alcance de una persona, es decir, que sea de posible realización, por ejemplo el olvidarse de hacer algo, pero que quizá con mayor concentración no se hubiera dado esa omisión. Esta situación tiene su lado contrario, como cuando se tiene plena conciencia y que no realiza la acción solicitada por la norma.

La omisión reviste varias formas, la primera se da cuando la simple omisión es punible, la segunda cuando la norma jurídica contempla una omisión y que con la misma se causa un resultado, delitos de comisión por omisión.

En el caso del delito que analizamos, primero el sujeto activo comenzaría a pensar su propósito de distraer o de utilizar, de solicitar o aceptar recursos públicos, seleccionaría los medios para la realización del fin ya citado, como podría ser el realizar una obra pública consistente en hacer un puente vehicular pero aparentando el gasto completo del presupuesto anual, sin embargo realmente nada más ocupa la mitad y otra parte la deposita ubicaría en su cuenta personal, pero parte desde el fin que sería ubicar el dinero en su cuenta, a través de realizar una obra pública aparentando el gasto de todo el presupuesto, considera los efectos concomitantes como podrían ser el que al no cumplir con las especificaciones técnicas el puente puede caerse, únicamente piensa en ellos, posteriormente lleva a cabo la acción para la consecución del fin.

2. Tipo.

El tipo penal también tuvo su evolución, no fue considerado por Franz Von Liszt, al estructurar su teoría del delito en 1881, como ya quedo señalado con anterioridad al citar con su obra de Derecho penal; posteriormente Enrst Beling aportó al sistema clásico, el elemento tipicidad, señaló que la tipicidad no concierne a todas las acciones humanas, sino que deben interesar al Derecho

penal sólo las que se encuentran descritas en la norma penal, para Beling el concepto de delito se edifica en el tipo y la tipicidad, son conceptos elementales de la teoría del delito. En la teoría clásica únicamente existían dentro del tipo elementos objetivos o descriptivos. Posteriormente con la corriente neoclásica del delito, se da un cambio importante al tipo y por consiguiente en la tipicidad, aparecen los elementos subjetivos y normativos y con la corriente finalista el dolo y la culpa se sitúan en el elemento tipo, hay que recordar que en el causalismo estaban ubicados en el elemento culpabilidad.

A. Tipo en el causalismo naturalista

Para esta corriente, es un elemento necesario y de naturaleza preponderantemente descriptiva, tiene como función la individualización, concreción y precisión de la conducta del hombre señalada en la ley y que se desarrolla en el exterior cuya realización tiene una sanción.

Contiene los siguientes elementos:

- a) El movimiento corporal o la omisión de una acción.
- b) El resultado, es decir, una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados.
- c) Una relación de causalidad, entre los dos elementos anteriores.

En algunos casos el tipo penal prevé cualidades específicas del sujeto activo, del pasivo, modalidades de tiempo modo, lugar u ocasión y referencias al objeto material.

Como ya señalamos con anterioridad, no incluye elementos subjetivos o normativos.

Ahora bien, el tipo del delito doloso y el tipo del delito culposo, a nivel tipicidad, son iguales ya que en tal elemento sólo se analizan la acción, la causalidad y el resultado, es hasta la culpabilidad cuando se analiza si el delito es doloso o culposo.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al hecho descrito por el legislador en la ley penal.

B. Tipo en el causalismo valorativo.

En esta corriente se incluyó en el tipo elementos normativos y subjetivos, los primeros fueron citados por Max Ernst Mayer, al señalar que existen algunos elementos que hacen indispensable una valoración antes de llegar al elemento denominado antijuridicidad, esto es, se deben analizar en el tipo, como ejemplo podemos poner los conceptos que en algún tiempo estuvieron previstos en el tipo de estupro, "casta" y "honesta" y "ajeneidad" en el tipo de robo. Por lo que hace a los elementos subjetivos, fueron descubiertos por Fischer en 1911 en el campo

del derecho privado y Hegler en 1914 con la obra "Teoría de los Elementos Subjetivos del Injusto", basándose en lo dicho por Fischer que la prohibición era objetiva pero algunas veces existían particulares elementos psicológicos que el legislador, al crear el tipo, los requería y sin los cuales el hecho era jurídico, por ejemplo en el tipo penal de hostigamiento sexual previsto en el artículo 259 bis del Código Penal Federal al señalar "con fines lascivos". Se debe reconocer también a Mezger y Mayer quienes posteriormente aportaron en este tema sus ideas.

En ambas corrientes el delito de peculado el tipo se integraría de haberse presentado un movimiento corporal en la ejecución del delito, con alguno de los verbos señalados en el artículo 223 del Código Penal Federal, "distraer", "utilizar", "solicitar" "aceptar", con la acción del agente se produce un resultado que este caso sería el menoscabo del patrimonio del estado, existiendo desde luego una relación de causalidad entre la acción y el resultado.

Por otra parte, el tipo contempla la calidad específica del sujeto activo, en el caso de las fracciones I y II del artículo 323 del Código Penal Federal, la cual es de servidor público.

El tipo penal de peculado no requiere de modalidades de tiempo, modo, lugar u ocasión y referencias al objeto material.

