



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ARAGÓN

**“REFORMA DEL ARTICULO 223 DEL
CÓDIGO PENAL FEDERAL.”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

EDGAR FRANCISCO JUÁREZ RODRÍGUEZ

ASESOR:

MAESTRA MARIA GRACIELA LEÓN LÓPEZ

MÉXICO

2005.

0350327

Gracias a la Universidad Nacional Autónoma de México, pilar imprescindible de la educación y el desarrollo de nuestro querido México; porque sin su existencia sería imposible que a la gente del pueblo, se nos otorgue la oportunidad de acceder a la educación superior.

Agradezco con profunda sinceridad a la licenciada María Graciela León López por su valiosa ayuda para la elaboración de éste trabajo; por las enseñanzas brindadas en la cátedra que imparte y por ser gran impulsora de la titulación de todos los egresados.

Especial gratitud a Eva y Francisco, por darme la vida y cumplir con la difícil tarea de ser mis padres; quienes se han convertido en el principal motor que me impulsa; para ellos, de todo corazón éste humilde logro que en gran medida es suyo.

Gracias a Paquita, fiel compañera, quien me ha otorgado incondicionalmente su apoyo y su cariño, sin importar la fuerza con que soplen los vientos; compañera imprescindible quien me ha dado la fuerza y el cariño incondicional para recorrer éste largo y sinuoso camino.

Toda mi gratitud a Teresa, Consuelo, Lilia, Ángeles y Verónica, quienes me han enseñado el verdadero valor de la familia; pero sobre todo gracias por comprenderme y por su incondicional apoyo durante toda mi vida.

A la memoria de Efrén, quien fue para mí, mejor que cualquier hermano; mismo que si estuviera con nosotros, compartiría conmigo la felicidad de éste pequeño logro. (Hermano Lobo)

Expreso mi sincero agradecimiento a Ramón, Víctor y Alfredo por extenderme su mano desinteresadamente en aquellos momentos en que más he necesitado.

Particular agradecimiento y dedicatoria para Manuel, Alfredo, David, Víctor, Daniel, Azucena, Sofía y Dallana; quienes han depositado en mí de forma simultánea, un gran afecto y una gran responsabilidad; a quienes espero no defraudar y representar para ellos un buen ejemplo para la vida.

Con toda mi gratitud y cariño para todos mis amigos de la Universidad, en quienes tuve la fortuna de encontrar el verdadero valor de la amistad y su incondicional apoyo.

Gracias a mi tío Adolfo por sus consejos y su apoyo moral para alcanzar ésta meta, siempre que lo he necesitado.

Gracias a la vida ...

FRANCISCO

INDICE

“REFORMA DEL ARTÍCULO 223 DEL CODIGO PENAL FEDERAL.”

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO I. MARCO HISTORICO DEL DELITO DE PECULADO.	
1.1 Derecho Romano	1
1.2 Derecho Español Antiguo	4
1.3 Legislación en México	8
1.3.1 Código Penal de 1871	8
1.3.2 Código Penal de 1929	14
1.3.3 Código Penal de 1931	16
CAPITULO II. CONSIDERACIONES CONCEPTUALES RELATIVAS AL DELITO DE PECUALDO.	
2.1 Peculado	21
2.2 Servidor Público	24
2.3 Fondos Públicos	29
2.4 Administración Pública	30
2.5 Organismo Descentralizado	33
CAPITULO III. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE PECULADO	
3.1 Constitutivas del delito	39
3.2 Sujeto Activo	44
3.3 Sujeto Pasivo	47
3.4 Bien Jurídico Tutelado	50
3.5 Dolo	53
3.6 Objeto del Delito	56
3.7 Clasificación	58
3.8 Pruebas	63
CAPITULO IV. LEGISLACIÓN FEDERAL RELATIVA AL PECULADO	
4.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	69

4.2 Código Penal Federal	76
4.3 Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental	94
4.4 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal	100
4.5 Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos	104
4.6 Criterios de Jurisprudencia Emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	109

CAPITULO V. REFORMA DEL ARTÍCULO 223 DEL CODIGO PENAL FEDERAL.

5.1 Características Intrínsecas que debe Contener Cualquier Servidor Público	119
5.2 Destitución e Inhabilitación Permanente del Servidor Público para Desempeñar Empleo, Cargo o Comisión Públicos	130
5.3 Equiparación del Monto de lo Distraído y la Multa	138
5.4 Objeto de la reforma al Artículo 223 del Código Penal Federal	144
CONCLUSIONES	156
BIBLIOGRAFÍA	161

INTRODUCCIÓN

Existen delitos, cuya comisión tiene una gran repercusión dentro de la sociedad, tal es el caso del homicidio, la violación o el secuestro, por tal razón se piensa que deben ser sancionados con la más severa de las sanciones; o en otro de los casos existen delitos que se cometen con un alto grado de frecuencia, lo que ocasiona que se entablen cerradas luchas en contra de su comisión, es por eso que el combate al crimen organizado y al narcotráfico, representan las principales batallas que se libran día con día; tan es así que se ha convertido en uno de los principales temas abordados por políticos, académicos, juristas y por la ciudadanía en general; sin embargo, aunque la corrupción en éstos últimos meses, también se ha convertido en un tema relevante que ha sido perfectamente aprovechado por los medios de comunicación y por los políticos, todo lo que se dice son palabras con poco fundamento y que en poco han contribuido a solucionar tan grave problema.

Aunque en muchos otros países, principalmente de Europa, en donde se preocupan altamente por éstos temas, continuamente se realizan estudios serios y confiables acerca de la corrupción en general y sus consecuencias políticas, económicas pero principalmente sociales. En tal sentido, se realizan estudios específicamente sobre el peculado y las repercusiones que su comisión ocasiona dentro de la sociedad; mismos que han sido de gran utilidad y que gracias a ellos se han adoptado las medidas apropiadas para disminuir la frecuencia en la que se comete éste delito. Pero en nuestro país, son mínimos los estudios que se han hecho para evitar que la comisión de tales conductas ilícitas disminuya su frecuencia.

El peculado, aunque es un delito, cuya comisión no produce en la mente de los ciudadanos tanto impacto como puede producir el presenciar un homicidio, robo, violación o saber de un secuestro; no por esto deberá de considerarse como un delito menor o un delito de poca relevancia; porque aunque la frecuencia en que éste delito se comete, no se compara con la frecuencia en que se cometen los delitos referidos, el daño que produce a la sociedad y a la nación es enorme, tanto así, que la comisión de éste delito ha representado uno de los factores que ha contribuido al empobrecimiento de México.

En los últimos años, el peculado se ha convertido en un elemento característico de algunos malos servidores públicos, que utilizan para acometer de manera constante y sistemática en contra del patrimonio del Estado; patrimonio que están obligados a salvaguardar.

A pesar de todos los problemas que aquejan a México, los peculadores continúan aprovechando para saquear las arcas del Gobierno y ni los políticos ni el sistema de procuración y administración de justicia han sido capaces de resolver tan grave problema; ya que los peculadores se convierten en prófugos de la justicia o luego de un largo proceso judicial, los servidores públicos peculadores obtiene su libertad, gracias a la existencia de deficiencias legales.

Muchos de los problemas a que se tienen que enfrentar los órganos de procuración y administración de justicia tiene que ver en primer lugar con lo complejo de la redacción legislativa del peculado. Mas sin embargo consideramos que el principal error de la redacción legislativa del delito de peculado se encuentra en las sanciones que el legislador consideró como las más idóneas para castigar a los servidores públicos peculadores; pues atendió únicamente a un criterio cuantitativo para la imposición de las sanciones en éste delito; como si los bienes pertenecientes al Estado fueran el único bien jurídico tutelado que se afecta y por si fuera poco, las sanciones pecuniarias que se aplican a los sujetos quienes cometen éste delito, son notoriamente desproporcionadamente inferiores a los beneficios que pueden obtenerse.

Con ésta situación, los principales afectados seremos los ciudadanos, ya que por consecuencia de las distracciones de bienes públicos que son cometidas por aquellos malos servidores, se impide que muchos programas de desarrollo social lleguen íntegramente a sus objetivos y por ende dejen de cubrirse las necesidades para la que fueron creados.

En este trabajo expondremos la importancia que tiene la administración pública, como medio par la satisfacción de necesidades específicas y su relación con la necesidad de sancionar con mayor severidad a todo aquel servidor público que aprovechándose de tal calidad corrompa el servicio público. Además de que expondremos las sanciones más idóneas para castigar éste delito y los motivos que nos sirvieron de fundamento para hacer tal proposición.

De seguir de cierta forma solapándose la comisión del peculado, se continuará afectando a todos los mexicanos, quienes solamente verán como se esfuman los recursos del Estado y como irán aumentando sus carencias.

Por tales motivos, en el presente trabajo presentaremos una serie de propuestas, que constituyen básicamente en modificar las penas que se deben imponer a todos aquellos servidores públicos que incurrn en el delito de peculado, con el objeto de establecer penas más severas que no necesariamente tengan que comprender el aumento de la pena corporal para engendrar dentro del servidor público cierto temor a modificar la rectitud de su camino, sino se trata de aislar a todo aquel servidor público peculador para impedir que continúe con sus acciones delictuosas. Pero para la realización de éste proyecto, es menester el realizar una reforma al artículo 223 del Código Penal Federal, en lo que respecta a las sanciones; reforma que es urgente y necesaria para evitar que el servicio público se siga corrompiendo.

CAPÍTULO I.

I. MARCO HISTÓRICO DEL DELITO DE PECULADO.

1.1 DERECHO ROMANO.

La figura del peculado, aunque no tuviera originalmente el sentido que actualmente se le ha dado en nuestro Código, fue identificado desde tiempos antiguos por la razón de que los dirigentes se preocuparon por defender sus pertenencias, frecuentemente confundidas con los bienes del común.

En el Derecho Romano, la figura jurídica del Peculado, era conocida originalmente con el nombre de *peculatus* que se deriva del latín *pecus*.⁽¹⁾ Que es el nombre otorgado al delito cometido por quienes se apoderaban del ganado público; recordando que antiguamente era el ganado el que servía al Estado y a los particulares como medio de cambio y común medida de los valores.

Por otro lado, el *Sacrilegium* era considerado, como el hurto de la *res sacra*, es decir, la cosa que se había consagrado a los dioses. Sin embargo, a pesar de la diferente denominación entre el *Sacrilegium* y el *Peculatus* en un comienzo se consideró a ambos como la misma figura, debido a que en Roma no existía una distinción jurídica entre los bienes divinos y los pertenecientes al Estado, por lo que la única distinción se hacía atendiendo al uso que se les otorgaba. Pero con el transcurso del tiempo, ambas figuras comenzaron a distanciarse, existiendo una evolución jurídica en torno del *Peculatus*, a tal grado éste último, podemos entenderlo como una sustracción de los caudales del erario público, hecha por las mismas personas que los manejan.

En realidad poco sabemos respecto de cómo era considerado el Peculado en Roma antigua; por lo que es importante atender a la "*Ley Julia del Peculado, de las sustracciones sacrílegas y de los remanentes detenidos*"⁽²⁾ para alcanzar una buena comprensión del origen de ésta figura jurídica; en cuyo texto relativo al Peculado dispone:

(1) CARRERA, Daniel P. Peculado. "De Bienes Públicos y de Trabajos o Servicios" De Palma. Argentina. 1968 Pags. 2-3.

(2) CARRERA, Op Cit. P. 3

“que nadie quite, ni intercepte ni invierta en cosas suyas, parte del dinero sagrado, religiosos o público; ni haga de modo que alguno lo quite, lo intercepte o lo aplique a cosa suya, a no ser que a él le fuera ciertamente lícito por la ley; y que nadie ponga ni mezcle en el oro o en la plata o en el dinero público alguna cosa, ni haga a sabiendas, con dolo malo que se ponga o se mezcle, por la que se deteriore”

En ésta cita, nos percatamos de que en Roma al dinero sagrado, religioso o público; se le otorgó un valor especial, distinto al otorgado al dinero propiedad de los particulares, por lo que se estableció una regulación específica y muy propia para el caso en que el dinero sagrado, religioso o público fuera desviado o utilizado para el beneficio de la persona a quien se le asignó su cuidado y administración, con lo que queda de manifiesto la intención de otorgársele una regulación jurídica distinta y privilegiada; con relación a otras figuras similares tales como el *furtum*, con la que en algún momento llegó a confundirse.

Entonces, el peculado apareció, como un hurto agravado debido a la calidad de las cosas sobre las que recaía; pero ésta arcaica consideración se amplió y se extendió a quitar, interceptar o aplicar en uso propio dinero público. Así mismo se comprendieron algunas formas que no consistieron precisamente en tomar algo de pertenencia del Estado, sino en procurárselo de forma fraudulenta, tal como nos cita Daniel P. Carrera, en su libro “El Peculado”⁽³⁾ que a la letra dice:

“Los que al trabajar en la moneda pública acuñan independientemente para sí moneda, con el sello público, o hurtan la acuñada, no se considera que hicieron moneda falsa, sino que cometieron hurto de moneda pública, lo que cae dentro del delito de peculado”.

Al leer la cita, nos percatamos que en el Derecho Romano continuaron los intentos por perfeccionar la legislación referente a la figura jurídica del peculado ya que al ir surgiendo nuevas conductas ilícitas por parte de los hombres, se trató de encuadrarlas en las figuras ya existentes, pero lo más importante es que

(3) Idem.

comenzó a considerarse un nuevo e importante elemento: "la calidad del sujeto quien delinque".

Si bien en un principio se protegió solo a los bienes del pueblo romano, después se comprendió a los de las ciudades. En el imperio, la represión atendió no solamente a la calidad o carácter de los bienes, sino que entró en consideración la calidad del agente funcionario del Estado que actuaba deslealmente.

La *Ley Julia* preveía, además del *Sacrilegium* y el *Peculatus*, a los residuos, considerándose a éstos últimos la suma o los bienes que quedaban en poder de alguien después del ejercicio de una misión pública y que estaba obligado a restituir con la rendición de cuentas, convirtiéndose los residuos en la figura que marca la culminación del peculado. Aunque leyendo a Daniel P. Carrera⁽⁴⁾, encontramos que la pena del peculado y de los residuos en el Derecho Romano, eran considerablemente distintas. El peculado se castigó inicialmente con la pérdida del empleo y de la honra, posteriormente llegó a ser sancionado con la pena de minas, la deportación e incluso la muerte, posteriormente, las penas comenzaron a evolucionar de una forma más benigna, al ser reducidas a la deportación y a la confiscación; mas adelante a la privación de la ciudadanía y restitución del doble que equivale a una multa del tanto; mientras que los residuos acarrearán como castigo el pago de una tercera parte más de lo debido. En lo que concierne a las penas con que se castigaba el peculado, la "*Ley Julia del Peculado, de las Sustracciones Sacrílegas y de los Remanentes Detenidos*"⁽⁵⁾ dispuso:

"48, 13, 3. La pena de peculado consiste en el destierro a agua y fuego, sustituido en la actualidad por la deportación. Ciertamente, el que cae en esa situación pierde todos sus bienes lo mismo que todos sus anteriores derechos".

Del anterior texto se desprende, que el peculado a diferencia de los residuos, era considerado como un delito grave, ya que se traicionaba con mayor gravedad la confianza conferida a la persona a quien se le habían encomendado determinados bienes; motivo suficiente para que las penas fueran mas severas.

(4) CARRERA, Daniel P. Op Cit. Pág. 5.

(5) D'ORS, Alvaro. El Digesto de Justiniano. Tomo III. Aranzadi. España. 1975. Pags. 712 -714.

Luis Carlos Pérez en su libro "Tratado de Derecho Penal" (6), señala que las penas impuestas a quienes cometían el delito de peculado, en la Roma arcaica, es decir, cuando el ganado servía como medio de pago, remitía a los mayores excesos penológicos, pues al responsable se le privaba del agua y del fuego antes de condenarlo a morir, sin que importara nada su carácter de empleado o su apartamiento de las funciones oficiales; bastaba el simple apoderamiento de las cosas públicas para configurar el delito.

En el Derecho Romano, existió confusión para poder determinar el Sujeto Pasivo del delito, así como también existió confusión en el hurto de los bienes estatales con acciones de otra naturaleza, esto tuvo cabida bajo el régimen de Julio César y nos señala el mismo Luis Carlos Pérez (7) que fue hasta la "*Ley Julia de Peculato*" que se incluyó dentro de esta figura, la pérdida de los objetos destinados a los sacrificios religiosos y el aprovechamiento de los fondos en actividades distintas de las indicadas.

1. 2 DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO.

Presentaremos a continuación una breve reseña de disposiciones jurídicas propias del Derecho Español Antiguo, que representaron una importante influencia en el proceso evolutivo del delito de peculado; en dicho proceso analizaremos las modificaciones que sufrió la legislación en torno al delito en estudio, encontrándonos con nuevos elementos en cada una de sus reformas.

Es relevante estudiar los textos emanados tanto del Derecho Romano como del Derecho Español antiguo, porque ambos constituyen dos grandes cimientos en donde se construyeron las instituciones y figuras jurídicas contempladas en la legislación actual mexicana; no solamente en materia civil, sino también en la penal; recordando que para el caso particular del Derecho Español, muchos de sus ordenamientos jurídicos tuvieron amplia vigencia en nuestro país, desde la época de la colonia y hasta mucho tiempo después de nuestra Independencia; lo que constituye un importante legado jurídico para nuestro país.

(6) PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Temis. Colombia. 1968. Pags. 175 - 176

(7) *Idem*.

LAS SIETE PARTIDAS.

En las Leyes de Partidas el peculado constituyó una ofensa a la autoridad Real. En éste cuerpo legislativo, encontramos regulados de forma separada al peculado y los residuos, siendo destacable el distinto tratamiento en cuanto a la pena; éstas leyes disponían que debía morir no sólo el oficial del Rey que tuviese algún tesoro en guarda o que recaudara pagos o derechos y los hurtara o el juzgador que, mientras estuviera en función, hurtara los "maravedís" del Rey o de un consejo, sino también aquel o aquellos que les prestaran ayuda, consejo o los encubrieran.

Al respecto, el mismo Daniel P. Carrera, en su libro "Peculado"⁽⁸⁾, hace una cita de la Ley XVIII, t. XIV, p. VII. Que a la letra dice:

"Mas por razón del furto non deven matar, nin cortar miembro ninguno. Fende si fuese ladrón conosciado... o oficial del Rey que tuviesse del algún tesoro en guarda, o que oviessse que recabdar sus pechos, o sus derechos, e le furtare, o le encubrire dello a sabiendas, o el judgador que furtase los marvedís del Rey o de algún concejo, mientras estuviere en el oficio. Quialquier destes sobredichos a quien fuere probado que fizo furto en alguna destas manera, debe morir por ende, el e quantos dieren ayuda, e consejo a tales ladrones, para fazer el furto, o los encubrieren en sus casas, o en otros lugares, deven aver aquella mesma pena. Pero si el Rey, o el concejo, non demandasse el furto que había fecho el su oficial después que los supiere por cierto, fasta cinco años, non le podría después dar muerte por ello, como quier que le podría demandar pena de pecho de quatro doblo".

En el texto transcrito, encontramos un elemento nuevo, que es la prescripción de la figura jurídica en estudio, elemento no había sido considerado por ninguna de las legislaciones anteriores. En las Partidas se establece un término, dentro del cual se podía hacer la denuncia del delito; al vencer el término, prescribía el derecho de ejercer cualquier acción en contra del probable delincuente, por lo tanto ya no podía imponérsele la sanción aludida.