Si bien es cierto, que el causalismo naturalista no requiere los elementos subjetivos y normativos, lo que sí acontece con el causalismo valorativo, luego

entonces el elemento normativo en el tipo penal de peculado es servidor público, al requerir una valoración jurídica para determinar si el sujeto activo del delito tiene esa naturaleza, lo mismo acontece cuando el tipo penal hace refiere: "usos propios o ajenos", "distraer", "dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa...", "la distracción recaiga en cosas bienes que el autor del delito haya recibido, por razón de su cargo en administración, en depósito o por cualquier otra causa"

Las causas de atipicidad en la corriente causalista se da cuando falte alguno de los elementos del tipo de acuerdo a los que reconoce cada teoría.

En el delito de peculado puede presentarse que no haya calidad del sujeto activo.

Es irrelevante que exista quebranto patrimonial, es decir el delito existe con independencia de que se dé la lesión patrimonial.

C. Tipo en el finalismo.

Ya señalamos que el tipo es la descripción que hace el legislador de un hecho prohibido, en el finalismo contiene elementos objetivos los cuales se dividen en descriptivos y normativos, así mismo contempla elementos subjetivos. En esta corriente se conceptualiza al tipo como "tipo de injusto", por que la denominación de tipo debe ser únicamente para describir el acto u omisión prohibidos, pero después va ser objeto de juicio de antijuridicidad.

a. Elementos Objetivos.

Como ya citamos estos presentan dos clases los descriptivos y los normativos.

Los elementos descriptivos que se encuentran en todos los tipos son los elementos externos de una acción, la cual se integra de un movimiento o conducta, un resultado y en su caso la relación de causalidad entre ambos, todo ello puede contener otras circunstancias necesarias para la integración del tipo las cuales pueden ser las siguientes:

- a) Forma de Ejecución. Se refieren a la manera en que debe realizarse la conducta ilícita para que pueda ser típica, por ejemplo, en el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal Federal, que indica: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula...".
- b) Modalidades o circunstancias de modo, tiempo y ocasión. Algunos tipos penales requieren cualidades temporales, espaciales y específicas de comisión.
- c) Objeto de acción. Es la persona (sujeto pasivo) o la cosa sobre las que recae la acción.
- d) Sujeto y sus características. Es aquella persona que realiza el delito pero que tiene alguna calidad especial.

Ahora bien los elementos normativos, son aquellos que requieren una valoración cultural o jurídica, los ejemplos más usuales son los conceptos "casta" y "honesta", en el tipo de estupro previsto, antes del año 1984, en el Código Penal Federal.

b. Elementos subjetivos.

Para la doctrina finalista, los elementos subjetivos están ubicados en el tipo penal, es decir, para la integración del tipo penal en el finalismo se requiere de dolo o culpa y los especiales elementos subjetivos diferentes al dolo.

El dolo se entiende como una finalidad tipificada que incluye el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y la voluntad orientada a la realización del tipo.

De lo anterior se desprende que el dolo se integra por dos elementos uno cognoscitivo o intelectual y uno volitivo, el primero comprende todas las circunstancias objetivas del acto inmerso en el tipo penal, cabe destacar que el sujeto debe saber lo que hace, sin embargo respecto de algunos elementos normativos, el sujeto activo no necesita tener conocimientos técnicos, sino una noción de los mismos; por lo que hace al segundo elemento, es querer realizar el tipo, si el afor tiene duda de realizar o no el hecho típico, es decir un querer condicionado, ello aún no constituye dolo.

Cabe destacar que en el caso del elemento volitivo no es suficiente que exista voluntad con el fin de realizar el acto ilícito, esto es, no solamente debe haber un querer de lograr el fin propuesto, es necesario que la voluntad domine la realización del acto, porque por mucho que el sujeto activo quiera realizar el acto, puede ser que el resultado se dé como mera casualidad, sin que dicho sujeto pudiera lograr un resultado con el método que utiliza para lograr su objetivo. Por ejemplo, Pedro López quiere matar su empleado Juan López, para ello lo envía a dejar mercancía a otra entidad federativa por carretera, y éste último muere por que una persona que manejaba un trailer invade su carril y lo embiste, en este caso no había posibilidad real de que Pedro lograra su objetivo, fue mera casualidad.

Ahora bien, si la voluntad aumenta estamos en presencia del denominado dolo directo, ya que la acción u omisión se encuentran guiados al fin planteado por el autor, dolo eventual si el agente considero ciertas consecuencias que pudieron haberse dado en caso de llevar a cabo su fin propuesto, culpa consciente o con representación en donde el agente se representa el hecho que puede suscitarse pero que confía que no se actualice y la culpa sin representación, en esta caso el agente nunca se imagina lo que puede acontecer, en caso de llevar a cabo su conducta, estos dos últimos son clases del concepto culpa, que como ya se indicó forma parte de los elementos subjetivos.

Por otra parte, el dolo al pasar de la culpabilidad al tipo, únicamente consideró los elementos conocer y querer la realización de la conducta objetiva prevista en el

tipo, dejando fuera la conciencia de la antijuridicidad, en consecuencia el dolo es un dolo neutro, avalorado ya que pudiera ser que no obstante, en caso de presentarse tanto el elemento cognoscitivo como el volitivo, pudiera existir la posibilidad que el hecho estuviera permitido por el derecho penal, es decir, si existiera una causa de justificación a favor del sujeto que realizó el acto.