(8) CARRERA, P. Daniel. Op Cit. Pág. 7

En las "Siete Partidas", como en la mayoría de las leyes de la época, se tuvo especial cuidado en la conservación de las Rentas y Derechos porque de ellas dependía totalmente el sostenimiento del Estado Español; causa suficiente para considerar como delito grave el que cualquier persona las usurpase, por lo que la pena impuesta era la de muerte y la total pérdida de sus bienes; en éste mismo ordenamiento, se mantuvo la distinción entre el erario y el fisco, tal como se comenzó a manejar desde el Derecho Romano; sancionando con la muerte la desaparición de bienes pertenecientes al erario. En atención a un criterio distinto, en lo que respecta a las penas impuestas a quienes cometieron el delito de peculado, es la Partida VII, Título XIV Ley XIV⁽⁹⁾, que en su tenor señala:

"Maravedis del Rey teniendo algunt su despensero, de que hobiese a pagar quitación a caballeros, ó á otros homes que hobiesen á facer algunas labores ó otras cosas semejantes destas por su mandato, si aquel que los toviese, non los despendiese ó non los pagase allí do el Rey mandase, mas comprase dellos alguna cosa á su pro, si esto ficiese sin mandado del Rey, como quier que este atal no face furto, pero face muy grant yerro posponiendo la pro del Rey su señor por la suya misma..."

En la anterior cita, concurren todos los elementos que constituyen el delito de peculado de cualquiera de las legislaciones actuales, sin embargo, la redacción es todavía muy arcaica, pero esto no resta mérito a lo ya construido, ya que se incluyen a todos los elementos constitutivos del delito en estudio, situación que se convierte en un gran logro jurídico; en otro de los avances, cabe destacar que la conducta descrita en la cita, no se castigaba con la pena de muerte, pena que generalmente era la pena impuesta a los sujetos que incurrían en tal delito; para éste nuevo supuesto, la pena es ya más benévola ya que únicamente consistía en la restitución y el pago de un tercio mas del importe desviado por el delincuente peculador; contrario a lo anterior, Joaquín Escriche, hace referencia en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia⁽¹⁰⁾, a la sanción que

(9) ALFONSO, El Sabio. Las Siete Partidas, Tomo II. Atlas. España. 1972. Ley 14, título. XIV. Partida. VII.

(10) ESCRINCHE, Joaquín. Op CIL. Pag. 1338.

obra en el tenor de la Ley VII, Título XIV, de la Partida VII del Rey Don Alfonso el Sabio; en donde se aprecia la imposición de la pena capital como sanción al tesorero recaudador o juez que robe u oculte maliciosamente alguna cantidad perteneciente a los fondos públicos y aún a los auxiliares consejeros o encubridores; resaltando que aún no existía criterio homogéneo para imponer las penas a quienes incurrieran en peculado, en la mayoría de los casos se atendió a la calidad de los sujetos activos del delito, considerando que los jueces, tesoreros o recaudadores, cometían el delito de forma agravada, porque en ellos se había depositado mayor confianza para velar los bienes del Estado, y al traicionar la confianza conferida, se tenía a bien castigarlos con la pena capital.

LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN.

En la Novísima Recopilación se encuentra una tendencia a la protección del erario, por lo imprescindible que éste era para el sostenimiento del Estado Español. Sus previsiones se encontraban dirigidas a quienes, de propia autoridad y sin licencia o mandato del Rey, tomaban para sí fondos, o para quienes los ocupaban a sabiendas, también para los que oponían resistencia a los encargados por el Rey de la recaudación; al respecto, Joaquín Escriche⁽¹¹⁾ expone; que cometía el delito de peculado, quien tomaba de forma violenta para sí y por decisión propia las rentas y los derechos reales pertenecientes a el Rey, o quien por medio de violencia impidiera su cobranza incurría en las penas de muerte y confiscación de bienes; del mismo modo eran castigados quienes de cualquier forma hubiesen aconsejado o interpuesto violencia para impedir su cobro; también se castigaba al empleado público quien teniendo conocimiento y las facultades para probar una fraudulenta usurpación, no realizara la respectiva denuncia, dentro de los dos meses siguientes a los que tuvo noticia, era sancionado con la pérdida de la mitad de sus bienes, y cualquier honor que le hubiese sido otorgado por el soberano.

En la Novísima recopilación, las penas, no fueron más benignas, por lo que se continuó imponiendo la pena capital y la pérdida de todos los bienes del sujeto activo del delito; no fue sino a partir del Código Penal Español de 1922 que la pena se redujo a privación de la libertad, multa, restitución e infamia.

(11) Idem.

Los orígenes y la formación histórica del peculado, influyeron notablemente en las distintas posiciones que se han adoptado en torno a su verdadera objetividad jurídica. Primero, el peculado se presentaba como un hurto agravado por la calidad de los bienes sobre los que recaía; lo que permitió que el peculado se considerara como un delito en contra de la propiedad. Actualmente, en el peculado encontramos que se tutela un doble interés. Por un lado la protección de intereses patrimoniales, por el otro, el sujeto Activo, rompe con un deber encomendado por consecuencia de su calidad.

1.3 LEGISLACIÓN EN MÉXICO.

La legislación histórica en México relativa al Peculado, es abundante y ha surgido con gran influencia del derecho extranjero, propiamente se debe al Derecho Romano y en segunda instancia al Derecho Español vigente en nuestro país durante la época de la colonia, razón para comenzar a estudiar el peculado en nuestro país, a partir del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871, código que surge como consecuencia de una serie de transformaciones que modificaron la realidad y las necesidades de nuestro país, no solamente en el ámbito jurídico, sino en el económico y el social. En el ámbito jurídico, México comienza a desprenderse de forma moderada de instituciones jurídicas extranjeras, principalmente del Derecho Español, para empezar a adquirir identidad propia.

1.3.1 CÓDIGO PENAL DE 1871.

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871, reguló el delito de Peculado, del artículo 1026 hasta el artículo 1031. El artículo 1026 del ordenamiento en cuestión, señala la calidad que deben ostentar los sujetos activos del delito de peculado, además indica las conductas que constituyen el delito. Creemos pertinente citar el texto de éste artículo, para estudiarlo con mejor apreciación; mismo que reza⁽¹²⁾:

"Artículo 1026._ Comete el delito de peculado: toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no

(12) Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leyes Penales Mexicanas. Tomo I. México. 1979. Pag. 467.

tenga el carácter de funcionario, que para usos privados, propios o ajenos, distraiga de su objeto dolosamente el dinero, valores, fincas, o cualquiera otra cosa perteneciente a la nación, a un municipio o a un particular; si por razón de su encargo los hubiere recibido en administración, en depósito, o por cualquiera otra causa”.

Aunque en éste código, los legisladores no se atrevieron a definir al sujeto activo del delito de peculado como “servidor público”, ya se tenía considerado que por el hecho de habersele encargado un servicio público era poseedor de una responsabilidad especial sin importar que el encargo se le haya otorgado de forma provisional, interina, o que prescinda del carácter de funcionario, bastando el que desempeñe funciones públicas; para poder ser sancionado en caso de incurrir en éste delito.

Es necesario recalcar, que en éste código, todavía no existía una definición de Servidor Público, siendo un importante avance que el Código Penal Federal actual incluya una definición que nos auxilie para saber a quienes debemos considerar como Servidores Públicos; aunque la misma no sea muy clara.

Avanzando en éste tenor, encontramos que el artículo 1027 del Código Penal de 1871⁽¹³⁾, posee el siguiente contenido:

“Artículo 1027._ No servirá de excusa al que cometa el delito de peculado, el haber hecho la distracción con ánimo de volver, con sus rédito o frutos, aquello de que dispuso”.

Éste numeral negaba la posibilidad de que el sujeto activo se excuse alegando que su intención era devolver con sus réditos o frutos los bienes desviados que le fueron encomendados por razón de su cargo, ya que éstos están destinados para un objeto en particular, por ende no pueden ser utilizados en cosa distinta a la asignada, impedimento por el cual no podía utilizarse éste argumento como defensa, por que por el simple hecho de impedir que los bienes lleguen al rubro que les fue asignado ocasiona que se retrase la oportuna realización obras o la prestación de servicios para el bienestar de la colectividad. Pero

(13) Idem.

primordialmente, éste artículo representó un candado a la posibilidad de efectuar una acción delictuosa sin castigo, ya que de no existir éste artículo, el servidor público que fuere descubierto en el desvío de bienes, podía argumentar que el motivo de la distracción de los mismos se debía a que buscaba incrementarlos en cantidad y que con posterioridad los regresaría al erario público con los frutos o los réditos que hubiesen podido generar, en fin, de no negarse ésta posibilidad, cualquier Servidor Público deshonesto podría aprovecharla para cometer un delito y tener en sus manos una excusa para poder salir librado en el caso de ser descubierto.

Ahora, atendiendo a la sanción, el artículo 1028 del ordenamiento legal en comento, expresaba lo siguiente⁽¹⁴⁾:

"Artículo 1028._ El peculado se castigará con las penas siguientes:

- I. Con arresto mayor y multa de 50 a 200 pesos, si el valor de lo sustraído no pasare de cien pesos;*
- II. Con uno a dos años de prisión y multa de 200 a 1000 pesos, cuando el valor de lo sustraído pase de 100 pero no de 500 pesos;*
- III. Cuando pase de 500, se aumentarán 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 2000 pesos;..."*

Para la imposición de las penas contenidas en éste artículo, se atendió a un criterio cuantitativo, siendo notable que la sanción pecuniaria se establece de forma proporcional con la cantidad desviada; pero la fracción tercera de éste artículo es la que establece como límite la cantidad de 2000 pesos por concepto de multa y de doce años la pena privativa de la libertad. El problema de establecer un límite a la sanción pecuniaria, es que el servidor público, pudo haber hecho un desvío enormemente mayor al de la multa y solo sería sancionado con dos mil pesos.

El atender únicamente a un criterio cuantitativo para imponer una sanción en el delito en estudio, deja grandes lagunas ya que la sanción debe comprender otros

(14) Instituto Nacional de Ciencias Penales. Op Cit. Pag. 468

bienes jurídicos que fueron vulnerados, por lo que la sanción debe tener una distinta intención, lo que abordaremos mas detenidamente con posterioridad.

Más adelante, en el mismo artículo encontramos que la fracción IV⁽¹⁵⁾, señala:

"... IV . Además de las penas de que hablan las fracciones anteriores, se impondrán en todo caso las de destitución de empleo o cargo e inhabilitación perpetua para obtener otros en el mismo ramo, y por diez años para los de ramo diverso".

Esta fracción es importante, porque representa un complemento a las sanciones contenidas en las tres fracciones que le anteceden al contemplar la destitución e inhabilitación del Servidor Público deshonesto; sanción de cierta forma innovadora, con la que se persigue la protección del bienestar de la colectividad y los bienes propiedad del Estado al inhabilitar a un sujeto deshonesto.

En el artículo 1029, de éste código Penal⁽¹⁶⁾ encontramos una agravante a la fracción II del artículo 1028, que señala:

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

Este artículo dispone una sanción más severa para aquel Servidor Público que intente sustraerse de la acción de la justicia, sin embargo, no existe razón que justifique el sentido de éste artículo, ya que si el legislador trató de establecer una agravante para éste delito, no debió hacerlo de forma exclusiva a la fracción aludida, si no para todas fracciones. Además, en la redacción de éste artículo existe un error, al referirse al sujeto activo del delito, como "reo", siendo que como "reo", debe entenderse al sujeto que se encuentra purgando una pena como consecuencia de haber sido enjuiciado; por lo que debió de haberse utilizado un término distinto al elegido por el legislador; pudiendo quedar: *"Al servidor público que se sustraiga de la acción de la justicia..."*

(15) Idem.

(16) Idem.

Por otro lado, el artículo 1030, del mismo ordenamiento ⁽¹⁷⁾, dispone las atenuantes al delito en estudio, cuyo texto establece:

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

Pero cuando haga la devolución después de ese término y antes de que recaiga una sentencia definitiva, la pena se reducirá a la 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 la multa correspondiente”.

En los supuestos del artículo transcrito, existen una serie de atenuantes que contribuyen a disminuir la pena impuesta al servidor público que incurría en peculado; en el primer párrafo, la pena se ve disminuida a arresto menor, si el reo devolvía los sustraídos dentro de los tres días siguientes en que fue descubierto; y en su segundo párrafo, la pena se reducía a una tercia parte si el servidor público, devolvía lo desviado, después del término de tres días y antes de que se dicte una sentencia definitiva; éste artículo, representó un gran error, porque daba la oportunidad al servidor público, de recibir una pena menor, por el hecho de devolver los bienes sustraídos, como si con la restitución de éstos se subsanara la falta de probidad y la deslealtad en la que incurrió; de éste artículo se beneficiaron muchos servidores públicos, quienes al ser descubiertos en la comisión de éste delito, devolvían los bienes dentro del término de tres días y se les aplicaba una sanción menor, en el caso contrario podían disfrutar libremente de lo sustraído.

Por último, en el Código Penal de 1871⁽¹⁸⁾, el artículo 1031, refiere:

“Artículo 1031._ El conato de peculado se castigará con la pena de destitución de empleo”.

(17) Idem.

(18) Idem.

En éste artículo se considera una figura que actualmente se equiparara con la tentativa, hecho que complicó su aplicación, pues resulta difícil demostrar que un servidor público ha cometido el delito de Peculado en grado de tentativa; pues desde el momento en que el servidor público emite su comportamiento, al distraer de su objeto el bien perteneciente al Estado, puede quedar fácilmente consumado el acto, aun cuando por medio de una auditoría, dentro de un lapso no muy largo, se llegara a detectar la irregularidad; además, el simple hecho de concurrir el elemento volitivo con el intelectual traiciona la fe del pueblo, que es sin temor a equivocarnos el principal bien jurídico tutelado de ésta figura; mas sin embargo aunque la tentativa en el delito de peculado si puede existir; sería en casos muy aislados.

En el Código Penal que acabamos de estudiar, se nota la intención del legislador de promulgar leyes que regularan de forma idónea y con identidad nacional el delito de peculado; intentando adecuarlas a las necesidades prevalecientes en aquellos momentos en nuestro país; empero, no pudieron desprenderse totalmente del Derecho extranjero para la regulación del delito que nos ocupa, hecho que no resta mérito a los logros obtenidos, ya que aunque de forma arcaica, se delimitó perfectamente la figura jurídica del Peculado. Es cierto que en aquél entonces, en nuestro país, hubo un gran avance en materia jurídica, concretado por Don Benito Juárez en julio de 1859, al promulgar media docena de disposiciones legales; mismas que hoy conocemos como "Leyes de Reforma"; pero también es cierto, que en esa época los conflictos internos y las intervenciones extranjeras en nuestro país, representaron un obstáculo para que éste avance jurídico, se reflejara en leyes secundarias; es por eso que fue hasta dentro de la época conocida por los historiadores, como de la "*República Restaurada*"; misma que abarca un periodo comprendido del año 1867 a 1876, en que existió la oportunidad de crear el Código Penal Para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871. Por lo tanto podemos percatarnos que éste Código, posee tintes ideológicos propios del partido liberal, ya que demuestra la intención de sancionar a todo aquel servidor público desleal a su encargo y con esto coadyuvar a establecer el Estado de Derecho en nuestro país.

1.3.2 CÓDIGO PENAL DE 1929.

Ahora, en éste punto, abordaremos el estudio del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929, mismo que reguló el delito de Peculado del artículo 1,219 al 1,225⁽¹⁹⁾. En éste ordenamiento jurídico, es necesario mencionar que el texto del artículo 1,219, es muy parecido al artículo 1026 del Código Penal de 1871 y solo se observan mínimas diferencias entre ambos textos, sin que esto signifique que carezcan de importancia. En el artículo 1,219, en primer lugar se suprimió la palabra "*propios*", con lo cual se corrige el *pleonasm*o en que incurrió el legislador, al utilizar en éste mismo precepto la palabra "*privados*", entendiéndose que con ambas palabras su intención se refiere a dar un uso *particular o personal* a los bienes que fueron desviados. Al suprimirse la palabra "*dolosamente*" se subsana otro error, al asentarse tácitamente que el peculado no puede cometerse de forma "*culposa*". Por último, se sustituye la palabra "*encargo*" por "*cargo*", por lo que es preciso entender que con la palabra "*encargo*", se hacía referencia a la encomendación hecha al servidor público de cuidar los bienes que se le confiaron y por otro lado, la palabra "*cargo*" nos remite al empleo u oficio que desempeña el Servidor Público, es decir, el nombramiento recibido.

En otro aspecto, en el artículo 1,220 del Código Penal de 1929⁽²⁰⁾, solo podemos encontrar un cambio con respecto del artículo 1027 del Código de 1871, al sustituirse la palabra "*volver*" por "*devolver*", ésta reforma, atiende primordialmente a una corrección gramatical, ya que al utilizar esta última palabra, se precisa la idea que se desea expresar, entendiéndose que las cosas volverán al estado o situación que tenían; siendo mas explícitos, los bienes serían restituidos a quien original y legalmente le pertenecen, es decir, al Estado. En síntesis, la esencia de los artículos comparados no cambia, simplemente se hace una adecuación en su redacción.

Avanzando en nuestro estudio, el artículo 1,221 del Código Penal de 1929, es en donde se encuentran las principales reformas con relación al artículo 1028 del Código Penal de 1871, para lo cual creemos oportuno hacer una cita textual, del

(19) Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leves Penales Mexicanas. Tomo III. México. 1979. Pag. 236.

(20) *Idem*.

artículo 1,221 mismo que señala⁽²¹⁾:

"Artículo 1,221._ El Peculado se sancionará del modo siguiente:

- I. Con arresto por más de seis meses y multa de diez a veinte días de utilidad, si el valor de lo substraído no pasare de cien pesos;*
- II. Con uno a dos años de segregación y multa de veinte a treinta días de utilidad, cuando el valor substraído pase de cien, pero no de quinientos pesos;*
- III. Cuando pase de quinientos, se aumentarán a las sanciones de la fracción anterior, dos meses mas de segregación y multa de diez días de utilidad por cada cien pesos de exceso, sin que la segregación pueda exceder de doce años ni la multa de cien días de utilidad.*
- IV. Además de las sanciones de que hablan las fracciones anteriores, se impondrán en todo caso las de destitución de empleo o cargo e inhabilitación por veinte años para obtener otros en el mismo ramo, y por diez años para los de ramo diverso.*

Una de las principales reformas que se hicieron al artículo citado, con relación al artículo 1028 del Código Penal de 1871, fue que para establecer el monto de la sanción pecuniaria se tomó como referencia una constante; esto surgió de la necesidad de establecer un factor que pudiera permanecer fijo en el tiempo y que no sufriera alteraciones por las devaluaciones ni por las crisis económicas que tanto aquejan a nuestro país. Por tal razón se tomó como factor para la imposición de las multas, los "días de utilidad", evitando establecer la multa directamente en pesos, cuyo valor se ve mermado por las devaluaciones constantes que éstos sufren; empero aún encontramos que para fijar la cantidad de lo desviado, se sigue utilizando al peso como referencia, por lo que ésta reforma es incompleta.

Tocante a la pena privativa de libertad, se hicieron algunas reformas sin mucha trascendencia, aumentando las penas con que se sancionará a quienes

(21) Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tomo III. Op Cit. Pags. 236 –237.

cometan el delito de peculado. Como principal reforma, encontramos, la realizada en la fracción IV del artículo en cuestión, ya que la inhabilitación a que se hacía merecedor el servidor público para obtener otro empleo o cargo en el mismo rubro; anteriormente era perpetua, ahora en ésta reforma, benignamente se reduce a 20 años; situación que representa un retroceso en los criterios del legislador, ya que sigue dando más importancia a la sanción pecuniaria y a la privativa de la libertad, que a la inhabilitación del servidor público deshonesto, denotando que considera como principal bien jurídico tutelado al patrimonio del Estado.

En lo que respecta al artículo 1,222. del Código Penal de 1929, relacionado con el artículo 1019 del Código de 1871, continuaron con su misma esencia.

Ahora, estudiando el artículo 1,223, del Código de 1929, encontramos como una reforma importante, el plazo de tres días que concedía el artículo 1030 del Código de 1871, se amplió a diez días, otorgando mayor facilidad a el responsable del delito, para restituir los bienes que fueron objeto del desvío.

Por último, el artículo 1,224 del Código Penal de 1929, con relación al artículo 1031 del Código de 1871, continuó exactamente con el mismo texto, modificándose únicamente el numeral.

Después de haber realizado una sencilla comparación entre éstos dos ordenamientos legales, nos percatamos que el criterio del legislador para la imposición de las penas fue siempre un criterio cuantitativo, atendiendo siempre al monto de las cantidades desviadas y nunca a la falta de probidad con que se manejaron los sujetos activos del delito.

1.3. 3 CODIGO PENAL DE 1931.

Ahora toca el turno de estudiar el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1931, en el cual radica una gran reforma en los artículos en torno del peculado, reforma que aleja el contenido de éste Código de los Códigos anteriormente estudiados, en el nuevo Código se reguló el peculado, en los artículos 219 al 221; para comenzar, citamos el artículo 219⁽²²⁾ cuyo tenor señala:

(22) Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tomo III. Op Cit. Pag. 333.

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

En la anterior cita se vislumbra, que ya no se atiende únicamente a un criterio cuantitativo para la imposición de las penas, porque se castiga de la misma forma a quien cometió el delito de peculado, sin importar el monto de los bienes distraídos, comenzando a considerarse como un valor jurídico preponderante el deber de fidelidad que vincula al servidor público con el Estado, protegiéndose a la colectividad; por lo que resulta un buen principio, que el sujeto que defraude la confianza que le fue otorgada, sea sancionado sin importar el monto de lo desviado, sino atendiendo a la gravedad de la falta.

Como innovación propia de éste Código, el artículo 220, ofrece una definición del delito de peculado, estableciendo las conductas que deben encuadrarse en el delito en estudio, para efecto de evitar confusiones y el uso de analogías. El texto del referido artículo es el siguiente:

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

Éste artículo establece conceptos que los Códigos estudiados no contienen, tales como “servicio público” y “organismo descentralizado”, mismos que demuestran una evolución jurídica iniciada no solamente en materia penal, sino también en otras, tales como el Derecho administrativo, rama con la que tiene estrecha vinculación la legislación penal en torno del peculado. Con relación a éste artículo, el Maestro Mariano Jiménez Huerta en su libro “Derecho Penal Mexicano”⁽²³⁾ señala que entre el delito de Peculado y el delito de Abuso de

(23) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, “La Tutela Penal del Patrimonio. Sexta Edición. Porrúa. México. 2000. Pags. 430 – 431.

confianza, existió cierta similitud, aclarándonos las diferencias entre ambos delitos, basado en la cualidad personal del sujeto activo del delito, ya que el peculado, es cometido únicamente por un funcionario, empleado o encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado, engendrándose una modalidad típica considerada *sui generis*. En éste mismo sentido, el Maestro René González de la Vega en sus "Comentarios al Código Penal" (24) quien alude que aunque de la lectura del texto legal en estudio puede concluirse que se trata de abuso de confianza del sujeto cualificado, nos indica que el legislador trató la figura de manera autónoma, por las razones que el mismo expone:

- a) Por su carácter público;
- b) Para reprimir éste delito con mayor severidad, y
- c) Para demarcar su persecución de oficio,

Razones que marcan un proceso evolutivo de la legislación del peculado.

Por último en el Código de 1931, encontramos una atenuante en el artículo 221, que a la letra dice:

"Artículo 221._ La sanción será de uno a seis meses de prisión si, dentro de los diez días siguientes a aquél en que se descubrió el delito, devolviera el reo lo sustraído.

Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución, de la inhabilitación y de la multa correspondientes".

Con relación a ésta cita, el Maestro René González de la Vega(25), indica que "el legislador, atendiendo al interés del Estado por recuperar los bienes o valores distraídos, atenúa la pena privativa de la libertad con el objeto de invitar al sujeto activo a que resarza el daño patrimonial dentro de un plazo perentorio de diez días". Al respecto consideramos que es buena la intención del legislador al tratar de recuperar el menoscabo producido en las arcas del Estado, pero no es correcto el atenuar la sanción; lo más idóneo sería la aplicación de una sanción distinta, de la cual abundaremos de forma detenida y justificada en nuestro capítulo V.

(24) GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Comentarios al Código Penal. Cárdenas. México. 1975. Pag. 301.

(25) GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Op Cit. Pag. 302.

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1982.

Ésta reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de enero de 1983 y surge como parte de una serie de reformas a varios ordenamientos legales, incluyendo la propia constitución; reformas que fueron profundas e implicaron un punto de vista más preciso sobre la forma de concebir la responsabilidad pública de los servidores públicos. Al partir de un principio jurídico de igualdad ante la Ley, se entendió que éstos estaban sujetos a la ley penal y civil como cualquier ciudadano, basándose en éste principio, emana la legislación que regula el delito de peculado tal y como lo conocemos en nuestra legislación Federal, ubicándolo en el artículo 223, único constitutivo del Capítulo XII, del título Décimo destinado para la regulación de los delitos cometidos por servidores públicos, mismo que señala:

"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 de su superior jerárquico o la de un tercero, 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 de una aplicación distinta la que se les destinó.*

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

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

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

La reforma aludida es importante, por que se ampliaron los supuestos en que puede cometerse éste delito; añadiendo que no solamente es exclusivo de los servidores públicos, ya que en su fracción tercera hace referencia que comete el delito de peculado: *“Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior...”*; en éste sentido consideramos benéfica la reforma, al abarcar en el peculado un mayor número de supuestos; sin embargo, se nota una tendencia por la disminución de las penas con las que se castiga a quienes cometen éste delito, llegando al extremo de que la sanción pecuniaria puede ser muchas veces inferior al monto de lo desviado por el servidor público peculador, dejándole abierta la posibilidad de gozar de grandes beneficios económicos, pues con lo desviado puede pagar la multa y hasta su proceso. Por otro lado, aunque actualmente no existe ninguna atenuante, éste precepto legal es jurídicamente imperfecto en lo que respecta a la sanción que se impone al sujeto activo; por las razones que abordaremos en el capítulo V de éste trabajo.

CAPITULO II.

II. CONSIDERACIONES CONCEPTUALES RELATIVAS AL DELITO DE PECULADO.

Es pertinente la elaboración del presente capítulo, considerando, que éste trabajo estará al alcance, no solamente de profesionales del Derecho; quienes sin duda alguna, se encuentran inmersos en el tema abordado, sin embargo, también estará al alcance de otros sectores de la sociedad que carecen de cualquier vínculo con la ciencia del Derecho; por tal razón, es conveniente incluirlo para abordar el estudio de diversos conceptos utilizados en el *argot jurídico* y que presentan una íntima relación con nuestro trabajo; motivo por el cual es conveniente estudiarlos para lograr que todas la personas quienes accedan a éste trabajo puedan comprenderlo en su totalidad sin ninguna dificultad.

2.1 PECULADO.

Existen muchos doctrinarios quienes nos otorgan diversas definiciones en torno del peculado; algunas compuestas de un gran número de elementos, por lo que se vuelven extensas y confusas; otras muy arcaicas, algunas otras demasiado simples etc., pero de todas las definiciones estudiadas, nos hemos esforzado por plasmar en éste trabajo, las que nos brindaron una mejor comprensión de la figura jurídica que nos ocupa; es por eso que, en primer plano, atendiendo a un criterio etimológico o nominal, encontramos que la voz "*peculado*" procede de "*peculio*", cuya raíz latina es *peculium*, que significa: caudal o ahorros; término que simultáneamente se deriva de *pecus* que significa: ganado o rebaño. Al respecto Uriel Franco, en su libro "El Peculado"⁽²⁶⁾ señala que el apego etimológico resulta potencialmente perturbador y dificulta la aplicación de la Ley punitiva dentro de los límites convenientes, de acuerdo con el mandato del legislador y las necesidades sociales, situación que es bien cierta, ya que en la actualidad, seguimos utilizando la denominación *peculado*, para tipificar acciones consideradas como delictuosas, que han ido evolucionando y alejándose de el significado etimológico de su denominación. Hoy en día, el peculado contempla un mayor número de hipótesis

(26) FRANCO, Uriel. El Peculado. Temis. Colombia. 1987.

que anteriormente no se consideraban como delito, que se encuadraban dentro de un tipo penal distinto o que simplemente no existían; resaltando, que ya no es un delito cometido únicamente por servidores públicos; por éstas razones, las hipótesis normativas contenidas dentro del delito de peculado, cada vez se han ido alejando más de su significado etimológico. Estas situaciones han ocasionado que los conceptos que tratan de definir el peculado, se amplíen o se transformen, debido a que las construcciones dogmáticas que tienen como base consideraciones etimológicas o nominales rápidamente pierden actualidad, debido a la evolución del derecho, la dinámica social y del lenguaje.

Por las situaciones anteriores, debemos comprender que el vocablo "Peculado" es simplemente la denominación otorgada a determinadas acciones que se consideran delictuosas, llevadas a cabo por los seres humanos, a las que se les otorgó tal denominación para efecto de su identificación; por lo tanto es imprescindible aclarar que "peculado", es simplemente el nombre otorgado a un delito, que en la actualidad tiene poca relación con su significado etimológico; tan es así, que algunos tratadistas han llegado a confundir el peculado con algún otro delito muy parecido, al respecto, Luis Carlos Pérez en su libro "Tratado de Derecho Penal"⁽²⁷⁾, hace referencia indistinta entre peculado y malversación de fondos, ofreciéndonos una misma definición para ambas figuras.

"Peculado o Malversación de Fondos, es la incorrecta aplicación de cosas o efectos confiados a una persona con el encargo de darles un fin convenido previamente; pero, para que la infracción adquiera su auténtica naturaleza es necesario que las cosas o caudales sean públicos y que la persona deba responder porque se le han entregado específicamente para que, directa o indirectamente, los intervenga".

Como podemos darnos cuenta, si atendemos a un criterio etimológico para denominar un delito nos encontramos con que éste será rebasado, por la evolución que el derecho sufre de forma cotidiana teniendo como consecuencia una precaria relación con las hipótesis que se encuentran encuadradas en el mismo; por otro lado esto puede ocasionar confusiones en su estudio al encontrar que en

(27) PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo II. Temis. Colombia. 1960.

legislaciones extranjeras, se aborda el delito de peculado de forma indistinta con el delito de *malversación de fondos*, y aunque existen grandes semejanzas se trata de dos figuras distintas; tal es el caso de la definición que nos ofrece el argentino Guillermo Cabanellas en su diccionario enciclopédico de Derecho Usual⁽²⁸⁾ quien refiere:

"Peculado es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquél a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad, éste delito se denomina malversación de caudales públicos"

Con ésta cita, queda confirmado que en otras naciones, se estudia por separado el peculado de la malversación de fondos, por lo que el nombre dado al delito que nos ocupa a pasado a segundo término, por lo que debemos enfocarnos primordialmente al estudio de sus hipótesis normativas; dentro de las cuales hayamos que como una de sus innovaciones el peculado no solamente puede ser cometido por funcionarios públicos, sino también por particulares encargados de recaudar, administrar o custodiar bienes de empresas en que el Estado sea el poseedor de la mayor parte, de instituciones destinadas para la educación o a la beneficencia; tampoco es necesario que la acción delictuosa recaiga de forma exclusiva sobre bienes estatales, ya que puede tratarse incluso de bienes de particulares; siendo todos éstos, elementos que nos hacen ver la evolución que ha tenido el peculado.

Por otro lado, es necesario dejar asentada una definición del delito en estudio, que sea propia y que reúna todos los elementos que son intrínsecos al peculado para poder completar el presente trabajo y aunque en el artículo 223 del Código Penal Federal, se encuentra regulado el delito de peculado éste artículo solo expone los supuestos que deben ser considerados como peculado, sin que se nos ofrezca una definición; situación que se origina por la pluralidad de supuestos que ésta figura jurídica comprende. Sin embargo, nos hemos esforzado para establecer una definición que reúna todos los elementos propios de la figura jurídica en

(28) CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Vigésimo Primera Edición. Tomo VI. Heliasta. Argentina. 1981. Pág. 174.

estudio, en donde no nos limitamos a considerar que en la sustracción del dinero público el objeto jurídico afectado está en la propiedad, porque de ser así, nos encontramos simplemente ante una forma de hurto, luego entonces, para que el peculado constituya una figura jurídica distinta, debemos reconocer que la fe pública es el objeto jurídico más importante de ésta especie delictuosa.

Para tal efecto el peculado es:

"Una acción que se considera como delito, el cual se constituye por el agravio al deber de fidelidad y probidad que tiene para con la colectividad y con el Estado todo sujeto a quien por ministerio de la Ley se le confien para su custodia y administración bienes, dinero, valores o inmuebles propiedad del Estado, de un Organismo Descentralizado o de un particular, cuyo destino u objeto se encuentre legalmente predeterminado; sin importar que el sujeto ostente o no el carácter de servidor público y como producto de su ofensa, se procure para sí o para cualquier otra persona un lucro o la promoción de su imagen política o social a costa de la denigración de terceros".

Atendiendo los elementos contemplados en esta definición, queda claro que en éste trabajo, consideraremos al peculado, como un delito que ocasiona perjuicios de carácter moral, político y económico para la sociedad; aunque en la Ley se considere únicamente que su perjuicio es netamente patrimonial.

2.2 SERVIDOR PÚBLICO.

Adentrándonos en el tema que nos ocupa, ahora creemos conveniente el otorgar una definición de servidor público, ya que al ser éste el sujeto activo del delito de peculado, no podemos hacer un estudio detallado del mismo si no presentamos una definición de "servidor público", con el objeto de saber identificar plenamente a los sujetos quienes ostenten éste carácter y así despejar las probables confusiones en su entorno; para lo cual debemos atender el sentido etimológico de la frase abordada, entendiendo que **servir**, proviene del latín *servire*⁽²⁹⁾, que significa estar al servicio de otro; en tanto **público**, que

(29) Diccionario de la Lengua Española, t. VI, Décimo Novena Edición. Real Academia de la Lengua Española. España. 1970. Pág. 1208.

implica la potestad, la jurisdicción y la autoridad para hacer una cosa o lo que pertenece a todo el pueblo. En consecuencia un servidor público es la persona que recibe un emolumento, tiene, por un lado, la obligación de servir al pueblo y por otro, la potestad para hacerse obedecer y hacer cumplir sus mandamientos.

JUSTIFICACIÓN DE SU EXISTENCIA.

Como consecuencia de encontramos inmersos en una sociedad día a día más compleja, vemos que nuestras necesidades han rebasado por mucho los límites impuestos por la supervivencia; en la actualidad, los individuos estamos más lejos de preocuparnos por sólo trabajar, comer y vestir; siendo necesario atender a nuevas necesidades, tales como recibir educación, establecer medios de comunicación, brindar salubridad pública, distribuir energía eléctrica, etc. Estos rubros son satisfechos en la colectividad por un servicio correspondiente, que en ocasiones es prestado por un particulares, a cambio de una contraprestación, cuando la Ley así lo permite o bien, la satisfacción de éstas necesidades es considerada en algunos rubros como una labor propia y exclusiva del Estado; cuando nos encontramos ante éste último supuesto, sin duda alguna nos estamos refiriendo al "servicio público" mismo quien nos define el Maestro Gabino Fraga⁽³⁰⁾ en su libro de Derecho Administrativo como:

"Una actividad destinada a satisfacer una necesidad colectiva de carácter material, económico o cultural, mediante prestaciones concretas e individualizadas, sujetas a un régimen jurídico que les imponga adecuación, regularidad y uniformidad".

De la anterior cita confirmamos que el servicio público es una "actividad" destinada a satisfacer necesidades en diferentes rubros, y que existe un régimen jurídico que le impone una formalidad determinada. A manera de abundar en éste tema el maestro Andrés Serra Rojas⁽³¹⁾, señala:

"El servicio público es una actividad técnica, directa o indirecta de la administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido

(30) FRAGA, Gabino. Derecho administrativo. Cuadragésima Primera Edición. Porrúa. México. 2001. Pag. 140.

(31) SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. "Doctrina, Legislación y Jurisprudencia" Porrúa. México. 1994. Pág. 503

creada y controlada para asegurar – de una manera permanente, regular, continua y sin propósito de lucro -, la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público”.

En ambas definiciones encontramos elementos comunes, resaltando la “actividad” regulada por un “marco jurídico” de derecho público, encaminada a la “satisfacción de una necesidad”, en donde, el Estado actúa como ente soberano; pero no puede como tal, realizar éstas actividades él mismo; por lo que es necesario la creación de instituciones dedicadas exclusivamente a satisfacer las necesidades en materias específicas. A su vez, estas instituciones las integran personas quienes constituyen un puente, entre la actividad propia de la institución a la que representan y las necesidades de la colectividad. La labor primordial de estas personas es, la satisfacción de las necesidades de la colectividad de forma directa, concreta, individualizada y expedita. Estas personas a quienes nos referimos, se les denomina “servidores públicos”.

ARTÍCULO 108 CONSTITUCIONAL.

Para poder concretar el concepto de servidor público, debemos atender al artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque aunque la categoría de servidor público tiene muchas fuentes; la Ley, nos ofrece el único concepto de servidor público que debe interesarnos, por lo que debemos atender a los conceptos establecidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y el Código Penal Federal; aunque en éste punto solamente nos enfocaremos al estudio de las disposiciones constitucionales; contenidas en el artículo 108 Constitucional; que señala:

“se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán

responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones...”

En consecuencia bajo la denominación genérica de servidor público se engloba absolutamente a todos los trabajadores, empleados y funcionarios de la administración pública y por consecuencia todos sin distinción, sujetos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; por lo que atendiendo a lo establecido en el párrafo citado; para dar un ejemplo, poseen el carácter de servidores públicos: *“El Presidente de la República, los Secretarios de Estado, el Procurador General de la República, los Diputados Federales, Magistrados, Ministros, Jueces Federales, los Miembros del Consejo de la Judicatura Federal, etc.”*. siendo éstos, servidores públicos de alto rango jerárquico, ya que existen sujetos que de igual forma ostentan el carácter de servidor público, pero poseen un rango jerárquico inferior y por lo cual dependerán de forma directa o indirecta de aquellos de rango más alto.

ARTÍCULO 212 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Al abordar éste ordenamiento legal, llegamos a un tema relevante en éste trabajo, ya que aquí encontramos la definición de servidor público, que establece la Ley Penal Federal, en la que se encuentra enfocado el estudio de nuestro tema, siendo, el artículo 212 del Código Penal Federal vigente en su título décimo, capítulo I, de los Delitos Cometidos por Servidores Públicos, que precisa:

“Para los efectos de éste 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 éste Título, en materia Federal”.

Sin duda alguna, el artículo transcrito, es una copia del artículo 108 Constitucional; con la diferencia que en la definición del Código Penal Federal encontramos como nuevos elementos a “las empresas de participación estatal mayoritaria”, “fideicomisos públicos”, “administración pública federal centralizada”, “organismos descentralizados”, siendo éstos los que mas se destacan por su importancia. La intención del Legislador de incluir éstos nuevos elementos en el artículo 212 de Código penal, es el de procurar la inexistencia de cualquier laguna jurídica, sin embargo, de las disposiciones transcritas se advierte que la enumeración que hace el texto constitucional es muy extensa. Por su parte, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos no hace sino remitirnos a ese texto, mientras el precepto contenido en el artículo 212 del Código Penal constituye una copia del texto constitucional. Por ello, a fin de determinar quienes son servidores públicos para efectos del peculado, debemos atender a la ley sustantiva penal federal, toda vez que el tipo penal motivo de nuestra investigación se encuentra precisamente dentro de éste título, denominado “Delitos Cometidos por los Servidores Públicos”. Para finalizar éste punto, concluimos que son servidores públicos todas las personas que desempeñen un servicio público de cualquier naturaleza en las siguientes dependencias:

- a) La administración pública federal centralizada
- b) La administración del Distrito Federal,
- c) Los organismos descentralizados,
- d) Las empresas de participación estatal mayoritaria,
- e) Las organizaciones y las sociedades asimiladas a las empresas de participación estatal mayoritaria,
- f) Los fideicomisos públicos,
- g) El Congreso de la Unión,
- h) El Poder Judicial de la Federación,
- i) El Poder Judicial del Distrito Federal,
- j) Los que manejen recursos económicos,

- k) Los gobernadores de los Estados y
- l) Los diputados de las legislaturas locales

2.3 FONDOS PÚBLICOS.

La importancia de abordar éste punto, radica en que para efectos de éste trabajo es necesario establecer una clara definición con respecto del significado del término "fondos públicos", por el motivo de que en la fracción II del artículo 223 de Código Pena Federal, establece que comete el delito de peculado: *"El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos..."*; partiendo de ésta idea, comprendemos que el Estado, para poder sufragar los diversos gastos públicos necesita, entre otros, de elementos de contenido económico, por tal razón, es necesaria la existencia de ingresos públicos, de cuya acumulación se forman los llamados Fondos Públicos; vocablos que en sentido estricto, se utilizan de forma sinónima con Erario Público, cuyo significado etimológico⁽³²⁾ es el siguiente:

"Erario.- Vocablo latino que se deriva del latín "aerarius" que se refiere al tesoro público de una nación, provincia o pueblo".