Existen otros elementos subjetivos distintos al dolo, los cuales sólo aparecen en algunos tipos penales se trata de especiales motivos, ánimos o tendencias para su constitución, como por ejemplo el ánimo de apropiación en el delito de robo.

El delito de peculado contiene elementos objetivos, por lo que se integra con un movimiento corporal en la realización del delito, con alguno de los verbos señalados en el artículo 223 del Código Penal Federal, “distraer”, “utilizar”, “solicitar”, “aceptar”, con la acción del agente se produce un resultado que este caso sería el menoscabo del patrimonio del estado, existiendo desde luego una relación de causalidad entre la acción y el resultado, es por ello una conducta que se adecua al tipo.

Por lo que hace a la forma de ejecución, el tipo penal de peculado no contempla la forma en que debe realizarse la conducta, por lo que se puede realizar de cualquier manera. Tampoco contiene modalidades o circunstancias de modo, tiempo y ocasión ni cualidades temporales, espaciales y específicas de comisión.

El Objeto sobre el que recae la acción, es decir el objeto material de acción es el patrimonio del estado, el tipo también considera que la conducta puede ser sobre el dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente a un particular, por lo tanto podrá recaer sobre el patrimonio de un particular.

Por otra parte, el tipo contempla la calidad específica del sujeto activo, en el caso de las fracciones I y II del artículo 323 del Código Penal Federal, el agente debe ser servidor público.

También contiene el elemento subjetivo denominado dolo.

El delito de peculado solamente puede cometerse dolosamente, nuestra legislación no admite la culpa, toda vez que el segundo párrafo del artículo 60 del Código Penal Federal, indica que las sanciones por delito culposo sólo se impondrán a los delitos previstos en los artículos 150, 167 fracción VI, 169, 199 bis, 290, 291, 292, 395, 302, 307, 323, 397 y 399, por lo que al no estar incluido el artículo 223, el legislador consideró únicamente la comisión dolosa para éste.

Ahora bien la razón de dispuesto por el Código Penal Federal en su artículo 60, se debe a que nuestra legislación penal ha adoptado el "sistema de números clausus", el cual se refiere a la procedencia de la culpa en los delitos que limitativamente se señalan por el cuerpo normativo ya citado, este método de números cerrados es contrario al denominado "sistema de números apertus", que consiste en la procedencia de la culpa en los diversos delitos previstos en las

legislaciones penales cuando la naturaleza del delito lo permita, es decir, de acuerdo la propia conducta señalada en el tipo como núcleo esencial de su descripción, siendo ésta la piedra angular para determinar la posibilidad de su comisión a través de esta manera.⁹

Al analizar el elemento negativo de la tipicidad debemos decir que la corriente finalista no contempla el error de hecho y error de derecho, sino en la teoría del error hace la diferencia entre error de tipo y error de prohibición, el primero excluye el dolo y el segundo la culpabilidad, el error de tipo que es el que nos interesa en este momento, es el que recae sobre una circunstancia objetiva del hecho considerado en el tipo, como ya se indico excluye el dolo, en el caso que nos ocupa el agente no reconoce los elementos típicos, por ejemplo en el delito de estupro, el sujeto piensa que la dama con la que tiene relaciones tiene una edad mayor a dieciocho años porque trae consigo una credencial de elector falsa, ahora bien, si el error es vencible, o sea, con un poco de cuidado o análisis de la situación el sujeto pudo haberse percatado del error en el que se encontraba, excluye el dolo y deja subsistente la culpa, pero si el delito no admite la culpa se excluye el delito.

Algunas figuras denominadas como errores accidentales como son error en el objeto, en el acto, en la persona, las estudia la teoría finalista en el elemento tipicidad, estas situaciones pueden variar el grado de dolo o culpa.

⁹ García Jiménez, Arturo, "Dogmática Penal en la Legislación Mexicana", Editorial Porrúa, Primera edición, México 2003, pp.358 a 361

En el delito de peculado puede presentarse atipicidad en caso de que no haya calidad del sujeto activo, también en el caso de actuar de manera culposa o encontrarse en un error de tipo vencible o invencible, el primero excluye el **dolo** pero deja subsistente la culpa, sin embargo, como en el delito de peculado no admite culpa luego entonces se excluye el delito el segundo excluye tanto el **dolo** como la culpa.

3. Antijuridicidad.

La antijuridicidad es otro elemento del delito, tanto la corriente causalista como la finalista la ubican después del elemento tipicidad, cada una tiene una concepción un tanto cuanto distinta, como veremos posteriormente.

En términos generales la antijuridicidad es entendida como la confirmación de que el hecho es contrario a derecho.

A. Causalismo natural.

Franz Von Liszt señaló que existía antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

Antijuridicidad formal es la contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico.

Antijuridicidad material es la afectación a intereses colectivos o a normas de cultura, es decir la afectación o puesta en peligro del bien jurídico.

Se consideró a la antijuridicidad como objetiva por que se hace un juicio sobre los aspectos objetivos, los cuales son perceptibles por los sentidos, o sea sobre el hecho comprendido por el acto, el resultado y su nexa causal, tal hecho debería de ser típico y para ser antijurídico no deben existir causas de justificación. Hay que recordar que todo lo subjetivo se analizaba en el elemento culpabilidad.