En estricto sentido, los "fondos públicos" constituyen la masa de recursos monetarios y medios de pago que tiene una entidad pública disponible para poder solventar sus gastos; otra definición emanada de la Enciclopedia Jurídica Omeba, literalmente expresa ⁽³³⁾:

"Llamase fondos públicos, a los caudales del Estado específicamente, mientras en un sentido más amplio compréndese con ésta denominación, los de las provincias, municipios y corporaciones dependientes de dichas entidades... ... se alude con la locución fondos públicos, a los valores, numerario o efectos de los particulares que se hayan custodiados, o por cualquier concepto a la disposición del Estado..."

En las citas referidas, de primera instancia entendemos, al referirnos a "Fondos Públicos" que hablamos estrictamente de dinero y aunque ésta acepción

⁽³²⁾ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Tomo D – H. Porrúa México. 2000. Pag. 1527.

⁽³³⁾ Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliográfica Argentina. Argentina. 1967. Pag. 438.

es correcta, al considerar éste vocablo de esa forma, limitaríamos las formas en que puede ser cometido el delito de peculado; ya que no solamente se comete al desviar dinero del erario público; sino que también, cuando se desvían valores, inmuebles o cualquier otro bien propiedad del Estado. V gr. Pueden utilizarse de forma incorrecta, vehículos oficiales, o inmuebles pertenecientes al Estado, con el objeto de promover la imagen política o social de un servidor público; de igual forma un tercero, puede disfrutar de éstos bienes y obtener para sí un beneficio, sin necesidad de que reciba dinero. Ante ésta circunstancia, para efectos de éste trabajo, debemos considerar a los vocablos "fondos públicos" en un sentido amplio, en donde queden comprendidos todos los bienes propiedad del Estado; como pueden ser bienes muebles, inmuebles, derechos, valores o numerario.

2.4 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Ha quedado perfectamente asentado en puntos anteriores, que toda persona que desempeñe un servicio público y de él obtenga sus ingresos, tiene por ello la calidad específica de servidor público, pero a continuación, dentro de el presente punto, abordamos de forma práctica el estudio de la "administración pública"; elemento que de la misma forma es muy importante comprender para poder ahondar sin ninguna dificultad en el análisis del peculado; para lo cual es necesario conocer todos los elementos y tecnicismos que lo circundan, ya que de lo contrario estaríamos realizando un estudio incompleto, siendo conveniente el inmiscuirnos en el estudio de algunos conceptos propios del Derecho Administrativo pero que tienen intrínseca relación con éste trabajo, por tal razón, en primer lugar citamos a Uriel Franco, quien en su libro *El Peculado*⁽³⁴⁾, señala:

"Administración Pública es la organización estatal que por conducto de las autoridades correspondientes cumple la función de proteger la vida, honra y bienes de todas las personas..."

En ésta cita se considera como "Administración Pública" a la "organización estatal", es decir, el conjunto de acciones, programas y medidas ejecutadas por una institución a quien se le otorga la calidad de autoridad y que fue creada

(34) FRANCO, Uriel. El Peculado. Temis. Colombia. 1987 Pág. 3

dentro de un marco jurídico generalmente de derecho público; en donde el Estado actúa con su carácter de soberano. Al respecto, el maestro Gabino Fraga ⁽³⁵⁾, señala que la Administración Pública debe entenderse desde el punto de vista formal como:

“El organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales”

y desde el punto de vista material debe entenderse como:

“la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión”

El maestro Gabino Fraga, nos brinda el concepto de administración pública atendiendo a dos puntos de vista, uno material y otro formal, en el primero señala que se trata de un “organismo público”, es decir, un conjunto de instituciones u órganos que atienden las necesidades de la colectividad y se considera ésta como la parte más importante del Poder Ejecutivo; desde el punto de vista formal, alude que la administración pública es el conjunto de actividades realizadas por éstas instituciones u órganos encaminadas a la satisfacción de las necesidades de la colectividad, considerándola únicamente como uno de los conductos por los que se manifiesta la personalidad del estado, a través de acciones de planeación, organización, control, evaluación y dirección para resolver las necesidades de la colectividad.

Por otro lado, la definición del Maestro Rafael De Pina ⁽³⁶⁾, es la más idónea para ser insertarla en éste trabajo; misma que señala:

“La Administración Pública es el Conjunto de los órganos mediante los cuales el Estado, las entidades de la Federación, los municipios y los organismos descentralizados atienden a la satisfacción de las necesidades generales que constituyen el objeto de los servicios públicos”

(35) FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo, Cuadragésima Primera Edición. Porrúa. México. 2001. Pag. 20.

(36) DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho, Vigésimo séptima Edición. Porrúa. México. 1999.

Esta definición atiende a un criterio formal, al considerar a la administración pública como un "conjunto de órganos", refiriéndose a las instituciones creadas para la satisfacción de las necesidades generales; criterio que adoptaremos, por la razón que en los artículos 212 y 223 del Código Penal Federal se hace alusión a la administración pública, como un conjunto de órganos o instituciones. Abundando sobre éste tenor, creemos preciso resaltar que la administración pública se ocupa de la forma en que se ejerce la política pública y se proporcionan los servicios públicos, razón por la que se comprende dentro del derecho público, es de interés general y sobre todo no tiene carácter lucrativo.

CLASIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Existe un abundante número de criterios para clasificar a la administración pública, independientemente de las contempladas en la Ley, empero nosotros presentaremos una muy sencilla, que es la siguiente:

- a) **Activa y contenciosa:** La activa denota a los entes que producen y ejecutan actos administrativos; la contenciosa, a los órganos del poder ejecutivo facultados para resolver conflictos entre los gobernados y la propia administración pública.
- b) **Federal, Local y Municipal:** Esta clasificación se basa en la constitución política mexicana y atiende a los tres niveles de gobierno existentes en nuestro sistema de gobierno.
- c) **Centralizada y Paraestatal:** Se refiere a los dos tipos de administración pública previstos en el artículo 90 Constitucional. La primera se encuentra integrada por la Presidencia de la República, las secretarías de Estado los Departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República. La Paraestatal está integrada por los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito y los fideicomisos públicos.
- d) **Centralizada, desconcentrada y descentralizada:** Atiende a la forma de relacionar los órganos administrativos con el titular del Poder Ejecutivo.
- e) **Atendiendo con la competencia de cada órgano:** Aquí hablamos de administración política, de seguridad, agropecuaria, industrial, educativa, etc.

- f) **Dependencia y Entidades:** Esta clasificación es necesaria para poder distinguir entre estas instituciones, en el primer caso nos encontramos hablando de las Secretarías, Departamentos Administrativos y procuradurías de justicia; que a su vez se clasificaron ya como órganos centralizados. En el caso de las Entidades debe entenderse como los entes paraestatales, que se clasifican también en los organismos descentralizados.

Después de haber estudiado brevemente la Administración Pública, vislumbramos los campos de acción de los servidores públicos, los cuales son muy amplios; por lo que en cualquiera de estos existe la posibilidad de que se cometa el delito de peculado en cualquiera de sus modalidades; percatándonos que el delito en estudio tiene un índice de frecuencia considerable.

2.5 ORGANISMO DESCENTRALIZADO.

Las formas de organización, son la forma como se ordenarán los órganos del poder público encargados de la actividad o función administrativa del Estado; por lo que, atendiendo a la clasificación hecha de la administración pública, podemos desprender de ella a la "Descentralización", que es una forma de organización administrativa que surge de la necesidad de imprimir dinamismo a ciertas acciones gubernamentales; la importancia de abordar éste tema radica en que éste tipo de organismos han sido por mucho tiempo los preferidos por aquellos servidores públicos deshonestos para cometer en ellos sus conductas ilícitas, considerándose como un premio, el que un sujeto se encuentre al frente de un organismo de ésta categoría, por el motivo de que tendrá grandes libertades para la administración del mismo y con ello la facilidad para desviar recursos que debían ser destinados para la satisfacción de necesidades de la colectividad; por tal razón consideramos que por ser los *organismos descentralizados* los que más han padecido los saqueos de servidores públicos deshonestos, es necesario adentrarnos un poco en su estructura y organización, con el fin de conocer las razones por las que éstos organismos se han convertido en el blanco preferido de servidores públicos carentes de vocación de servicio y que poseen una actitud altamente deshonestas, que solamente buscará la forma de beneficiarse.

La descentralización en México, equivale al término “*administración pública paraestatal*”; que comprende organismos descentralizados, empresas de participación estatal y fideicomisos públicos, pero para ser más precisos, citaremos la definición que Rafael Martínez Morales nos ofrece en su libro de Derecho Administrativo⁽³⁷⁾ cuyo tenor es el siguiente:

“La descentralización administrativa es una forma de organización de entes que pertenecen al poder ejecutivo y los cuales están dotados de su propia personalidad jurídica y de autonomía jerárquica para efectuar tareas administrativas”.

Para la creación de los entes referidos, el Estado puede recurrir a figuras de derecho público o de derecho privado. En el primer caso estaremos frente a los organismos descentralizados, que es el tema medular de éste punto; en el segundo de los casos ante empresas de participación estatal y fideicomisos públicos. Para establecer una definición de los Organismos Públicos es necesario enfocarnos al artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que establece:

“Son organismos las entidades creadas por la Ley o decreto del Congreso de la Unión o por Decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad Jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten”.

CARACTERÍSTICAS DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS.

Las características de los organismos descentralizados presentadas por varios doctrinarios no son homogéneas, sin embargo, las presentadas por Rafael Martínez Morales⁽³⁸⁾, son las más idóneas para éste trabajo, mismas que se resumen en:

- a) Son creados por Ley Congreso o por decreto del Presidente de la República.
- b) El derecho positivo les reconoce una personalidad jurídica propia, distinta de la del estado.

(37) MARTINEZ MORALES, Rafael. Derecho Administrativo. 1º y 2º Cursosª Cuarta Edición. Oxford. México. 2000. Pag. 144

(38) Idem.

- c) Como una consecuencia de la característica anterior, dichos organismos cuentan con patrimonio propio.
- d) Gozan de autonomía jerárquica con respecto al órgano central; esto es, les distingue el hecho de poseer un autogobierno.
- e) Realizan función administrativa; su objeto, en tanto persona moral o colectiva, se refiere a cometidos estatales de naturaleza administrativa.
- f) Existe un control o una tutela, por parte del Estado, sobre su actuación.

Como excepción de ésta última característica de control o tutela administrativa, encontramos a la Universidad Nacional Autónoma de México.

En México, actualmente se utiliza la expresión "autónomos" para calificar ciertos organismos descentralizados. V gr. Banco de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Instituto Federal Electoral, etc. Estos organismos son distintos del Estado jurídicamente hablando; pero como realidad política y sociológica están ubicados dentro del gobierno.

OBJETO DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DESCENTRALIZADOS.

El objeto principal de los organismos públicos descentralizados consiste en efectuar determinadas tareas que les asigna el orden jurídico, las cuales están relacionadas con cometidos estatales de naturaleza administrativa. Es así como cada uno de los órganos descentralizados a su vez tiene un objeto específico; que puede clasificarse en distintos rubros; que nos señala el Maestro Rafael Martínez Morales ⁽³⁹⁾ en la siguiente clasificación:

- a) Agropecuarios ----- Comisión Nacional de Zonas Áridas.
- b) Comerciales ----- La extinta CONASUPO.
- c) Comunicaciones ----- Servicio Postal Mexicano.
- d) Educativos. ----- Universidad Autónoma Metropolitana.
- e) Energéticos ----- Comisión Federal de Electricidad.
- f) Financieros ----- Banco de México.
- g) Gubernativos o de Vigilancia ---- PROFECO.
- h) Seguridad social ----- ISSSTE.

(39) MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op Cit. Pag. 148.

El objeto de los organismos descentralizados es el procurar la satisfacción de las necesidades colectivas, a través de la realización actividades administrativas específicas y por su conducto, dar cumplimiento eficaz, expedito y directo a determinadas atribuciones propias del Estado, que requieren de ser solucionadas a la mayor brevedad posible; para lo cual se le otorga al organismo descentralizado cierta autonomía en el actuar, que lo despoja de todos los inconvenientes del tan complejo régimen central en que se ha convertido la Administración Pública; pudiendo actuar en todo el territorio nacional, excepto que por su propio objeto estén limitados a determinada circunscripción.

En la actualidad existen aproximadamente 75 organismos federales descentralizados, de los cuales citaremos solo algunos:

1. Aeropuertos y Servicios Auxiliares.
2. Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Servicios Conexos.
3. Colegio de Bachilleres.
4. Comisión Federal de Electricidad.
5. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.
6. Instituto de Seguridad Social Para las Fuerzas Armadas Mexicanas.
7. Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.
8. Instituto del Fondo nacional de la Vivienda para los Trabajadores.
9. Instituto Mexicano del Seguro Social.
10. Instituto Nacional de Cardiología.
11. Lotería Nacional Para la Asistencia Pública.
12. Luz y Fuerza del Centro.
13. Petróleos Mexicanos.
14. Procuraduría Federal del Consumidor.
15. Pronósticos para la Asistencia Pública.
16. Servicio Postal Mexicano.

IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN ENTRE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS Y EL DELITO DE PECULADO.

El motivo por el cual fue necesario adentrarnos en el estudio de los organismos descentralizados, radica en que constituyen una parte muy especial

dentro de la administración pública, por el hecho de presentar características, que los convierten en las mejores "presas" de los servidores públicos que carecen de la cultura del servicio y que solamente se ocupan por conseguir beneficios económicos excesivos sin importar a costa de qué; motivo por el que cometen con ellos o en ellos diversos delitos de los catalogados como exclusivos de los servidores públicos y especialmente el que nos ocupa; aunado en que en todos éstos organismos, se manejan inmensas cantidades de dinero y de otros bienes pertenecientes al Estado, a los cuales los mencionados servidores públicos tienen fácil acceso; cabe resaltar que en algunos de éstos organismos se generan cantidades de dinero que constituyen una parte importante de los bienes del Estado; tal es el caso de Petróleos Mexicanos, que es un organismo descentralizado que se ha convertido en uno de los pilares económicos de nuestro país; o en otro rubro, encontramos al Instituto Mexicano del Seguro Social, que ha sido saqueado en innumerables ocasiones por servidores públicos desleales a la fidelidad y a la probidad a la que están obligados a prestar tanto a la colectividad como al Estado; situación que lo ha dejado en la peor crisis económica, que se ve reflejada en el desabasto de medicinas y en la pésima atención brindada a sus derecho habientes. En un caso más reciente nos encontramos con que una institución filantrópica como lo es la Lotería Nacional Para la Asistencia Pública; por conducto de su directora, se ha propiciado un gran desvío de recursos hacia asociaciones que para nada los necesitan. En éste último supuesto, nos encontramos claramente ante la comisión del delito de peculado, sin embargo poco se ha mencionado. Con estos sencillos ejemplos, nos hemos dado cuenta que en los organismos descentralizados es donde se comete con mayor índice de frecuencia el peculado; por lo que reiteramos que sigue siendo un "premio" el que a cualquier persona la asignen al frente de cualquiera de los organismos descentralizados de nuestro país, porque sumado a que los honorarios que reciben por realizar dicha labor a nivel federal; no son nada despreciables, tendrán acceso y facultad discrecional para determinar el destino de los recursos a su cargo.

El organismo descentralizado se encuentra separado jurídica, económica, orgánica y técnicamente, del titular del poder Ejecutivo, con fundamento en una Ley que le otorga personalidad jurídica y patrimonio propios y lo responsabiliza del

desarrollo de sus actos. Es decir, que el titular de dicho órgano, poseerá mayor libertad con relación a un organismo centralizado. Tendrá facultades más amplias para disponer del patrimonio del organismo. En el caso de los organismos centralizados, éstos dependen directamente del Poder Ejecutivo, por lo que queremos pensar que existe una vigilancia más estrecha sobre sus actividades y sobre los funcionarios que los constituyen.

Al poseer, el organismo descentralizado autonomía, podrá tomar decisiones propias, sobre el rumbo de la institución y sobre el establecimiento de los estatutos que establecerán su organización interna; por lo que no depende ni se subordina de forma directa al Poder Ejecutivo. Al contar con su patrimonio propio, cuenta con autonomía económica, lo que significa que no se encuentra sujeto de forma directa al presupuesto del Gobierno Federal.

Todas éstas características hacen "*suculentos*" a los organismos descentralizados, para todos los sujetos que únicamente desean elevar sus ingresos económicos y no piensan en el compromiso que adquirieron con la sociedad ni con el Estado; por lo que éstas han son las instituciones que sufren los mayores saqueos por funcionarios sin escrúpulos que se han dedicado a sacar provecho de éstas instituciones y solo llegan a ellas para enriquecerse utilizándolas, como trampolín político; olvidándose de los objetivos para los que fueron creados, ignorando las necesidades de la colectividad. Por estas razones es importante, el haber hecho una especial y sencilla mención de lo organismos descentralizados de los cuales en la práctica conocemos muy poco; a tal grado que cuando se comete peculado en contra del patrimonio de éstos organismos, nos mostramos inseguros para poder encuadrar perfectamente el delito en que se incurre. No dudando de que ésta haya sido la causa de que muchos delitos cometidos en contra de éstos organismos fragüen en la impunidad.

CAPITULO III.

III. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE PECULADO.

Consideramos importante, realizar un detenido estudio del delito de peculado, efectuando un análisis esmerado de cada uno de los elementos que conforman éste tipo penal, actividad a la que nos enfocaremos en el presente capítulo, cuyo principal objeto es el despejar todas las dudas surgidas en torno del delito que nos ocupa; sumándole la exposición, de forma concisa, de las modalidades en las que puede presentarse la comisión del peculado.

3.1 CONSTITUTIVAS DEL DELITO.

En su esencia jurídica, 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, al organismo descentralizado o a un particular. En este sentido comenzaremos estudiando algunos elementos propios del peculado; mismos que abordaremos con el nombre de constitutivas del delito y que de manera intrínseca lo conforman; otorgándole una característica especial que lo distingue de otros delitos muy parecidos, tales como el robo o el abuso de confianza.

CALIDAD DEL AGENTE.

Existen ciertos delitos que pueden ser cometidos de forma general por cualquier individuo; Vgr. el Homicidio, que se encuentra regulado en el artículo 302 del Código Penal Federal; que puede ser cometido de forma general por cualquier persona; sin importar su género, nacionalidad, edad, condición social, parentesco, o si desempeña algún cargo o comisión públicos; es decir, no es necesario que quien lo cometa posea una calidad específica. Este delito se encuentra clasificado en los delitos denominados como *delicta comuna*, los cuales pueden ser cometidos por cualquier persona, por lo que en éstos casos el tipo delictivo utiliza expresiones tales como: "el que", "quien", "los que", etc. Por otro lado existen delitos que exigen que el sujeto que lo comete sea poseedor de una calidad específica, lo que trae como consecuencia inmediata de que si ésta calidad no se reúne o no existe; el tipo penal no se conforma y estaremos ante la presencia de un delito diverso. Este tipo de

delitos se denominan como “delitos propios” o *delicta propria*; entre los cuales se clasifica el peculado y en general los delitos cometidos por los servidores Públicos, que exigen esta calidad en el sujeto activo.

Con lo establecido en párrafos anteriores, parecería que el peculado solo puede ser cometido por aquellos sujetos sean servidores públicos; calidad que estudiamos en el punto 2.2 de éste trabajo. Pero como consecuencia de la reforma al Código Penal Federal, del 30 de Diciembre de 1982; en la actualidad el peculado no es un delito que se cometa únicamente por servidores públicos, ya que actualmente el agente puede también serlo un particular, que sin poseer el carácter de servidor público, acepte realizar promociones o denigraciones a un tercero, a cambio de fondos públicos o el disfrute de ciertos beneficios primordialmente económicos, derivados de los actos realizados; esta última hipótesis se incluyó en la legislación actual como una novedad, al sancionar a cualquier ciudadano que participe y se vea beneficiado por éste acto ilícito; hipótesis que se consagra en la fracción III del artículo 223 del Código Penal Federal.

Para dejar claro la calidad del agente, debe considerarse que en las fracciones I y II del artículo 223 del Código Penal Federal en su parte inicial señalan:

“Artículo 223._ Comete el delito de peculado:

I._ Todo servidor público que para usos propios...

II._ El servidor público que indebidamente...”

Las hipótesis normativas contenidas en las dos primeras fracciones del artículo citado, requieren que el sujeto activo de éste delito posea la calidad de servidor público, por lo que su comisión queda limitada para los sujetos aludidos. En otro sentido, la parte inicial de las fracciones III y IV del artículo en cuestión, señalan:

“III._ Cualquiera persona que solicite o acepte...”

IV._ Cualquiera persona que sin tener el carácter de servidor público federal...”

Es precisamente en la parte inicial de la fracción III del citado artículo, en donde radica la importante innovación que mencionamos en párrafos anteriores, en donde el peculado deja de ser un delito único de los servidores públicos, por otro lado, la parte inicial de la fracción IV señala que comete el delito de peculado

cualquier individuo aunque carezca de la calidad de servidor público federal; por lo que queda establecido, que éste ordenamiento legal puede aplicarse a cualquier servidor público local que pertenezca a cualquiera de las entidades federativas, a quien se le hayan encomendado por cualquier causa, recursos públicos federales.

Concluyendo con éste punto, tenemos que en la hipótesis de la fracción I, que corresponde al peculado por distracción, es un delito cometido únicamente por el sujeto que reúna la calidad de “servidor público federal”; para la hipótesis contenida en la fracción II del artículo en estudio, que comprende la comisión del peculado por utilizar indebidamente fondos públicos, se requiere que el sujeto que cometa el delito posea la calidad de “servidor público federal”; para el caso de la fracción III del artículo 223 del Código Penal Federal, *no se requiere que el sujeto activo* posea la calidad de servidor público y por último, en la fracción IV existe un poco de confusión al respecto, ya que nosotros consideramos que se indica que puede cometer el delito de peculado cualquier sujeto, sin necesidad de que posea la calidad de servidor público federal, o sea, que puede cometerlo cualquier sujeto que posea la calidad de servidor público a nivel estatal, pero que legalmente sea responsable de la administración, custodia o aplicación de recursos públicos federales; aunque el Doctor Javier Jiménez Martínez⁽⁴⁰⁾, en su libro “El Peculado” señala:

“En cuanto al sujeto activo de la fracción IV del artículo 223, no se señala especificidad alguna, lo cual significa que cualquier persona puede cometer el delito”

Ciertamente no compartimos el criterio adoptado por el Doctor Javier Jiménez Martínez, cuando señala, que en la fracción IV, puede cometer peculado cualquier persona sin que posea el carácter de servidor público, porque si no posee éste carácter, se estará cometiendo un delito distinto al peculado; se incurriría en abuso de confianza.

DISTRACCIÓN DE BIENES PÚBLICOS O PARTICULARES.

En éste texto la palabra “distracción”, se utiliza de manera sinónima de malversación y aunque esta situación puede ser tema de otra tesis, ya que en

(40) JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. El Peculado. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2004. Pág. 108.

muchas legislaciones se maneja de forma separada el peculado de la malversación de fondos, en México se regulan ambas figuras en una sola, por lo que, con el objeto de no desviarnos de nuestro tema, los trataremos como si se tratase de una sola figura; luego entonces, por *distraer para usos propios o ajenos* entendemos que el servidor público viola la finalidad jurídica de la tenencia; al adueñarse de bienes obrando como si fuera su propietario, sea para apropiárselos o para disiparlos en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona; por lo que la distracción implica un injusto cambio de destino del objeto. En éste sentido, el Maestro Mariano Jiménez Huerta en su libro "Derecho Penal Mexicano"⁽⁴¹⁾ señala que la conducta típica del peculado consiste en que el servidor público para usos propios o ajenos *"distriga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular..."*; siendo la distracción la constitutiva más importante de éste delito; siendo el mismo Maestro, quien nos señala que dicha distracción ha de realizarse con una finalidad específica: *"... para usos propios o ajenos..."*; y ha de recaer sobre objetos pertenecientes al Estado, al organismo descentralizado o a un particular; aunando en el mismo tema, el Maestro Mariano Jiménez Huerta⁽⁴²⁾, nos amplía éste punto, señalando que *"Distraer"*, en su acepción penalística puede equipararse a la apropiación, y continúa diciendo: *"el Código en torno a éste delito a querido emplear un eufemismo en vez de términos rotundos. Sin embargo, su acepción penalística no admite equívocos, pues implica apropiación de fondos"*.

En éste sentido, consideramos que no existe problema que nos impida comprender la figura en estudio por el hecho de sustituir el término *distraer* por el término *apropiarse*, porque no representa una variación muy grande en el sentido que el legislador quiso imprimir en éste precepto legal; aunque de igual forma sería, correcto si en el artículo 223 del Código Penal se hubiese hecho referencia directa a la apropiación, por el motivo de que el funcionario, empleado o comisionado a quien se le han confiado bienes o valores públicos, descentralizados o de particulares, los destine a un objeto distinto a la finalidad jurídica previamente

(41) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. "La Tutela Penal del Patrimonio". Tomo IV. Sexta Edición. Porrúa. México. 2000. Pag. 432.

(42) Idem.

determinada, sin que medie causa justificada o jurídicamente sustentada y derivado de tal situación se procure la obtención de un lucro o beneficio económico a su favor o al de un particular, constituye una modalidad de apropiación; hecha por el sujeto activo, con la que incurre en una acción delictuosa.

Al estudiar éste punto puede confundirse el delito de "peculado" con el de "abuso de confianza"; ya que el peculado es un abuso de confianza matizado por la función que se encuentra desempeñando el sujeto activo y aunque son infracciones de naturaleza muy similar; no obstante, ambas figuras tienen diferencias claramente visibles; en las que destacan cuatro principales elementos que hacen que el peculado se distancie del delito de abuso de confianza, los cuales son:

- a) El delito de peculado posee carácter público;
- b) Se reprime con mayor severidad,
- c) Se persigue de forma oficiosa,
- d) El sujeto activo del delito, es un servidor público.

TENENCIA PRECARIA DE LOS BIENES.

Sobre éste tema, debemos poner especial atención, por el motivo que el servidor público debe haber "recibido" por razón de su cargo, los bienes o valores a título precario; es decir, que posee la tenencia provisional de determinados bienes, con obligación restitutoria, de rendir cuentas o en su defecto, de darles un fin determinado previamente. Al respecto el Maestro René González de la Vega en sus comentarios al Código Penal⁽⁴³⁾ señala como una de las constitutivas del delito de peculado que:

"El sujeto debe haber recibido en administración, depósito u otra causa los bienes o valores distraídos, en posesión derivada, provisionalmente y con obligación de restituirlos o de rendir cuentas, y siempre en razón de su encargo".

La descripción del tipo penal en estudio, exige que el dinero o los bienes que el servidor público se apropia, los debió haber recibido por razón de su

(43) GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Comentarios al Código Penal. Cárdenas. México. 1975. Pag. 301.

cargo, en administración, en depósito o por otra causa. Si el sujeto activo del delito de peculado, no tiene la posesión de los bienes objeto del delito, por razón de su cargo y los toma, se encontrará cometiendo el delito de robo. En éste mismo sentido, el Maestro Mariano Jiménez Huerta, en su libro Derecho Penal Mexicano⁽⁴⁴⁾, establece:

"Imposible es concebir un delito de peculado si el sujeto activo no hubiere recibido "...por razón de su cargo..." en administración, depósito o por otra causa los objetos que después distrae. Y aunque conceptualmente el recibo supone la entrega, no siempre exige que ésta hubiere quedado materializada en un singular acto corpóreo; pues si bien esto es posible cuando se trata de dinero, valores u otros objetos de naturaleza mueble, no acaece así cuando el objeto fuere fincas u otros objetos semejantes..."

En todos éstos casos los bienes son entregados al servidor público por el hecho de aceptar desempeñar la función pública, es decir "por razón de su cargo"; si no se cumple ésta condicionante y el sujeto activo desvía los referidos bienes, no se comete el delito de peculado, sino que nos encontramos ante otra figura jurídica distinta; por lo que no es, sino hasta que el dinero o los bienes, están administrativamente bajo el cuidado o custodia del servidor público, que se encuentra posibilitado para cometer el delito de peculado.

3.2 SUJETO ACTIVO.

Al definir al delito y condicionarlo a la acción del hombre, queda resuelto un asunto que en la historia del derecho penal ocasionó grandes debates: el de si pueden ser sujetos activos de un delito, las personas jurídicas. Por lo que, de manera unánime en nuestra legislación penal, sólo puede ser sujeto activo de cualquier delito una persona física; al respecto, el Maestro Gustavo Malo Camacho en su libro Derecho Penal Mexicano⁽⁴⁵⁾, considera como sujeto activo de un delito a:

(44) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op Cit. Pag. 431.

(45) MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. "Teoría General de la Ley Penal, Teoría General del Delito, Teoría de la Culpabilidad y del Sujeto Responsable, Teoría de la pena". Porrúa. México. 1997. Pag. 333.

“...la persona física que realiza el comportamiento descrito en la Ley penal, el que causa la lesión en el bien jurídico plenamente protegido al violar la prohibición o mandato contenido en la norma penal”.

Si bien en nuestros días existe uniformidad en considerar como sujeto activo solo a la persona física que realiza la conducta típica, en épocas anteriores, fue admisible la responsabilidad penal no solo de los animales, sino incluso de las cosas; afortunadamente, gracias a la evolución del derecho; ahora, queda claro que nunca una persona moral o jurídica podrá ser sujeto activo de algún delito; cabe mencionar, que en ocasiones, es la institución la que comete el ilícito, pero siempre habrá sido una persona física la que ideó, actuó y en todo caso, ejecutó el delito; luego entonces, el sujeto activo de un delito es la persona física quien lo comete; quedando claro que únicamente la persona física puede ser imputable y capaz.

En el delito de peculado, ocurre una situación particular, por la razón que el peculado, se encuentra clasificado dentro de una categoría de delitos que son cometidos de forma exclusiva por servidores públicos, por lo que nos hace pensar que el sujeto activo en el delito de peculado sería de forma exclusiva un servidor público federal, pero no es así, situación que analizaremos en párrafos siguientes.

En la fracción I del artículo 223, del Código Penal Federal, tratándose del peculado por distracción, el sujeto activo del delito de peculado, no puede ser nadie más que el funcionario o servidor público reconocido como tal por la administración pública, que posee el bien jurídico tutelado por razón de su cargo o servicio; aclarando que, no tiene que ser necesariamente un funcionario, lo que implica que se requiere ser solamente el encargado de un servicio público del Estado o descentralizado aunque sea en comisión y por tiempo limitado; al respecto el Doctor Javier Jiménez Martínez⁽⁴⁶⁾ señala que: *“en la presente hipótesis de peculado, se precisa de la calidad específica en el sujeto activo del delito, y esa calidad consiste en su investidura”*; ya que al momento de cometer la acción delictuosa en agravio de la sociedad debe poseer la calidad de servidor público aunque sea en comisión por tiempo limitado y hubiera recibido por motivo de su encargo la administración, el depósito o la custodia de un bien perteneciente al Estado.

(46) JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op Cit. Pág. 53.

En la fracción II, del artículo 223 del Código Penal Federal, en lo que respecta al sujeto activo, tanto en el peculado que sea cometido por *“utilizar indebidamente fondos públicos”* como *“por otorgar alguno de los actos previstos para el uso indebido de atribuciones y facultades”* se requiere de la calidad específica de servidor público, por lo que en las dos primeras fracciones del artículo en estudio, el sujeto activo del delito lo será quien posea la calidad de servidor público.

En la fracción III del mismo artículo, se señala que *“Comete el delito de peculado cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones...”*; al leer ésta hipótesis normativa nos percatamos que se trata de un delito de los denominados *delicta comuna* ya que puede ser cometido por *“cualquier persona”* sin que exista la necesidad de que el sujeto activo posea la calidad de servidor público; a diferencia de las dos fracciones anteriores, en las que el sujeto activo requiere la calidad específica de servidor público, en el presente caso no se necesita esa calidad, pues puede serlo cualquier persona. Esta diferencia ha hecho que la doctrina identifique a ésta figura como *peculado impropio*

Por último, la fracción IV dispone que: *“Comete el delito de peculado: ...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 un a aplicación distinta a la que se les destinó”*.

Al respecto, el Maestro Mariano Jiménez Huerta en su libro Derecho Penal Mexicano⁽⁴⁷⁾, hace una crítica muy fuerte con relación a ésta fracción, al calificarla de inútil, por resultar contradictoria a los establecido en el artículo 212 del Código Penal federal, en donde se establece claramente quienes poseen la calidad de servidores públicos; por lo que la califica de superflua, al señalar que: *“las persona que custodian, administran o aplican recursos federales, son servidores públicos”*; y añade que sus infidelidades ya están comprendidas en la fracción I de éste artículo. Sin embargo, el sentido de ésta fracción, es distinto, ya que se dirige a castigar a

(47) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op Cit. Pag. 435.

todos aquellos servidores públicos que no pertenezcan a la administración pública federal, sino que formen parte de la administración pública estatal o municipal y que por razón de su encargo, sean responsables de la aplicación de recursos públicos federales, pero cuando ésta aplicación sea ilegal o incorrecta, serán sancionados por esto, conforme lo establece el Código Penal Federal y no como lo establezcan los Códigos Penales locales; el motivo de ésta situación, consideramos que atiende al hecho de que el bien jurídico tutelado en éste delito lo constituyen bienes propiedad del gobierno federal, por tal razón se aplicará de forma supletoria el Código Penal Federal.

Concluyendo con éste punto, encontramos que en las fracciones I y II del artículo 223 del Código Penal Federal, relativo al Peculado es sujeto activo: "solamente el servidor público federal"; en la fracción III, es sujeto activo "cualquier persona", sin que sea necesario que posea una calidad específica alguna y en la fracción IV, puede ser sujeto activo "cualquier persona sin que tenga el carácter de servidor público federal", es decir, aquí pueden encuadrarse de forma indistinta los servidores públicos pertenecientes a la administración pública estatal o municipal, cuando por razón de su cargo se les han confiado recursos públicos federales.

3.3 SUJETO PASIVO.

En la determinación del sujeto pasivo del delito no estaban de acuerdo los autores del siglo XIX; pero parece que entre los modernos, reina la unanimidad al respecto. En éste sentido Luis Jiménez de Asúa, en su libro Teoría del Delito, quien cita a Buccellati⁽⁴⁸⁾, quien al respecto afirmó lo siguiente:

"La sociedad debe considerarse como la verdadera víctima"

Es verdad que en sentido amplio, la sociedad es siempre la parte afectada en un delito, puesto que ella es quien establece la pena, por medio de sus órganos legislativos y judiciales y es quien persigue y logra el objetivo que con la sanción se pretende; pero en sentido estricto, el sujeto pasivo en cualquier delito, es la persona

(48) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Teoría del Delito. IURE. México. 2002. Pág. 35.

física o moral, quien es titular del bien jurídico protegido, lesionado o puesto en peligro, por la conducta típica, que genera la violación del deber contenido en la prohibición o mandato previsto en el derecho penal, aunque por lo general se le denomina también víctima u ofendido.

En algunos delitos, generalmente en los patrimoniales, puede establecerse una diferencia entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito:

- a) Sujeto Pasivo de la Conducta: Es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado, y
- b) Sujeto Pasivo del Delito: Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

SUJETO PASIVO EN EL DELITO DE PECULADO.

Para poder identificar al sujeto pasivo en el delito de peculado, es necesario abordar de manera independiente a cada una de las cuatro fracciones que comprende el artículo 223 del Código Penal Federal; por lo que en primer lugar, para determinar quién es el sujeto pasivo en el peculado por distracción, debemos considerar los siguientes elementos:

- a) Como se allega de bienes el Estado y
- b) Quién o quienes son administradores de esos bienes

Las opiniones tanto en el Derecho Penal extranjero, como en el nacional son coincidentes y atendiendo a ésta tendencia el sujeto pasivo son, el Estado, la colectividad social y la administración pública, los particulares y los organismos descentralizados, ampliando un poco sobre éste tenor, debemos señalar que el peculado se consuma, no tanto el ataque a la propiedad o por el menoscabo económico que pueda producir al erario público, sino por la traición por parte de los servidores públicos, al normal cumplimiento de sus obligaciones, mismas que son inherentes a los individuos que poseen ésta calidad, situación con que se ocasiona un rompimiento de la probable fe o confianza, que pudiera existir por parte de la sociedad hacia el servidor público; confianza que nunca podrá ser restablecida.

El sujeto pasivo en el delito de peculado es la colectividad social. Debiendo destacarse que conforme lo establece la redacción de la fracción I del artículo 223 del Código Penal Federal el sujeto pasivo se determina conforme al nivel gubernamental que se lesiona, el cual puede ser:

- a) El Estado,
- b) El organismo descentralizado y
- c) El particular.

Para poder determinar el sujeto pasivo en la fracción II del artículo en estudio, lo analizaremos detenidamente; así en primer lugar, el sujeto pasivo en el peculado cometido *"por uso indebido de fondos públicos"*, en primer término es la sociedad, que se ve agravada por un sujeto con la calidad de servidor público a quien de manera directa o indirecta confió el manejo de los fondos públicos pero éste, traicionando la confianza depositada en él, se corrompe al utilizar en forma indebida esos fondos públicos. Con su comportamiento el servidor público obstruye el curso de las funciones públicas. En el peculado por *"otorgar alguno de los actos previstos para el uso indebido de atribuciones y facultades"* el sujeto pasivo lo constituyen la administración pública y la sociedad en general.

A diferencia de las dos fracciones del delito de peculado examinadas con antelación, en la fracción III el sentido del peculado cambia de forma radical; éste cambio ha hecho que se identifique éste delito con el nombre de *"peculado impropio"* precisamente porque no necesariamente es un servidor público quien lo comete, sino que puede serlo cualquier persona; pero para comprender mejor ésta fracción creemos conveniente citar el texto de la fracción aludida, el cual señala:

Comete el delito de peculado: "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".

Al citar el texto, nos percatamos que se contemplan dos hipótesis, dentro de las cuales se contemplan a diversos sujetos pasivos, por la razón que son diversos los bienes jurídicos que se ofenden; en éste sentido, se desprenden los siguientes:

- a) La administración pública,
- b) La sociedad en general y
- c) Cualquier persona que se vea menoscabada en su honor por esos comportamientos.

Por último en la fracción IV del artículo 223 del Código Penal Federal, señala que comete el delito de peculado:

"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 las que se les destinó".

El sujeto pasivo de la fracción transcrita, puede concretarse en los siguientes:

- a) El Estado;
- b) Los Gobernados.

3.4 BIEN JURÍDICO TUTELADO

El Bien jurídico tutelado es el objeto de la protección de las normas de derecho. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se consagran bienes jurídicos que el legislador consideró que deberían ser protegidos, ejemplo: la vida, la libertad, el patrimonio de las personas, sus posesiones o derechos. En el caso de la legislación Penal, cada tipo delictivo consignado en el Código Penal protege un bien jurídico. Al respecto, el Maestro Gustavo Malo Camacho⁽⁴⁹⁾ señala:

"Bien jurídico tutelado es el objeto de protección de un concreto interés social, individual o colectivo reconocido y protegido por el Estado, a través de la Ley Penal".