B. Causalismo valorativo.

En el causalismo valorativo prácticamente no hubo cambios, es decir, la antijuridicidad quedó igual que el causalismo naturalista, a excepción de que al incorporarse elementos subjetivos y normativos al tipo en la teoría neoclásica, la antijuridicidad no sólo es un juicio objetivo, sino también subjetivo.

Tanto en la teoría clásica como en la neoclásica el elemento negativo de la antijuridicidad, se constituye si la acción típica realizada por un sujeto no es contraria a derecho porque se presenta una causa de justificación, es importante mencionar que cuando acontece esto, no se excluye el hecho y la tipicidad, sin embargo se elimina el delito.

El concepto de causas de justificación nace a partir de una teoría denominada de la adecuación social que sostiene que los tipos penales contienen modelos de conducta inadecuada socialmente y si el acto se realiza dentro de la norma que permite el actuar social, la misma no será antijurídica.

Existe otra teoría que se aplica en ciertos casos, se denomina del interés preponderante, radica en que cuando existe controversia entre diferentes intereses, uno es reconocido por la norma jurídica de mayor valor.

Existe también el principio de ausencia de interés y consiste en que el acto queda justificado porque el titular del bien jurídico dañado por ese acto renuncia al resguardo de la norma jurídica.

Así tenemos al elemento negativo de la antijuridicidad, sea por ausencia de interés jurídico como el consentimiento del ofendido o preponderancia del interés jurídico como la legítima defensa, el estado de necesidad, obrar en cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho.

C. Finalismo.

El finalismo señala que el Derecho establece un orden valioso para la colectividad y en la acción antijurídica del tipo penal, se da un juicio de desvalor derivado de la contradicción entre el acto típico y el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Esta corriente también contempla una antijuridicidad formal y una antijuridicidad material, la primera es la contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico y la segunda se traduce en una afectación al bien jurídico que la norma protege, tal afectación se traduce en la lesión o puesta en peligro del mencionado bien.

Al igual que en la teoría neoclásica, en la antijuridicidad, el juicio no solamente es objetivo, sino también subjetivo ya que en dicho juicio se analizan elementos subjetivos y normativos, agregando en el finalismo el dolo o la culpa.

El sistema finalista se basa en el desvalor de la acción y en consecuencia el valor del resultado, es decir, el concepto de antijuridicidad no se restringe a valorar el resultado por el hecho, sino también el desvalor del acto que se realiza, el desvalor de la acción comprende a toda la acción.

En este sentido Muñoz Conde ha señalado:

“El contenido material de la antijuridicidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor del resultado) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de la acción).”¹⁰

¹⁰ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. “Derecho Penal, Parte General”. Segunda edición, Editorial Tirano lo Blanch, Valencia, 1996, p. 320.

Ahora bien, para la corriente finalista la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad, en ese sentido contempla que a las normas prohibitivas se oponen disposiciones permisivas que impiden que la norma abstracta se convierta en un deber jurídico concreto y que permiten por ello la realización típica, a tales disposiciones permisivas, el finalismo se les denomina “causales de justificación”.¹¹

Entre las causas de justificación tenemos a la legítima defensa, el estado de necesidad, obediencia jerárquica, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, el consentimiento del ofendido.

En el caso del delito de peculado cuando existe tipicidad, siempre habrá antijuridicidad, ya que en el delito analizado no se presenta causa de justificación alguna.

4. Culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito, para la constitución del delito no es suficiente que un hecho sea típico y antijurídico, sino que es necesario que sea culpable.

¹¹ Welzel, Hans. Ob. Cit., p. 96.

A. Causalismo natural

El causalismo clásico en el elemento culpabilidad tiene como principal sustento de la misma a la teoría psicologista, por lo que se traduce en la relación psicológica del autor con el hecho o una relación psicológica del autor con el resultado.

a. Nexo psíquico.

Estriba en la conciencia y voluntariedad del agente encaminado a lograr el resultado, es un proceso intelectual y volitivo, el primero se traduce en un conocimiento de la antijuridicidad y el segundo en la suma del querer la conducta y el querer el resultado.

La culpabilidad tiene grados o especies, también llamada formas de culpabilidad, el dolo cuando existe identidad entre lo querido por el autor y el resultado causado y la culpa cuando no se prevé un resultado típico ocasionado, por falta de cuidado o diligencia.

Se presenta la inculpabilidad cuando no hay elementos esenciales de la culpabilidad y que son el conocimiento y la voluntad, o sea, para que haya culpabilidad debe haber capacidad de entender y de querer, si falta ello entonces no se integra el elemento mencionado en consecuencia no se constituye el delito.

Ahora bien, dentro de lo dicho anteriormente el causalismo naturalista contempla la figura denominada error esencial de hecho, el cual excluye el elemento intelectual, aunque se divide en error de hecho y de derecho, solo tiene relevancia el primero ya que en la teoría clásica el conocimiento equivocado de la ley no permite su violación.

El error esencial de hecho cuando el sujeto al momento de realizar el acto típico tiene una falsa concepción de la realidad invencible produce un resultado.

El causalismo clásico también contempla la llamada coacción sobre la voluntad la cual afecta el elemento volitivo.

Las causas de inculpabilidad que pueden presentarse en el delito de peculado conforme a la teoría que se analiza son: el error y la coacción sobre la voluntad.