El bien jurídico debemos entenderlo como algo más trascendental, es decir, más allá del derecho mismo, entendiendo que el derecho reconoce a los bienes, a los que se les agrega el "valor de lo jurídico", constituyendo así los bienes

(49) MALO CAMACHO, Gustavo. Op. Cit pag. 280.

jurídicamente tutelados, pero no los crea. El bien jurídico no sólo tiene un objetivo de interpretación de la norma y de ubicación sistemática. Su contenido fundamental surge del entendimiento de que la relación social que implica el orden jurídico y que se da en función de la regulación de la conducta humana, se presenta en el interés de salvaguardar los bienes jurídicos de los individuos que forman parte de la comunidad social y cuya salvaguarda implica el objetivo de la seguridad jurídica para la convivencia. Por lo tanto, el bien jurídico es un concepto fundamental de la realidad y de la relación social, que supone la presencia de intereses individuales o colectivos, que exigen protección y salvaguarda, toda vez que su lesión o puesta en peligro, genera situaciones de conflicto social que afectan de manera básica a la seguridad jurídica y por tanto a la convivencia. Siendo el origen de la salvaguarda de los bienes jurídicos penalmente protegidos, el evitar conflictos y resolverlos, establecer y favorecer el mantenimiento de un sistema de convivencia pacífica, de las personas.

Atendiendo de forma directa al bien jurídico tutelado del delito de peculado, encontramos que pueden existir pluralidad de éstos, ya que lógicamente, las distintas hipótesis normativas enmarcan cada una de ellas por lo menos la protección de un bien jurídico, no existe impedimento para que con una sola hipótesis, se proteja a varios bienes, tal es el caso del peculado, en cuya existencia se trata de brindar protección a varios de ellos. Entre otro podemos nombrar a:

- a) La confianza del pueblo hacia sus gobernantes.- La principal obligación de los servidores públicos es desempeñar su función con total probidad y honradez; ya que en ellos, la sociedad ha depositado su confianza; esperando que desempeñen su cargo con la mayor de las dignidades; convirtiendo su trabajo en beneficio para la colectividad; pero cuando un servidor público incurre en peculado, la sociedad se indigna por el lucro o beneficio que pudo haber obtenido el sujeto activo; peor es mayor su indignación al ver la traición hecha por el sujeto peculador a la confianza que el mismo pueblo depositó en él; confianza que en ningún momento volverá a ser restaurada. Luego entonces la ciudadanía dejará de tener respeto por los servidores públicos en general.

- b) Los fondos públicos.- Los fondos públicos son la masa de bienes pertenecientes al Estado, pero a su vez, estos valores, bienes o numerario, provienen de los particulares, siendo el Estado quien los posee para su resguardo y administración. Los fondos públicos constituyen uno de los bienes jurídicos tutelados, porque estos bienes serán utilizados para la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Al ser desviados, se produce un desfalco, que impediría que esas necesidades sean satisfechas.
- c) Los bienes de los particulares.- Estos, también representan uno de los bienes jurídicos tutelados, concretamente en el supuesto de la fracción I del artículo 223, ya que el servidor público que posea éstos bienes para su administración o los haya recibido en depósito, tiene la obligación de destinarlos para los fines que jurídicamente se hayan previsto; de lo contrario se ocasionará un quebranto en el patrimonio del particular.
- d) El cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes.- Los servidores públicos en el mundo del “deber ser” representan un ejemplo de rectitud y honestidad. Al no cumplirse éste supuesto, se está faltando a su obligación más importante; con lo que provoca una lesión al presentarse una alteración en la administración pública y en los servicios públicos; pues el sujeto activo, llevó a cabo una acción que cambió el curso de las funciones propias del Estado, funciones que se encuentran contempladas previamente en la ley.
- e) La rectitud moral en la promoción político – social.- Actualmente los servidores públicos no tienen conciencia de su cargo, y piensan que por tener tal nombramiento pueden abusar del mismo. Pero en estricto sentido un servidor público debe presentar determinadas características para poder desempeñar su cargo, tales como son la rectitud moral en su obrar, la honestidad, la probidad y sobre todo el deseo de ser útil a la sociedad, dejando de lado sus intereses personales, políticos o económicos, porque de lo contrario estaría actuando contra derecho.
- f) La buena fama y la dignidad de las personas.- Esto es en alusión a la última parte de la fracción II del artículo 223, que hace referencia a que comete el delito de peculado el servidor público que utilice fondos públicos para la promoción de su persona o la de un tercero a costa de denigrar a otra

persona, representando éste un atentado en contra del honor y de la buena imagen del sujeto pasivo del delito.

3.5 DOLO.

Para definir al dolo, el maestro Castellanos Tena en su libro *Lineamientos Elementales de Derecho penal*, cita al Maestro Cuello Calón⁽⁵⁰⁾ quien señala que:

“El dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso”.

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la consciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto.

Enfocados en el estudio del dolo en el peculado, es imprescindible atender a la intención del sujeto activo del delito, ya que ésta determinará su grado de responsabilidad penal. La intención es algo subjetivo por ende difícil de probar, pero para poder comprenderla es necesario recurrir a la definición de los dos principales tipos de delitos, que servirán como punto de partida para adentrarnos en el estudio del dolo; siendo conveniente citar un fragmento del libro *Derecho Penal*⁽⁵¹⁾ de la Maestra Griselda Amuchategui Requeña en cuya clasificación señala:

a) Delito doloso Intencional.- Cuando el sujeto activo del delito comete el delito con la firme intención de realizarlo. Se tiene voluntad y el dolo de infringir la ley.

b) Culposos, imprudencial o no intencional.- Este delito se comete con la intención de cometerlo; ocurre debido a negligencia, falta de cuidado, imprevisión, imprudencia, etc.”.

Atendiendo a ésta clasificación; el peculado no puede considerarse como delito culposo, ya que el servidor público no puede argumentar como defensa negligencia, falta de cuidado, imprevisión o imprudencia en la distracción de

(50) CASTELLANOS Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*. Cuadragésima Edición. Porrúa. México. 1999. Pág. 239.

(51) AMUCHATEGUI REQUEÑA, Griselda. *Derecho Penal*. Segunda Edición. Oxford. México. 1990. Pág. 59.

dinero, recursos, bienes o valores pertenecientes al Estado o a un particular. Por lo que el peculado está clasificado dentro de los delitos dolosos, porque el sujeto activo del delito lo comete con plena consciencia, ya que de antemano sabe que con su conducta está infringiendo la ley; otro de los elementos que concurren es el elemento volitivo, es decir, que el servidor público realiza la conducta ilícita por su propia voluntad, sin que medie ningún factor que lo obligue a su realización; por tales motivos, consideramos que el delito de peculado no admite configuraciones culposas; luego entonces, el dolo es uno de los elementos más importantes en el delito de peculado, ya que para que un servidor público pueda ser responsabilizado en la comisión del peculado, es indispensable que, desde el punto de vista psicológico haya querido la realización del hecho delictivo, en la inteligencia de que el querer implica el conocimiento. Por tanto, el dolo para el servidor público, en el delito de peculado, no es solo querer, sino querer algo que el sujeto previamente conoce, pues no se puede querer lo que no se conoce; al respecto Uriel Franco en su libro El Peculado⁽⁵²⁾, señala:

"Basta, pues con el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, con la conciencia de que el comportamiento está en contraste con las normas penales, para que pueda predicarse la existencia subjetiva del hecho punible. El agente quiere y realiza un comportamiento que sabe prohibido por el ordenamiento jurídico – penal, sin que sea necesario requisito adicional alguno para que exista la culpabilidad".

Atendiendo a éste criterio es correcto el calificar como dolo directo el que existe en la comisión del delito de peculado, ya que en el sujeto activo del delito, se presenta el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Esta acción supone un conocimiento general sobre una prohibición de realizar cierta conducta, el cual está presente tanto en el momento de la planeación como en el de la ejecución de la conducta. Al respecto el Maestro Enrique Díaz Aranda⁽⁵³⁾, nos señala:

"Actualmente también se incluyen los conocimientos actualizables, es

(52) FRANCO, Uriel. Op Cit. Pag. 52.

(53) DIAZ – ARANDA, Enrique. Dolo. "Causalismo – Finalismo – Funcionalismo y la Reforma en México" Segunda Edición. Porrúa. México. 2000. Pag. 139

decir, aquellos que pese a no estar presentes en el momento de realizar la acción, si son conocidos por el autor porque se encuentran en el coconsciente...".

Lo anterior significa que el servidor público no necesita estar pensando que esa conducta está prohibida, mientras comete el ilícito, puesto que ese conocimiento se encuentra en su subconsciente y podía actualizarse, por lo que no podrá argumentar válidamente que en ese momento no pensó en dicha prohibición.

Por otro lado, la voluntad consiste en la determinación de realizar una conducta, la dirección que el sujeto activo da hacia la consecución de un resultado que posteriormente se verifica, sirve para determinar la existencia del dolo directo.

En el peculado, el sujeto activo del delito, forzosamente tuvo que realizar una maquinación para cometer el peculado, esto atendiendo a los complejo que puede resultar hacer un desvío de los bienes pertenecientes al estado que le fueron confiados por razón de su cargo. En el peculado no existe cabida a la imprudencia negligencia, o falta de previsión, por lo que el sujeto activo tuvo consciencia permanente de que cometía una conducta contraria a derecho; razón de peso para que se haga merecedor de una sanción.

En lo tocante al peculado por distracción, estamos convencidos de que no necesariamente deberá acreditarse un dolo específico consistente en la obtención de un lucro para sí o para un tercero. Porque resulta lógico que si un servidor público distrae de su objeto bienes pertenecientes al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, no podemos imaginarnos que lo hizo para invertirlos o aplicarlos en programas sociales urgentes de la clase necesitada ; evidentemente que si intención ha sido la de obtener un beneficio de cualquier naturaleza; por lo que ya no importa si es para él o para un tercero, lo importante es que ha producido un menoscabo en el patrimonio de la nación.

El peculado en cualquiera de sus cuatro modalidades, es un delito de realización dolosa, puesto que en principio el agente tiene la voluntad de llevar a cabo el comportamiento y en segundo término lleva la intención de cometer el

hecho; es decir, se hacen presentes el elemento volitivo y el intelectual. La referida acción dolosa consiste en apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno el dinero de las cosas muebles poseídas por razón del cargo o servicio y pertenecientes a la administración pública.

3.6 OBJETO DEL DELITO.

Tocante al estudio del objeto del delito, Luis Jiménez de Asúa⁽⁵⁴⁾, en su libro Teoría del delito, nos indica que el objeto del delito:

"...está constituido por lo bienes jurídicos, en cuya lesión no sólo vemos el quebranto de un interés particular, sino, a la vez el deber de respetar las normas de cultura reconocidas por el Estado".

En nuestro derecho penal, la mayor parte de los tratadistas distinguen dos tipos de objeto: uno es el objeto material y otro es el objeto jurídico.

OBJETO MATERIAL.

Con respecto al objeto material, de una forma breve y sencilla lo define la maestra Griselda Amuchategui⁽⁵⁵⁾, en su libro de Derecho Penal, quien señala:

"El objeto material del delito es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se colocó a dicha persona o cosa".

Cuando el objeto material recae sobre una persona, ésta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que en una misma figura coinciden el sujeto pasivo y el objeto materia; cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada. Así, según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, agua, electricidad, etc. En el mismo sentido, el Maestro Fernando Castellanos Tena, en su libro Lineamientos Elementales de Derecho Penal⁽⁵⁶⁾, establece que el objeto material se encuentra constituido por:

(54) JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Op Cit. Pag. 46

(55) AMUCHATEGUI REQUEÑA, Griselda. Op cit. Pag. 36.

(56) CASTELLANOS Tena, Fernando. Op Cit. Pag. 152.

“... la persona o cosa sobre la quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa”.

El objeto del delito lo constituyen, evidentemente, la cosa o la persona en la que se produce el delito. Es decir, todo hombre, vivo o muerto, consciente o inconsciente, toda persona jurídica, toda colectividad y particularmente el Estado y toda cosa animada o inanimada. El objeto material del delito de peculado son el dinero, los valores, fincas, o cualquier otra cosa del Estado, del organismo descentralizado o de un particular.

En el peculado *“por utilizar indebidamente fondos públicos”* el objeto material queda constituido por los fondos públicos, ya sean federales, estatales o municipales; en el peculado por *“otorgar cualquiera de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades”*, en principio el objeto es formal, ya que el objeto es la fidelidad que el servidor público debe tener en el ejercicio del cargo que se le encomienda, pero en segundo plano, existe un objeto material que se concreta en la administración pública.

Por lo que respecta a las dos variables que corresponden a la fracción III del artículo 223 del Código Penal Federal; el objeto material se concreta en:

- a) Los fondos públicos y en
- b) La administración pública.

Por último en la fracción IV del citado artículo, el objeto material que se contempla son los fondos públicos federales.

OBJETO JURÍDICO.

Para definir al objeto jurídico, es Griselda Amuchategui, en su libro de Derecho Penal⁽⁵⁷⁾ quien nos señala:

“El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la Ley”

El derecho penal, en cada uno de los delitos que contempla, tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos; debido a que al

(57) AMUCHATEGUI REQUEÑA, Griselda. Op. Cit. Pag. 37.

derecho le interesa tutelar o salvaguardar la vida de las personas así como su patrimonio. Abundando sobre el mismo tema, es el mismo Maestro Castellanos Tena⁽⁵⁸⁾ quien nos define al objeto jurídico como:

"El bien protegido por la Ley y que el hecho u omisión criminal lesionan".

Pero es el mismo Maestro Castellanos Tena, quien cita en su libro Lineamientos Elementales de Derecho Penal⁽⁵⁹⁾ a Franco Sodi, quien define al objeto jurídico como: *"...la norma que se viola"* En relación al punto estudiado, no existe entre los tratadistas una unificación de criterios pero consideramos que éste último es como debe considerarse al objeto jurídico, como la disposición legal que viola el sujeto activo con su acción delictuosa; cabe recordar que el derecho no crea los bienes que se considera deben ser protegidos, sino que únicamente los identifica y es a través de los preceptos legales que se procura su salvaguarda; por lo que al atentar en contra de éstos bienes, además de propiciarles una afectación, también se transgrede la norma jurídica que los protege, siendo para el caso concreto el artículo 223 del Código Penal Federal en sus cuatro fracciones que lo integran.

Aunque como ya vimos, existe confusión entre los doctrinarios, al confundir al objeto jurídico con el bien jurídico tutelado, no tendría razón lógica el manejar con ambas denominaciones un mismo concepto; por lo que para concretizar, al hablar de objeto jurídico debemos entender que se está hablando de una Ley o precepto legal violados. Lo anterior basándonos en el principio que reza: *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*, es decir, que no existe crimen sin ley, y tampoco pena sin ley. Esta situación nos hace pensar que el objeto jurídico de un delito se encuentra representado por el precepto legal que lo contiene, ya que sin el, no puede considerarse una acción u omisión como delito, por lo que de no existir el tipo penal, no se podrá decir que un sujeto cometió un delito porque no lo es y sobre todo no se le podrá castigar.

3.7 CLASIFICACIÓN

El tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la figura delictiva plasmada

(58) *Ibidem*.

(59) *Idem*.

en la Ley. Suele hablarse indistintamente de tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica y cualquier otra idea similar; del mismo modo, existe diversidad en los criterios para hacer una clasificación de los distintos tipos penales; al ser éste un tema muy extenso y sobre el cual no existe consenso, para efectos del presente trabajo, nos enfocaremos a clasificar el delito de peculado dentro de los diferentes criterios que los doctrinarios han establecido; con el objeto de facilitar la identificación de sus rasgos característicos y así, diferenciar al peculado de otros delitos que se le asemejan; misma que realizamos atendiendo a varios factores:

- a) Por la Conducta: Es decir en atención al comportamiento del sujeto activo del delito, el peculado es un delito de:

De acción.- Porque el sujeto activo, es decir el servidor público, incurre en una actividad o hacer; es decir, la conducta típica consiste en un comportamiento positivo, al distraer de su objeto bienes pertenecientes al Estado, utilizarlos de forma distinta para la que fueron destinados o el particular que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción II del artículo 223 están llevando a cabo una acción para cometer el peculado.

- b) Por el daño; la Maestra Griselda Amuchategui en tomo de éste criterio, en su libro de Derecho Penal⁽⁶⁰⁾ señala de forma sintetizada, que se clasifican como de daño, cuando se refiere a la afectación que el delito produce al bien jurídico tutelado, o de peligro cuando no se daña el bien jurídico tutelado pero se pone en peligro; luego entonces, el peculado se considera:

De daño o lesión.- porque con la comisión del peculado se afecta efectivamente los bienes jurídicos tutelados, al lesionarse la confianza conferida por el pueblo a un servidor público, al ocasionar una afectación económica a las finanzas públicas, al no cumplir el servidor público con la obligación de conducirse con probidad y honradez, etc.

- c) Por el resultado; prestando atención a lo descrito por el Maestro Castellanos Tena⁽⁶¹⁾, encontramos que, pueden ser delitos de mera conducta cuando se

(60) AMUCHATEGUI REQUEÑA, Griselda. Op Cit. Pag 58.

(61) Idem.

agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente y materiales o de resultado cuando para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material; en lo que corresponde al peculado se clasifica como:

Material o de resultado.- El peculado es un delito material porque para su integración se requiere la alteración del destino y objeto de los fondos públicos, ocasionando un menoscabo al erario público. En lo que respecta a los bienes, valores y fincas, al dársele un uso distinto al que jurídicamente están destinadas, también se ocasiona una alteración en su objeto.

- d) Por la intencionalidad.- dentro de éste criterio, se clasifican como dolosos cuando el sujeto activo consciente y voluntariamente realiza la conducta ilícita y culposos cuando no se quiere el resultado penalmente tipificado mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones por el Estado para asegurar la vida en común y preterintencional cuando el resultado sobrepasa la intención del sujeto activo; por lo que el peculado se clasifica como:

Doloso, intencional.- Al respecto el Maestro Castellanos Tena⁽⁶²⁾, señala; que el delito es doloso cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico; luego entonces, el peculado encuadra dentro de ésta clasificación, sin ninguna objeción, ya que el sujeto activo consciente de que obra ilícitamente culmina su acción, esperando el resultado deseado, siendo ilógica la existencia de un delito de peculado calificado como "culposo".

- e) Por su estructura, Este criterio hace referencia a la afectación producida al bien jurídico tutelado, clasificándose en delitos simples cuando el delito producido solo consta de una lesión y complejos cuando en su estructura consta de más de una afectación y da lugar al surgimiento de un delito distinto y de mayor gravedad; así tenemos, que atendiendo a éste criterio el peculado se considera como un delito:

Simple.- El peculado se ubica en el tipo de los delitos simples, solamente en

(62) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op Cit. Pag. 141.

las fracciones I, II y IV del artículo 223 del Código Penal, ya que su comisión no da lugar a la comisión de otro delito, que se caracterice por ser más grave o distinto.

Complejo.- El peculado contemplado en la fracción III del artículo 223 de Código Penal Federal, es complejo porque con su comisión, también da cabida a que pueda incurrirse en la comisión del delito de uso indebido de atribuciones y facultades.

- f) Por el número de sujetos.- De acuerdo con la cantidad de sujetos activos que intervienen en el delito, éste puede ser:

Unisubjetivo.- Para su integración se requiere de un solo sujeto activo.

Plurisubjetivo.- Para su integración se requiere la concurrencia de dos o más sujetos.

Atendiendo a éste criterio, el peculado puede ser clasificado en ambas categorías, ya que en ocasiones puede ser cometido por un solo sujeto, pero en otras, es cometido tanto por el servidor público como por el particular que acepta los beneficios económicos a que hace referencia la fracción III del artículo 223.

- g) Por el número de actos.- Se atiende a la cantidad de actos de la conducta delictiva; clasificándose en unisubsistentes cuando requieren para su integración de un solo acto y plurisubsistentes cuando el delito se integra por la concurrencia de varios actos; cada conducta, por sí sola, aislada, no constituye un delito; por tal razón el peculado se clasifica como un delito:

Unisubsistente.- El peculado se ubica dentro de los delitos unisubsistentes; ya que su comisión requiere de un solo acto para poder quedar integrado, es decir, basta con la concurrencia de un solo desvío de los bienes que el servidor público tiene encomendados, para que quede perfeccionado el delito.