B. Causalismo valorativo.

En el sistema neoclásico, la culpabilidad se explica como la relación psicológica del autor con el hecho y el resultado, considera también sus especies: dolo y culpa, pero le adiciona un juicio de valor que da origen al reproche por haber realizado un hecho típico y antijurídico, pudiendo haberse conducido por lo que señala el orden jurídico. Se reconocen como elementos en esta corriente de la teoría del delito:

- a) La imputabilidad,
- b) El dolo y la culpa,
- c) Exigibilidad.

El causalismo naturalista se presenta la inculpabilidad, además de lo indicado en el punto anterior, es decir, el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad, también lo es la no exigibilidad de otra conducta.

La no exigibilidad de otra conducta consiste en la imposibilidad de reprochar al sujeto una conducta porque el derecho no debe exigir comportamientos heroicos o porque el sujeto ha actuado en situaciones extremas y prefiere sacrificar otro bien tutelado por una norma a sacrificar su vida o su integridad corporal, es necesaria la valoración del juzgador para determinar en que casos puede operar, la doctrina reconoce las hipótesis siguientes:

- a) Estado de necesidad,
- b) El miedo insuperable,
- c) Encubrimiento entre parientes,
- d) El estado de necesidad de conciencia, y
- e) Exceso en legítima defensa.

Las causas de inculpabilidad que pueden presentarse en el delito de peculado conforme al causalismo neoclásico son: el error, la coacción sobre la voluntad, la inimputabilidad y el estado de necesidad.

C. Finalismo.

La culpabilidad en el finalismo es un juicio de reproche que se le hace al autor por no haberse conducido conforme a lo que el ordenamiento jurídico señala.

El juicio consiste en determinar si es posible reprochar al autor al haber actuado contra lo establecido en el ordenamiento jurídico.¹²

Los presupuestos de la culpabilidad normativa pura son:

- a) Que el sujeto activo sea imputable,
- b) Que el sujeto tenga conocimiento de la antijuridicidad del hecho, y
- c) La exigibilidad de un comportamiento acorde a la ley.

Respecto de la imputabilidad, también conocida como capacidad de culpabilidad podemos decir que el sujeto activo debe haber conocido lo injusto del hecho o con la posibilidad de haberlo conocido y haberse podido conducir por una acción u omisión apegada a derecho dado que ya se tenía el conocimiento real o posible de lo injusto, por lo que la capacidad de culpabilidad se integra por un elemento intelectual que se traduce en la capacidad de comprender lo injusto del hecho y el elemento volitivo el cual contempla la capacidad de comprensión de lo injusto del

¹² Díaz Aranda, Enrique. “Dolo, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo y la Reforma Penal en México”. Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p.60.

acto y determinación de la propia voluntad, es decir ambos aspectos constituyen la capacidad de culpabilidad.

Por lo que hace a la conciencia de la antijuridicidad o posibilidad de comprensión del injusto, esta se traduce en la comprensión del autor de que su conducta esta jurídicamente prohibida.

Hay que recordar que en esta corriente el dolo esta ubicado en el tipo, este no puede incluir entre sus elementos la conciencia de la antijuridicidad, sino que esta se analiza posteriormente, por lo que el dolo en el finalismo es un dolo neutro o natural por bastar para su constatación con el conocimiento y la voluntad de los hechos descritos en el tipo.

Los elementos de la conciencia de la antijuridicidad son:

- a) Comprensión de la ilicitud del hecho no en un sentido estrictamente técnico, sino una valoración general,
- b) No requiere el conocimiento de la prescripción legal que contiene la prohibición ni la punibilidad, y
- c) Requiere el conocimiento de la contradicción referido a la norma cuya lesión se reprocha al autor.

Ahora bien, por lo que hace a la exigibilidad de otra conducta, hay que decir que al vivir el hombre en sociedad debe respetar el orden jurídico y exista la armonía que

necesita la sociedad, dicho orden jurídico es muy claro y contempla ciertos parámetros, por lo que deben respetarse.

Los elementos de la exigibilidad de otra conducta son los siguientes:

- a) Regulación del comportamiento de las personas,
- b) La exigencia de cumplir el ordenamiento jurídico,
- d) El ordenamiento jurídico debe ser observado por las personas a quien se dirige.

Existen en esta corriente de la teoría del delito diversas causas de inculpabilidad, primero haremos referencia a las de inimputabilidad las cuales se contemplan en dos grandes rubros, falta de madurez en el desarrollo y estados mentales anormales.

Otra causa de inculpabilidad es la falta de conocimiento de la antijuridicidad, ya que el agente puede comprender lo ilícito del hecho pero la falta de tal comprensión por alguna situación muy particular como podría ser que un sujeto que llega al Estado de México de alguno de los países árabes en donde se permite tener más de una esposa, sin embargo, mantiene en dicha entidad relaciones sexuales con alguna otra mujer y su esposa que lo acompaña en su viaje a nuestro país al enterarse se querrela por tales hechos, por lo que no se puede reprochar su conducta ya que no comprendía que su acto se adecuaba al tipo penal previsto en el artículo 222 del Código Penal del Estado de México.

En este sentido solo se podrá señalar que un sujeto no conoce la ilicitud de su comportamiento cuando actúe bajo un error de prohibición por lo que la culpabilidad quedara excluida en caso de que tal error sea invencible, se verá disminuida cuando el error sea vencible.

El error de prohibición se presenta cuando el agente carece de la conciencia, es invencible cuando el sujeto no tiene posibilidad de comprender la antijuridicidad del hecho y es vencible cuando existe esa posibilidad de comprender el acto antijurídico.

Se puede presentar el error de prohibición con los siguientes supuestos:

- a) El desconocimiento de la norma jurídica,
- b) La mala interpretación de la norma jurídica, y
- c) La creencia de que existe una causa de justificación que ampara su actuar.

Por lo que hace a las causas de no exigibilidad como ya señalamos con anterioridad consiste en la imposibilidad de reprochar al sujeto una conducta por que el derecho no debe exigir comportamientos heroicos o por que el sujeto ha actuado en situaciones extremas y prefiere sacrificar otro bien tutelado por una norma a sacrificar su vida o su integridad corporal, las hipótesis son:

- f) Estado de necesidad exculpante,

- g) El miedo insuperable,
- h) Encubrimiento entre parientes,
- i) El estado de necesidad de conciencia,
- j) Exceso en legítima defensa, y
- k) La obediencia debida.

Ahora bien, podemos decir en general las causas de inculpabilidad que pueden presentarse en el delito de peculado conforme al finalismo son: el error de prohibición, el miedo grave, la inimputabilidad y el estado de necesidad.

5. Repercusión procesal.

Las diferentes teorías que hemos visto, es decir, el causalismo clásico o naturalista, el causalismo neoclásico o valorativo y el finalismo, así como algunas otras que existen como por ejemplo el funcionalismo en sus dos vertientes: funcionalismo jurídico penal y el funcionalismo sociológico jurídico, tienen una influencia en los códigos adjetivos, particularmente en la figura procesal conocida como el cuerpo del delito, de atender los conceptos más avanzados de la teoría del delito tendrá como consecuencia una mayor certidumbre, pudiera darse el caso de no tenerla esto según la teoría o corriente que el legislador haya considerado en la legislación procesal, de ahí la importancia de conocer los distintos sistemas de la teoría del delito para saber cual puede tener mejor aplicación a la realidad actual, por citar un ejemplo con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la

Federación el 3 de septiembre de 1993, se estableció tanto en los códigos adjetivos federal y del Distrito Federal, específicamente en sus artículos 168 y 122, respectivamente, de acuerdo con la reforma publicada el 10 de enero de 1994 que: “El ministerio Público acreditara los elementos del delito penal de que se trate y la probable responsabilidad del inculgado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:” “III La realización dolosa o culposa de la acción o la omisión.”, la ley adjetiva consideraba al dolo y la culpa parte del tipo penal, por lo que tal disposición recogía la estructura de la corriente finalista en el punto ya citado; así pudiéramos analizar a detalle el cuerpo del delito de los códigos procesales, y nos podríamos percatar de la repercusión procesal que tienen en particular las corrientes causalista y finalista en tal figura procesal.

CONCLUSIONES

Primera. El delito de peculado se remonta alrededor de 1,000 años antes de nuestra era, es decir, la figura data de 3,000 años, más o menos, ya que desde esa época existía en la India, contemplado en el *Código de Manú*, considerado entonces como un acto en contra de bienes del pueblo, del rey o del príncipe, y se sancionaba con penas severas como la muerte.

En Roma, se da el nombre de la figura jurídica que analizamos, peculado tiene relación con la palabra latina *peculare* que se traduce en el robo del peculio ajeno, peculio y pecunia significan dinero y se vincula con la palabra *pecus* que significa ganado.

En México el antecedente del peculado se ubica en la época prehispánica con la cultura mexicana y se continúa en el Virreinato hasta llegar a los Códigos de 1835 y los siguientes, entre ellos el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal, promulgado por el C. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Pascual Ortiz Rubio, el 14 de agosto de 1931, vigente hasta nuestros días.

En resumen podemos decir que en el marco histórico del peculado este ha acompañado al hombre en sus distintos modos de organización social, en nuestro país ha estado presente desde la época prehispánica. El desvío de recursos del

erario es una situación frecuente en el servicio público para realizar fines particulares y por lo tanto es elevado el número de casos, no nada más aquí en México sino en todos los Estados del mundo.

Segunda. El delito de peculado también es una forma de corrupción, como ya señalamos ha sido tan reiterada en los diferentes estados, pueblos y naciones, desde tiempos remotos, por lo que esto ha propiciado que en la actualidad sea contemplado como un delito en la mayoría de las diferentes legislaciones penales del mundo, el peculado es una figura jurídica que como tal se contempla en el derecho penal y tiene una naturaleza esencialmente punitiva para lograr mantener un orden social.

Tercera. En cuanto al tipo de peculado este ha tomado la esencia del artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para identificar adecuadamente a los servidores públicos, ello ha sido indispensable toda vez que en varios tipos penales como en el delito de peculado es menester que el sujeto activo del delito tenga ese carácter en particular en las hipótesis contenidas en las fracciones I y II del artículo 223 del mencionado código.