- h) Por su duración.- Desde la realización de la conducta hasta el momento en que se consuma, transcurre un tiempo. Acorde a esa temporalidad, el delito puede clasificarse como instantáneo porque se consuma en el momento en que se realizaron todos sus elementos; en el mismo instante

de agotarse la conducta se consuma el delito o como continuado porque se produce mediante varias conductas y un solo resultado; por último pueden clasificarse como permanentes al prolongarse en tiempo la voluntad del sujeto activo; atendiendo a éste criterio, el peculado se clasifica como:

Instantáneo.- El peculado se clasifica como instantáneo, porque se consuma hasta que se hace el desvío de recursos o la distracción

- i) Por su procedencia o perseguibilidad.- En éste criterio, de forma resumida expondremos las ideas que son propias de la maestra Griselda Amuchategui⁽⁶³⁾, quien señala que en ésta clasificación se atiende a la forma en que debe procederse contra el delincuente, de ahí que surjan los delitos perseguibles de oficio, en donde se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito y los delitos perseguibles por querrela, en donde sólo puede perseguirse a petición de parte; es decir, de querrela interpuesta por el sujeto pasivo del delito; atendiendo a ésta clasificación, el peculado encuadra en los delitos perseguibles de:

De oficio.- Porque se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito. La autoridad deberá proceder contra el servidor público responsable en cuanto se entere de la comisión del delito; además, el peculado es uno de los delitos que se persigue de oficio, atendiendo a los bienes jurídicos que se lesionan con su comisión y por la calidad que ostenta el sujeto activo del delito.

- j) Por la materia.- Es decir, atendiendo a los niveles de gobierno, podemos clasificar al peculado en un delito de fuero común, cuando es regulado por legislaturas locales, como de los Estados o del Distrito Federal o federal cuando su regulación es emanada del Congreso de la Unión y por su comisión se ve afectada la Federación:

(63) AMUCHATEGUI REQUEÑA, Griselda. Op Cit. Pág 63.

En éste rubro, el peculado se clasifica en ambos criterios; ya que existe legislación en torno del mismo, tanto a nivel Federal como nivel Local; pero es necesario recalcar que éste trabajo se encuentra basado en la legislación federal, aunque el delito de peculado se encuentra regulado, de similar forma en los Códigos Penales Locales de cada Estado y del Distrito Federal.

- k) Por su autonomía o dependencia.- Existen delitos que existen por sí solos y existen delitos que necesitan de la existencia de otro para poder nacer a la vida jurídica, por tal motivo, el peculado lo clasificamos dentro de los delitos:

Autónomos.- Porque el peculado tiene existencia por sí mismo y no es necesario la concurrencia de otro delito distinto para que pueda subsistir.

- l) Por la descripción de sus elementos.- En ésta clasificación, se atiende estrictamente a la forma en que el legislador lleva a cabo la descripción legal, por lo que encontramos que el peculado se enmarca dentro de los delitos calificados como:

Descriptivos.- En ésta clasificación se encuentra el peculado, como consecuencia de que el tipo penal describe con detalle los elementos que debe contener el delito; es decir, para la comisión de peculado, tienen que concurrir todos los elementos descritos en el tipo penal.

Es así como de forma sencilla hemos clasificado el delito de peculado, atendiendo a varios criterios, con el objeto de poder identificarlo mejor y diferenciarlo de otros delitos con los cuales tiene grandes similitudes. La anterior clasificación sirve también para hacer un estudio más específico del delito que nos ocupa y tener una mejor comprensión del mismo.

3.8 PRUEBAS.

Puede parecer que éste punto se encuentre fuera de lugar, porque el ofrecimiento, admisión y deshago de pruebas son parte del proceso penal, pero con relación a éste trabajo, poseen una gran importancia, porque como estudiamos

anteriormente, el peculado, es un delito que se persigue de oficio, entonces cualquier persona quien conozca del ilícito, puede presentar la correspondiente denuncia y con esto activar a los órganos correspondientes para comenzar las averiguaciones necesarias para aplicar las sanciones correspondientes, pero es precisamente en éste punto en donde se encuentra el principal obstáculo para sancionar con efectividad a los servidores públicos peculadores; por el hecho de que rara vez pueden encontrarse las pruebas idóneas para fincarles la responsabilidad correspondiente, por tal motivo en éste punto presentamos las pruebas más idóneas para comprobar la existencia del peculado. La prueba y todo lo que le es relativo constituye uno de los puntos principales y también uno de los que se encuentran menos esclarecidos de la ciencia del derecho; del mismo modo, estamos conscientes que el abordar el tema de las pruebas representa un tema que pertenece al plano procesal, empero, es muy importante tocar en éste trabajo; porque es necesario saber identificar cuando nos encontramos ante la presencia del peculado pero sobre todo conocer la forma acreditar de forma fáctica y sin equívocos la existencia del delito, porque de lo contrario, se incriminaría falsamente a un servidor público. Para abundar en éstas ideas, es necesario recurrir al Maestro Marco Antonio Díaz de León, quien cita en su libro titulado "Tratado Sobre las Pruebas Penales"⁽⁶⁴⁾ una opinión de Francisco Carrara, quien establece lo siguiente:

"La prueba es todo lo que sirve para damos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está en nosotros, la verdad en los hechos"

Luego entonces, es necesario recurrir a las pruebas idóneas para poder determinar la verdadera existencia de el delito de peculado y poder erradicar a la duda existente en torno a su comisión; siendo ésta la función intrínseca de la prueba, que es un medio que produce un conocimiento cierto en relación a un hecho. Por lo tanto, la prueba tiene índole de verdad y se encuentra estrechamente vinculada al proceso, por la razón de ser dentro de éste en donde aquellas son ofrecidas. Normalmente son premisas de las cuales el juez debe sacar una conclusión, premisas que responden a la posición que asume cada uno de los litigantes en el debate jurídico. En éste sentido las partes tienen la carga de

(64) DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Tratado Sobre las Pruebas Penales, Segunda Edición. Porrúa, México, 1988. Pág. 30.

demostrar, verificar o bien hasta investigar, en algunos casos, la verdad de sus afirmaciones o de los hechos acaecidos en relación con la causa.

En el proceso penal, en la etapa de la instrucción, es donde la prueba y el procedimiento probatorio alcanzan toda su plenitud. También es cierto que desde la averiguación previa se realizan actos de prueba bajo la dirección del Ministerio Público, sólo que esto se hace de manera parcial, es decir, sólo se desahogan pruebas que tiendan a demostrar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad del inculpado, mas no se admiten aquellas que puedan exculpar o beneficiar a éste. Por otra parte, si bien en la primera etapa de la instrucción está permitido el desahogo de pruebas, ello también es relativo por cuestiones de tiempo, ya que dentro de las setenta y dos horas que, generalmente dura ésta, es prácticamente imposible despachar todas las pruebas que se promuevan; por lo que es hasta la segunda fase de la Instrucción donde el procedimiento probatorio llega a su cúspide.

LA AUDITORÍA

La actuación de los servidores públicos, debe encontrarse siempre bajo estricta vigilancia, para tal efecto, existen diversos organismos centralizados, especialmente destinados a verificar las actuaciones de los servidores públicos, a través de diversas auditorías o arqueos realizados a su administración. De los resultados arrojados de éstas diligencias, emanará la posibilidad de ejercer o no acción penal en contra de los servidores públicos deshonestos, que hayan traicionado la confianza que se encuentra depositada en ellos. Luego entonces, el medio probatorio más idóneo para demostrar que un servidor público a cometido el delito de peculado, es la realización de una auditoria, arqueo o liquidación, de su administración, de la cual se desprenda que existe un faltante, desvío o apropiación de bienes o fondos que se encuentran bajo la tutela del probable responsable. Es necesario tener presente, que los servidores públicos no pueden disponer libremente de los recursos que se les han confiado, ya que cada parte integrante de los fondos o bienes a su resguardo, tienen un destino jurídico previamente establecido a un rubro específico y es obligación del servidor público, conducir todos éstos recursos de la forma más óptima a su destino.

En el caso especial de ésta prueba, puede recurrirse a el auxilio de peritos especialistas en diversas materias, que puedan enfocarse a la contabilidad o a la administración; ya que el carácter de una auditoría es más o menos técnico, lo que hace necesaria la participación de profesionistas en diversas materias. El determinar si existe o no un desvío de fondos; es una situación que se debe dilucidar y explicar a través de conocimientos especializados para conocer la verdad; como es imposible la existencia de un Juez que posea todos éstos conocimientos, se hace indispensable la concurrencia de peritos en diversas ramas para que rindan su dictamen.

LA CONFESIÓN

Existen otras pruebas que de forma concatenada servirán para demostrar que el servidor público ha incurrido en peculado, entre algunas de ellas podemos mencionar a la confesión, ésta lógicamente debe provenir del servidor público inculpado, en la cual haga una manifestación sobre la participación activa que hubiera tenido en los hechos delictivos; ésta manifestación debe caracterizarse por la libertad con la que se emita, es decir, que debe efectuarse con la voluntad del inculpado, ya sea de forma espontanea o provocada sin coacción. Cabe aclarar que la confesión del servidor público inculpado en el delito de peculado, servirá para demostrar su responsabilidad cuando admita haber efectuado los hechos delictivos. Al respecto el Maestro Diaz de León⁽⁶⁵⁾ señala:

"Confesar los hechos del delito no necesariamente conduce a que se acepte la culpabilidad; consecuentemente, seguirá considerándose como confesión a la que admita los hechos y niegue en cambio la pretensión punitiva".

Si la confesión no parece verosímil o si contrasta con otros elementos probatorios, el juez penal tiene la obligación de indagar por su cuenta o en base a los demás medios para verificarla. Es por eso que la confesión puede servir como prueba para demostrar la concurrencia del delito de peculado, pero de forma concatenada con otros medios de prueba; porque la confesión ha dejado de ser *"la reina de las pruebas"*; porque pensando lógicamente, todo hombre sano de juicio,

(65) DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Op Cit. Pag 145.

tratará de escapar de todo aquello que pudiera producirle perjuicio alguno; entonces, sería necesaria una perturbación mental para que un servidor público confesara de mutuo propio el haber cometido el delito de peculado.

EL TESTIMONIO.

El testimonio es sin duda alguna la prueba más falible y la más débil de las pruebas, razón por la cual, el juzgador a decidido darle un valor relativo, considerándola apenas como prueba complementaria o subsidiaria.

Con relación al peculado, el testigo debe de conocer perfectamente como se llevó a cabo la comisión del hecho ilícito, es decir, que deben constarles los hechos acontecidos. Como consecuencia de que la prueba testimonial se desahoga a través de preguntas contenidas en interrogatorios que son aplicados a los individuos que son presentados como testigos, éstos deben de ser conocedores directos de los hechos de los cuales se les interroga y además en el mundo del "deber ser" los testigos deben tener la característica de la imparcialidad, es decir, de no tener un interés particular en el negocio y de no estar en una posición de relación íntima o de enemistad, con alguna de las partes, cosa que casi nunca sucede, ya que en la práctica nos damos cuenta, con que facilidad pueden fabricarse testigos para que rindan su testimonio a favor de alguna de las partes. Es por eso que para determinar la comisión del delito de peculado, la prueba testimonial no será la más idónea, pero puede concatenarse a las auditorias que pueden haberse practicado previamente. En el caso del peculado, el sujeto activo del delito, procurará siempre que su actuar se encuentre siempre libre de cualquier testigo, por lo que será muy difícil el que para comprobar la comisión del delito de peculado sean presentados testigos. Por lo contrario, el servidor público puede fabricar sus propios testigos para que rindan un testimonio que le favorezca. Entonces ha quedado comprendido que ésta prueba puede beneficiar más al sujeto activo del delito, que para ayudar a demostrar la comisión de un delito.

EL DOCUMENTO.

Ésta, es una de las pruebas más importantes para determinar la existencia del peculado, por que en los documentos, quedan fijados los hechos que se

quisieron expresar en el momento de su creación, lo cual evita el peligro de modificaciones o retractaciones posteriores, con ello, éste medio se ha convertido en uno de los más confiables, pues llega ante el Juez con la demostración en sí, de los sucesos que consigna. En el caso de los documentos tenemos dos tipos, "*públicos y privados*"; en el primer caso, entendemos que los documentos públicos son aquellos que son expedidos por alguna autoridad oficial, órgano de gobierno o en su defecto los emitidos por el registro civil; por exclusión los privados serán los documentos que no reúnan éstas características. En el delito en estudio, nos encontramos frente a documentos públicos, ya que los servidores públicos, reciben sus Instrucciones u órdenes a través de documentos que reúnen determinadas características y se manejan con tal formalidad, que los convierten en documentos públicos, tales como que se imprimen el papel rubricado con las insignias del órgano de gobierno de donde provenga, cuentan con un sello oficial y la rúbrica de un funcionario; elementos éstos, que hacen que dichos documentos adquieran la calidad de públicos. Éste tipo de documentos son el medio por el cual se les indica a los servidores públicos la forma en que deben utilizarse los valores, bienes y fincas que se encuentran a su resguardo; es decir, cada parte integrante de los fondos públicos que se encuentran a cargo de un servidor público, tiene un destino jurídicamente predeterminado, por lo que el documento constituirá el respaldo de que los fondos públicos fueron utilizados en un rubro específico; siendo obligación del servidor público la conservación de dichos documentos, para amparar en que rubros se invirtieron los bienes pertenecientes al Estado; siendo benéfico para el servidor público en el caso de verse inculcado del delito de peculado. En otro sentido, el nombramiento y la credencial son los medios documentales más idóneos para demostrar que el inculcado al delinquir estaba encargado de un servicio público.

CAPITULO IV.

IV. LEGISLACION FEDERAL RELATIVA AL PECULADO.

En el presente capítulo, nos adentraremos en cuerpos legislativos federales que tienen relación con el delito de peculado, algunos ellos de manera directa, como el Código Penal Federal y algunos otros de forma indirecta, sin que por esto carezcan de importancia, ya que de la misma forma regulan el actuar de los servidores públicos, obligándolos en cierta forma a conducirse con rectitud, con la intención de procurar que incurran en conductas ilícitas incluidas en éstas el delito de peculado. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Penal Federal, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, entre otros son algunos de los ordenamientos legales que establecen las bases jurídicas para prevenir y castigar la corrupción en el servicio público, que desnaturaliza la función encomendada.

Comenzando con un orden jerárquico, abordaremos el estudio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La particular situación que presentan los trabajadores del Estado los sujeta a una regulación jurídica especial en razón de su participación en el ejercicio de la función pública, de tal forma que cuando en el cumplimiento de sus funciones incumplen con las obligaciones que previamente la ley les señaló, se da el nacimiento de una responsabilidad, que puede ser del orden civil, penal o administrativo. Por su parte, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, regula la actividad de los servidores públicos en su Título Cuarto, denominado "De las Responsabilidades de los Servidores Públicos y Patrimonial del Estado"; en donde modera el actuar de los servidores públicos, de su artículo 108 al 114; en primer término, en su artículo 108, nos define quienes poseen la calidad de servidores públicos; tema que abordamos con particularidad en párrafos anteriores, motivo por el que para evitar innecesarias repeticiones no abordaremos en éste punto, sino que pasaremos al estudio del artículo 109 Constitucional, cuyo texto refiere literalmente:

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

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

No procede el juicio político por la mera expresión de las ideas;

II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal; y

III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

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

Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de

Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo⁶⁶.

La fracción I del artículo transcrito contempla el juicio político señala quienes son los sujetos que pueden incurrir en responsabilidad política, los cuales se enuncian en el artículo 110 Constitucional, y son: Los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados y Jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Directores Generales o sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

En razón a las características de los sujetos del juicio político nos encontramos que se trata de servidores públicos que tienen atribuidas facultades de gobierno y de administración y que por lo tanto, su actuación puede ser trascendente respecto de los Intereses públicos fundamentales. Por consiguiente, no todos los servidores públicos podrían incurrir en ésta responsabilidad.

En éste respecto, el maestro Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez⁽⁶⁶⁾ señala cuales son las conductas en que incurre un servidor público que lo hacen merecedor a ser sujeto a un juicio político; son las siguientes:

- a) El ataque a las instituciones democráticas;
- b) El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal;
- c) Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales;
- d) El ataque a la libertad de sufragio;
- e) La usurpación de atribuciones;
- f) Cualquier infracción a la constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las

(66) DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Cuarta Edición. Porrúa. México. 2001.

sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones;

- g) Las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior, y
- h) Las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinen el manejo de los recursos Federales y del Distrito Federal.

El juicio político de desahoga ante el Congreso de la Unión, cuya Cámara de Diputados, a través de su Sección Instructora, practica las diligencias necesarias para la comprobación del ilícito, dando audiencia al inculcado para evitar dejarlo en estado de indefensión y manifieste sus medios de defensa; posteriormente, el Congreso de la Unión formula sus conclusiones determinando la inocencia del encausado o su probable responsabilidad, en cuyo caso se propondrá la sanción correspondiente. Este procedimiento deberá efectuarse dentro del plazo de sesenta días naturales, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se haya turnado la denuncia.

El juicio político se instaura en contra de aquellos servidores públicos que desempeñan funciones políticas, tienen atribuidas facultades de gobierno y administración; cuando incurren en alguno de los ocho supuestos que señalamos con antelación; su objeto principal es el de servir como medio para regular la actividad de los servidores públicos y así evitar que ocasionen un daño a los intereses públicos fundamentales. Aunque la historia, nos indica que ésta figura no ha sido muy utilizada, no deja de ser importante, porque es un medio jurídico más para procurar la correcta actuación de los servidores públicos; motivo por el que consideramos conveniente su estudio, además de pertenecer al texto del artículo 109 Constitucional, en donde se estipulan las responsabilidades a que se hacen acreedores los servidores públicos que cometen conductas ilícitas.

RESPONSABILIDAD PENAL.

Conforme a la fracción II del artículo 109 Constitucional *"La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal"* por lo que éste texto nos remite al Título Décimo del Código Penal Federal, que comprende los artículos 212 al 224, se establecen

once figuras delictivas en la que el sujeto activo necesariamente deberá tener la calidad de servidor público; los delitos de referencia son:

- a) Ejercicio indebido del servicio público,
- b) Abuso de Autoridad,
- c) Coalición de servidores públicos,
- d) Uso Indebido de atribuciones y facultades,
- e) Concusión,
- f) Intimidación,
- g) Ejercicio abusivo de funciones,
- h) Tráfico de influencia,
- i) Cohecho,
- j) Peculado,
- k) Enriquecimiento ilícito.

Para éstos delitos se asignan penas de privación de la libertad, sanción económica, destitución e inhabilitación para desempeñar empleos, cargos o comisiones públicas, así como el decomiso de bienes cuya legal procedencia no se logre acreditar. Lo mas importante de la fracción II del artículo 109 Constitucional, es que nos da la pauta para poder ejercer acción penal en contra de los servidores públicos desleales a su cargo y que comentan cualquier acción delictuosa; entre las que se encuentra incluida, la figura que nos ocupa, que es el delito de peculado; luego entonces, esta fracción es la posee una intrínseca relación con el objeto de éste trabajo, al ser el fundamento constitucional para sancionar penalmente al servidor público peculador. Pero en materia penal existe la protección constitucional denominada *fuero* que se otorga a los servidores públicos de alta jerarquía, enumerados en los párrafos primero y quinto del artículo 111 constitucional, cuando cometan delitos durante su encargo. Al respecto Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez⁽⁶⁷⁾ señala que la protección que brinda el fuero es:

"...un privilegio procesal que se otorga con el fin de proteger no a la persona, sino el ejercicio de la función pública que tienen a su cargo los servidores públicos de alta jerarquía y que consiste en que no se pueda proceder

(67) DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. Op Cit. Pag. 26.

penalmente contra el funcionario sin la autorización previa de la Cámara de Diputados; autorización denominada Declaración de Procedencia”.