La conducta consiste en distraer de su objeto los bienes de cualquier persona física o moral por parte de un servidor público cuando le hayan sido confiados por motivo de su empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público, con la finalidad de obtener beneficio a sí mismo, a terceros o para causar daño, tal y como se desprende del artículo 223 del Código Penal Federal el que

consta de cuatro fracciones, en las que se plantean diversos supuestos. Los elementos que deben constituirse en la hipótesis prevista en la fracción I del artículo 223 del Código Penal Federal son los siguientes: a) Que quien cometa el delito sea servidor público; b) Que el agente distraiga de su objeto para usos propios o ajenos; c) El elemento normativo sea dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa; d) Dichos bienes deben ser recibidos con motivo de sus funciones ya que así lo señala el tipo penal al referir "por razón de su encargo", e) Que los bienes que se distraigan sean propiedad del Estado, organismo descentralizado o de un particular.

Es indispensable que los bienes objeto del delito los hubiera recibido el sujeto activo en administración o en depósito "o por otra causa", esta última se refiere en el sentido de que la finalidad para la cual se recibe puede ser diferente a la administración o el depósito que ahí se mencionan, este requisito es indispensable para la configuración del delito de peculado.

En el caso de la hipótesis contemplada en la fracción I del artículo 223 del Código Penal Federal, no es posible que todos los servidores públicos señalados en el artículo 212 del ordenamiento penal mencionado se ubiquen dentro del supuesto indicado, es condición que de acuerdo al nombramiento otorgado al servidor público, se tengan funciones y obligaciones de administrar o recibir bienes en depósito o por otra causa y que el mismo nombramiento o alguna otra disposición legal relacionada con el mismo obligue al servidor público a administrar o recibir en depósito dichos bienes, o detentarlos por otra razón.

En el caso de la hipótesis que contempla la fracción II del artículo 223 del Código Penal Federal, también se requiere la calidad de sujeto activo, que en este caso es la de servidor público y además que utilice fondos públicos de manera indebida, la palabra indebido significa: ilícito, prohibido, que no se debe hacer, por lo que la conducta del agente tendría que contravenir cualquier disposición jurídica prevista desde luego en algún instrumento legal, al utilizar cantidades de dinero, valores o cualquier bien del erario.

Cuarta. De acuerdo con las corrientes causalista y finalista, la conducta en el peculado, de acuerdo al tipo penal del mismo es de acción, ya requiere un movimiento corporal en la ejecución del mismo, en la teoría clásica sería mecánico y en la neoclásica un movimiento voluntario, ya bien determinado.

Quinta. El tipo penal de peculado no admite la omisión en ninguna de sus formas, los verbos señalados en el artículo 223 del Código Penal Federal los cuales consisten en "distraer" en la fracción I, "utilizar" en la fracción II, "solicitar" o "aceptar", en la fracción III y "distraer" en la fracción IV, son de acción, con la misma se produce un resultado que en este caso sería el menoscabo del patrimonio del estado, existiendo desde luego una relación de causalidad entre la acción y el resultado, en el caso de la corriente causalista.

En el caso del delito de peculado si lo analizamos desde el punto de vista de la teoría finalista primero el sujeto activo comenzaría a pensar su propósito de distraer o de utilizar, de solicitar o aceptar recursos públicos, seleccionaría los medios para la realización del fin ya citado, como podría ser el adquirir ciertos productos pero aparentando el gasto completo del presupuesto anual, sin embargo realmente nada más ocupa la mitad y otra parte la deposita en su cuenta personal, pero parte desde el fin que sería ubicar el dinero en su cuenta, a través de realizar una compra aparentando el gasto de todo el presupuesto, considera los efectos concomitantes como podrían ser el no cumplir con lo que se requiere para cubrir las necesidades de una entidad o dependencia, únicamente piensa en ello, posteriormente lleva a cabo la acción para la consecución del fin.

Sexta. Por otra parte, el tipo contempla la calidad específica del sujeto activo, en el caso de las fracciones I y II del artículo 323 del Código Penal Federal, la cual es de servidor público. El tipo penal de peculado no requiere de modalidades de tiempo, modo, lugar u ocasión y referencias al objeto material.

Los bienes a que se refiere el tipo comprenden los muebles e inmuebles, en los primeros también se contemplan los bienes denominados inmateriales (derechos de autor, de marca, de patente).

Los bienes pueden pertenecer al Estado, organismo descentralizado o incluso a un particular, sin dejar de considerar a los organismos a los que la Constitución

Política les ha otorgado autonomía que pueden resentir el daño, como lo es la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Instituto Federal Electoral.

Si bien es cierto, que el causalismo naturalista no requiere los elementos subjetivos y normativos, lo que si acontece con el cusalismo valorativo, el elemento normativo el tipo penal de peculado es servidor público, al requerir una valoración jurídica para determinar si el sujeto activo del delito tiene esa naturaleza, lo mismo acontece cuando el tipo penal hace refiere: “usos propios o ajenos”, “distraer”, “dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa...”, “la distracción recaiga en cosas bienes que el autor del delito haya recibido, por razón de su cargo en administración, en depósito o por cualquier otra causa”

Séptima. Es irrelevante que exista quebranto patrimonial, pues el delito existe con independencia de que se dé la lesión patrimonial.

Octava. En el caso del delito de peculado cuando existe tipicidad, siempre habrá antijuridicidad, ya que en el delito analizado no se presenta causa de justificación alguna.

Las causas de inculpabilidad que pueden presentarse en el delito de peculado conforme a la teoría clásica son el error y la coacción sobre la voluntad. Las causas de inculpabilidad que pueden presentarse en el delito de peculado conforme al causalismo neoclásico son: el error, la coacción sobre la voluntad, la inimputabilidad y el estado de necesidad. Ahora bien, podemos decir en general

las causas de inculpabilidad que pueden presentarse en el delito de peculado conforme al finalismo son: el error de prohibición, el miedo grave, la inimputabilidad y el estado de necesidad.

Propuestas:

Primera. Consideramos que en el supuesto que se analiza en la fracción I del artículo 223 del Código Penal Federal, específicamente en la parte que señala: “Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa, perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular...” sería más adecuado señalar “Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto cualquier bien perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular...”, pues está demás la relación de bienes a que hace referencia el propio tipo penal de peculado, pues con señalar el género es suficiente.

Segundo.- A pesar de que jurídicamente no se integrará el tipo penal de peculado, en caso de que se desvíen bienes del Estado de un organismo descentralizado o de un particular, de manera justificada, es necesario precisarlo en el tipo penal en comento, pues hay que evitar que los asuntos jurídicos se utilicen con fines políticos o personales, como por ejemplo para dañar al adversario político o alguna persona que su pecado sea no atender indicaciones para realizar actos contrarios a la ley.

Tercero.- Es momento de hacer una reforma al artículo 223 del Código Penal Federal, pues están de más los supuestos que contienen las fracciones II, III y IV, toda vez que tales hipótesis se ubican en la fracción I del mencionado precepto, pues en todos los supuestos la esencia es desviar los bienes que el Estado tiene bajo su dominio o posesión, y por lo que hace a la última fracción respecto a los sujetos activos, siguiendo

lo dispuesto por 220 del Código Penal Federal, tienen la naturaleza de servidores públicos, en consecuencia queda demostrado que tampoco es útil en la práctica esta fracción IV, pues si interviniera alguna persona que no está reconocido como servidor público, tendría algún grado de participación en el delito de peculado y si realizase la conducta por sí mismo no estaríamos en presencia del delito de peculado sino en cualquier otro como podría ser abuso de confianza.

BIBLIOGRAFÍA

1. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. **“Derecho Penal Mexicano”**. Vigésimo primera edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
2. Castellanos Tena, Fernando. **“Lineamientos Elementales del Derecho Penal”**. Trigésima cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
3. Daza Gómez, Carlos Juan Manuel. **“Teoría General del Delito”**. Segunda edición, Editorial Cárdenas Distribuidor, México, 1998.
4. Díaz Aranda, Enrique. **“Dolo, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo y la Reforma Penal en México”**. Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
5. -García Jiménez, Arturo, **“Dogmática Penal en la Legislación Mexicana”**. Editorial Porrúa, Primera edición, México, 2003.
6. Jiménez de Asúa, Luis, **“Lecciones de Derecho Penal”**. Editorial Harla, México, 1997.
7. Jiménez Martínez, Javier. **“Introducción a la Teoría General del Delito”**. Editorial Ángel Editor, México, 2003.

8. Jiménez Martínez, Javier. **Lineamientos Generales de la Teoría del Delito**". Editorial Incija ediciones, México, 2003.
9. López Betancourt, Eduardo. **"Delitos en Particular"**. Tomo II, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
10. López Betancourt, Eduardo **"Introducción al Derecho Penal"**. Editorial Porrúa, México, 1994.
11. López Betancourt, Eduardo, **"Teoría del Delito"**. Primera edición Editorial Porrúa, México, 1994.
12. Malo Camacho, Gustavo, **"Derecho Penal Mexicano"**. Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
13. Medina Peñaloza, Sergio J. **"Teoría del Delito"**. Editorial Ángel Editor, México, 2001.
14. Mezger, Edmund. **"Derechos Penal Parte General"**. Segunda edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990.
15. Muñoz Conde, Francisco y Gracia Aran Mercedes. **"Derechos Penal Parte General"**. Segunda edición, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 1996.

16. Momssen, Teodoro. **"Derecho Penal Romano"**. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.

17. Pavón Vasconcelos, Francisco, **"Manual de Derecho Penal Mexicano"**. Décima cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1987.

18. Pérez Nieto Castro, Daniel. **"Reformas Constitucionales de la Renovación Nacional"**. Compilador, Editorial Porrúa, México, 1987.

19. Roxin Claus, **"Derecho Penal, Parte General"**. Tomo 1, Traducción al Español de la Segunda edición Alemana, Editorial Civitas, S. A.

20. Welzel, Hans. **"Derecho Penal Alemán"**. Cuarta edición, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997.

Otras consultas

21. Carrancá Y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. **"Código Penal Anotado"**. Vigésimo primera edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

22. Díaz de León, Marco Antonio. **"Código Penal Federal con Comentarios"**. Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

- 23 **“Enciclopedia Jurídica Omeba”**. Tomo XXI, Editorial Ancaho, Buenos Aires, 1975.
24. González de la Vega, Francisco. **“El Código Penal Comentado”**. Décimo segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
25. Instituto de Investigaciones Jurídicas. **“Diccionario Jurídico Mexicano”**. Tomo IV, Séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
26. Instituto Nacional de Ciencias Penales. **“Leyes Penales Mexicanas 1”**. Editorial INACIPE, México, 1979.