El procedimiento para la declaración de procedencia es semejante al correspondiente para el Juicio Político. La regulación de la responsabilidad penal de los servidores públicos, al estar incorporadas en el texto constitucional y en el Código Penal, aclara las imprecisiones que habían existido en la materia, sobre todo respecto a la diferenciación entre los ilícitos oficiales y los delitos comunes que dan lugar a la responsabilidad penal; quedando claramente delimitadas las responsabilidades políticas y administrativas.

La importancia de adentrarnos en las disposiciones constitucionales en torno al peculado, radica esencialmente en que debemos saber cuales son las fuentes constitucionales de dan origen a la aplicación de una sanción penal al servidor público que cometa cualquier delito; de manera específica a quien cometa peculado.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

La fracción III del artículo 109 constitucional, señala: “Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones”, la afectación de cualquiera de éstos elementos por parte del servidor público, lo hará acreedor a su respectiva sanción, pero en específico, la fracción III, hace referencia a las responsabilidades administrativas, mismas que se encuentran contenidas en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores públicos, ordenamiento legal que abordaremos en el punto 4.5 de éste trabajo, por lo que para evitar innecesarias repeticiones, en éste punto, solamente nos limitaremos a mencionar que la referida fracción, es el fundamento que sirve para poder fincar responsabilidades administrativas a los servidores públicos; siendo hasta cierto punto, algo innovador, por el motivo que anteriormente la materia sobre responsabilidades de los empleados del estado se encausó fundamentalmente a los aspectos político y penal.

Es importante destacar la autonomía de los diversos tipos de procedimientos, por lo que si el servidor público incurre en un acto sancionado por las leyes, se puede iniciar en su contra un proceso administrativo, penal, político o civil, separadamente o varios de forma conjunta, precisamente porque cada uno tiene sus características muy especiales y porque cada uno goza de autonomía.

A continuación, procederemos a hacer un somero estudio de los demás artículos constitucionales que pertenecen al título cuarto; reiterando únicamente, que el precepto constitucional que marca la pauta para fincar responsabilidad penal en contra de los servidores públicos peculadores, es el artículo 109 constitucional en su fracción II, ya que en sus fracciones I y III, establecen los supuestos ante los cuales puede fincárseles otro tipo de responsabilidades.

El artículo 110 constitucional hace referencia al juicio político, estableciendo quienes pueden ser sujetos de éste y señala que las sanciones consistirán en destitución e inhabilitación del servidor público, para desempeñar funciones, cargos empleos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público. En su párrafo cuarto, señala la forma en que será aplicadas las sanciones referidas; y en el último señala, que las resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables; siendo éste artículo el fundamento constitucional para poder iniciar el juicio político en contra de los servidores públicos deshonestos.

El artículo 111 constitucional, es el fundamento para poder iniciar el juicio de procedencia, para con posterioridad ejercer acción penal en contra del servidor público. En su primer párrafo señala que servidores públicos pueden quedar sujetos a éste juicio y señala que el procedimiento de desafuero es facultad de la Cámara de Diputados, que por mayoría absoluta de sus miembros presentes determinará si "ha o no lugar a proceder contra el inculpado". La declaración de procedencia tendrá por efecto inmediato la separación del cargo del inculpado y será juzgado por las autoridades competentes con arreglo a la legislación penal.

Por su parte el artículo 112 constitucional, señala que si un servidor público aforado, se encuentra gozando de una licencia y durante el tiempo que se encuentra separado de su cargo, comete algún delito, no se requerirá declaración de procedencia para poder actuar en su contra; es decir, si un individuo no esta en

funciones de servidor público, no está protegido por las normas de ésta parte de la constitución; pero si vuelve a desempeñar tareas para el Estado, la protección constitucional retornará a serle aplicable con todas sus consecuencias y procedimientos.

El artículo 113 constitucional faculta al Congreso Federal y a los congresos locales para que aprueben leyes sobre responsabilidades administrativas. Tales leyes deberán establecer tanto las conductas que serán estimadas como causantes de responsabilidad administrativa, como las sanciones a que se harán acreedores aquellos individuos que violen las normas correspondientes. Esta disposición, así como la legislación y contralorías de ellas derivadas, tienen como propósito fundamental y necesario terminar con algunas prácticas burocráticas y corruptelas que ahogan ciertos sectores de la administración pública federales y local, que difícilmente resultan combatibles y combatidas.

Por último, con el artículo 114 constitucional, se cierra la parte referida a las responsabilidades de los servidores públicos en la constitución, hace una serie de necesarias y acertadas limitaciones en cuanto a las condiciones y términos de procedencia de las responsabilidades políticas, penales y administrativas. Sus disposiciones se hacían necesarias, para llenar faltantes al respecto en los artículos anteriores de esta parte.

4.2 CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Continuando con el estudio de nuestro tema, ahora toca el turno de abordar el Código Penal Federal, mismo que en su libro segundo contiene al título décimo, que corresponde a los "Delitos Cometidos por Servidores Públicos", mismo que contiene al artículo 223, único constitutivo del capítulo XI, en donde única y exclusivamente se regula el delito de peculado; pero para poder adentrarnos en el estudio de éste artículo, en primer lugar tenemos que volver a hacer referencia al artículo 212 del mismo ordenamiento legal; siendo éste artículo el que dispone que es servidor público toda persona que desempeña un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal, centralizada o en el 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 son aplicables también a los gobernadores de los Estados, a los diputados de las Legislaturas locales, por la comisión de los delitos previstos en el título mencionado, en materia federal; cabe señalar que el artículo 212 de Código Penal Federal nos señala únicamente a quienes debe considerarse como servidores públicos; calidad que dejamos perfectamente delimitada en párrafos anteriores.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.

Por otro lado, para establecer una individualización de las sanciones, comprendidas en el título Décimo del libro II del Código Penal Federal, el artículo 213 del Código Penal Federal, ordena que deberá tomarse en cuenta si el trabajador es de base, funcionario o empleado de confianza; su antigüedad en el empleo, sus antecedentes de servicio; sus percepciones; su grado de instrucción; la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito.

La categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena, sobra decir que son aplicables todas las reglas y disposiciones relativas de los códigos penal y de procedimientos penales, en la acusación o defensa de los servidores públicos, que incurran en cualquiera de los delitos contenidos en el referido título Décimo. El comentado precepto legal establece los elementos que deben ser tomados en cuenta para la imposición de las sanciones correspondientes a los servidores públicos que cometan cualquiera de los delitos a que se refiere el título en estudio, esto, con la finalidad de castigar más severamente a aquellos servidores públicos que se lo merezcan; y con menor dureza a aquellos que conforme los elementos referidos en éste artículo, incurran en cualquiera de éstos delitos pero con una menor gravedad.

PECULADO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 223 DE CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Como hemos venido visto, el artículo 223 del multicitado Código Penal, es la médula espinal de nuestro trabajo, ya que en éste ordenamiento es donde se

encuentra contemplado el delito en estudio, por tal razón abordaremos con detenimiento éste artículo, analizando las fracciones que lo integran para reconocer los elementos que lo conforman.

FRACCION I DEL ARTÍCULO 223 DE CÓDIGO PENAL FEDERAL.

En primer lugar citaremos de forma textual, la primera fracción del artículo en comento:

“Artículo 223._ Comete el delito de peculado:

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

De la fracción que acabamos de transcribir, podemos darnos cuenta que se desprenden varias hipótesis normativas, basto sólo desmembrarla y posteriormente hacer juegos, con cada uno de sus elementos, para obtener cada una de las hipótesis que contiene, pudiendo formarse hasta dieciocho diferentes; pero nosotros consideramos que la forma como nos las explica el doctor Javier Jiménez Martínez⁽⁶⁸⁾, es la forma más sintetizada, por lo que nos adherimos a su criterio, por lo que consideramos que el contenido de la fracción I del artículo 223 del Código Penal en vigor, se reduce a tres hipótesis al señalar que comete el delito de peculado por distracción todo servidor público que:

- “a)Distraiga de su objeto bienes pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo los hubiera recibido por cualquier causa.*
- b)Distraiga de su objeto bienes pertenecientes al organismo descentralizado, si por razón de su cargo los hubiere recibido por cualquier causa.*
- c)Distraiga de su objeto bienes pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo los hubiera recibido por cualquier causa”.*

(68) JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op Cit. Pag. 38.

En éstas tres hipótesis lo único que cambia es el sujeto ofendido, puesto que en la primera es el Estado, en la segunda el organismo descentralizado y en la tercera el particular, que ve mermado su patrimonio como consecuencia de las acciones cometidas por los Servidores Públicos Peculadores.

EL COMPORTAMIENTO.

En la fracción en estudio, al contener el verbo *"distraer"*, evidentemente se deriva de una acción final del servidor público; comportamiento encaminado a la obtención de un fin, que es precisamente la distracción de un bien perteneciente al estado, al organismo descentralizado o a un particular. Por tanto queda claro que existe un comportamiento de acción. Como nos señala Francisco González de la Vega⁽⁶⁹⁾, *"El agente peculador ha violado la finalidad jurídica de la tenencia. Se adueña de los bienes obrando como si fuera su propietario, sea para apropiárselos o sea para disiparlos en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona"*.

Partiendo desde éste punto vista, se advierte que el peculado por distracción se realiza mediante una acción, canalizada a un fin del agente peculador. Ello independientemente de que sea para su propio beneficio o para un tercero; es decir, teniendo el servidor público en sus manos el bien que se le ha confiado por razón del cargo público que desempeña, en lugar de utilizarlo conforme estaba previsto, actúa en contra de las normas penales, porque se aparta de lo que la ley señala.

Cuando a un servidor público se le entrega un bien de la nación para que lo administre correctamente y no cumple de manera cabal con dicho cometido, traiciona la fe y la confianza que el pueblo mexicano ha depositado en él. La consecuencia inmediata será el entorpecimiento en la prestación de los servicios públicos; lo que redundará en perjuicio de la sociedad.

Para acreditar la forma de intervención de un sujeto en el delito de peculado, ya sea como autor o como partícipe, debe atenderse al artículo 13 de del Código Penal Federal, que indica:

"Son autores o partícipes del delito:

(69) GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. Séptima Edición. Porrúa. México. 1994. Pág. 328.

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que lo realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda preclar el resultado que cada quien produjo.

En el peculado, caben todas las formas de autoría y participación, ya que un sujeto puede intervenir como autor o participe del delito en cualquiera de sus modalidades.

TENTATIVA

A nuestro parecer la tentativa resulta inaceptable en el delito de peculado, cualquiera de sus formas, pues desde el momento en que el sujeto activo emite su comportamiento, al distraer de su objeto el bien perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o al particular, queda consumado el acto, aun cuando por medio de una auditoría, dentro de un lapso no muy largo, se llegara a detectar la irregularidad y el sujeto peculador corrigiera el hecho. Si así fuera, de cualquier manera, el simple hecho de reunirse tanto el elemento volitivo como el intelectual traiciona la fe del pueblo; por otro lado, se ha alterado el desarrollo de las funciones públicas y en su caso se ha ocasionado un daño al patrimonio de la nación, pues el agente ya ha desplegado su comportamiento.

CONCURSO.

En cuanto al concurso en el delito de peculado por distracción, coincidimos con el criterio del doctor Javier Jiménez Martínez⁽⁷⁰⁾ al señalar que *"pueden darse tanto el concurso real como el concurso ideal; es decir, con una sola conducta el agente*

(70) JIMENEZ MARTINEZ, Javier. OP Cit. Pag. 75.

puede cometer varios delitos o bien con pluralidad de conductas consumir varios delitos". Desde ésta lógica, puede existir el concurso ideal del peculado previsto en la fracción en estudio con los siguientes delitos:

- a) Ejercicio Indevido del servicio público;
- b) Abuso de autoridad
- c) Enriquecimiento ilícito

Existirá concurso real cuando el sujeto activo falsifica documentos para cometer su delito o simula la comisión de algún delito sobre los bienes se le habían confiado y por tanto podrán coexistir estas figuras delictivas:

- a) Falsificación de documentos
- b) Simulación de delito

FRACCION II DEL ARTÍCULO 223 DEL CODIGO PENAL FEDERAL

En el presente punto abordaremos el estudio del peculado previsto en la fracción II del artículo 223 del Código Penal Federal, cuya redacción es la siguiente:

"Comete el delito de peculado:

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

La fracción en estudio contiene primordialmente dos hipótesis de peculado:

- a) Por utilización indebida de fondos públicos
- b) Por otorgar alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades.

Al respecto consideramos conveniente comentar con respecto del texto de esta fracción, en donde se señala que la conducta ha de efectuarse *"indebidamente"*; la cual consideramos es un error, porque tal parece que dicha conducta puede llevarse a cabo en algún caso *debidamente*. Por otro lado,

podemos observar que *utilizar* fondos públicos es *distraerlos* de su objeto y por tanto, un comportamiento encuadrable ya de por sí en la fracción I. Y *“otorgar alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades...”*, presupone tipificar doblemente una conducta, pues un mismo comportamiento se toma como base de dos diversos delitos. Por último, las conductas señaladas han de efectuarse con una finalidad determinada: *“...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”*. Al respecto, el maestro Mariano Jiménez Huerta⁽⁷¹⁾, señala que esta extensa frase carece de precisión, *“porque el destino que el servidor infiel dé a los fondos distraídos utilizados, no tiene trascendencia en la recta configuración del delito de peculado”*. Además de todos los conceptos contenidos en la fracción en estudio, consideramos que no tienen tanta relevancia, en virtud de que lo que se protege son los fondos públicos, por lo que creemos:

- a) Que son conceptos vagos no precisados por la doctrina jurídica, por lo que su acreditación representa tanto en la averiguación previa como en el proceso conceptos insuperables desde el punto de vista jurídico; por consecuencia, ni el Ministerio Público de la Federación podrá ejercer la acción penal correspondiente ni el juzgador acreditar plenamente estos conceptos.
- b) A nosotros como sociedad, no nos interesa juzgar que se hayan utilizado fondos públicos para ofender a alguien; lo importante es atender a la utilización indebida de los fondos públicos sin importar el fin de esa utilización.

EL COMPORTAMIENTO.

En cuanto a la conducta tanto en el peculado por utilización indebida de fondos públicos como por otorgar alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, el comportamiento es eminentemente de acción, al respecto Luis Carlos Pérez⁽⁷²⁾, que ocupar debidamente fondos públicos consiste en: *“La utilización momentánea de la cosa confiada al empleado, sin el propósito de apropiarse de ella”*. Desde ésta perspectiva, el comportamiento en el

(71) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op Cit. Pág. 434.

(72) PÉREZ, Luis Carlos. Op Cit. Pág. 211.

uso indebido de fondos públicos previsto en la primera parte de la fracción, es eminentemente de acción y tendrá por objeto:

- a) Promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o la de un tercero.
- b) Denigrar a cualquier persona.

De nueva cuenta, enfatizamos que carece de relevancia el fin para el cual fueron utilizados indebidamente los fondos públicos, el hecho es que se distrajo y por consiguiente hubo un daño directo a la hacienda pública y con ello se ha ofendido a los ciudadanos mexicanos que contribuimos a los gastos públicos.

En otro aspecto, el peculado de la fracción en estudio se comete "*por otorgar alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades*". Este comportamiento consiste en otorgar alguno de los actos previstos en el artículo 217 del Código Penal Federal en forma indebida, tales como:

- a) *Otorgar concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación.*
- b) *Otorgar permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico;*
- c) *Otorgar 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 servicio producidos o prestados en la administración pública federal y del Distrito Federal;*
- d) *Otorgar, realizar o contratar obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos;*
- e) *Solicitar o promover la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos;*

- f) *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 éste sentido, el Doctor Javier Jiménez Martínez⁽⁷³⁾ señala:

"...en estricto sentido para que se pueda acreditar esta clase de peculado el servidor público no sólo debe otorgar en forma indebida alguno de los actos enumerados, sino que además deberá hacerlo con un fin en particular, que puede ser:

- a) *Promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o la de un tercero.*
 b) *Denigrar a cualquier persona".*

Con respecto a lo anterior, consideramos que ésta cuestión implica una doble carga para el Ministerio Público de la Federación, como para el órgano jurisdiccional, lo que representa, de cierta forma la impunidad del mencionado comportamiento, por la imposibilidad de acreditar el fin de la utilización indebida.

En el peculado por *"utilización indebida de fondos públicos"* el resultado es de lesión, ya que cuando un sujeto con la calidad de servidor público emplea de forma indebida los fondos públicos se quebranta el patrimonio nacional, que redundará en perjuicio de la economía del país. En cuanto al peculado que se comete *"por otorgar alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades"* la ofensa del bien jurídico, también es de lesión, puesto que con el comportamiento del agente existe un menoscabo en la administración pública.

TENTATIVA.

En el peculado cometido por *"utilización indebida de fondos públicos"* consideramos que puede admitirse la tentativa, ya que el sujeto activo puede verse frustrado y no poder consumir su acción; en éste mismo sentido, Uriel Franco⁽⁷⁴⁾ coincide con nuestra forma de pensar, al señalar que:

(73) JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op Cit. Pág 83.

(74) FRANCO, URIEL Op Cit. Pág. 11.

“..el peculado por apropiación o uso indebido admite la tentativa... por sus características mismas es delito que suele obedecer a un proceso. Inclusive, desde el punto de vista del agente, exige cierta experiencia y sobre todo conocimiento cercano de los formallismos utilizados por la administración. Salvo el caso de quien se vincula a ella con la intención de obtener provecho y no de prestar el servicio, el empleado obtiene con la práctica la información primero que interviene en la determinación de cometer el delito y segundo que utiliza para hallar los medios que lo conduzcan a la materialización de sus propósitos y, en cuanto sea posible, garanticen la impunidad”.

En el peculado cometido por el servidor público en ocasión de *“otorgar cualquiera de los actos a que se refiere el uso indebido de atribuciones y facultades”*, nos indica el Doctor Javier Jiménez Martínez⁽⁷⁵⁾ que: *“también se admite la tentativa en cualquiera de sus modalidades”*. Es decir, tal y como nos la señala el Maestro Fernando Castellanos⁽⁷⁶⁾, esta puede ser:

- a) Tentativa Acabada o Delito Frustrado: Cuando el servidor público emplea todos los medios adecuados para cometer peculado y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.
- b) Tentativa Inacabada o Delito Intentado: En ésta el sujeto activo verifica los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto activo omite alguno o varios y por eso el delito no se configura; es decir, existe una incompleta ejecución.

CONCURSO.

Como consecuencia de que la fracción en estudio, comprende dentro de su texto dos hipótesis normativas, es necesario estudiarlas por separado para poder comprender mejor el concurso de delitos, por lo que consideramos correcta la forma como nos lo presenta el Doctor Javier Jiménez Martínez⁽⁷⁷⁾ quien indica:

- a) En el peculado cometido por *“utilizar indebidamente fondos públicos”* puede

(75) JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op Cit. Pág. 92.

(76) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op Cit. Pág. 289.

(77) Ibidem.

darse el concurso ideal con los siguientes delitos:

- ❖ Abuso de autoridad. (Artículo 215 Fracción VIII del Código Penal Federal.)
- ❖ Uso indebido de atribuciones y facultades. (Artículo 217 Fracción III del Código Penal Federal.)

b) En cuanto al peculado por *“otorgar cualquiera de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades”*, de la misma forma puede darse el concurso ideal de delitos:

- ❖ Uso indebido de atribuciones y facultades. (Artículo 217 del Código Penal Federal en todas sus fracciones.)
- ❖ Abuso de autoridad. (Artículo 215 Fracción IX del Código Penal Federal.)
- ❖ Ejercicio indebido del servicio público. (Artículo 214 Fracción V del Código Penal Federal.)

FRACCIÓN III DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Como lo hemos venido haciendo en puntos anteriores, ahora abordaremos el estudio del peculado previsto en la fracción III del artículo 223 del Código Penal Federal, cuyo texto refiere:

“Comete el delito de peculado:

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”.

De la fracción transcrita, se desprenden dos hipótesis o variables de peculado impropio:

a) Comete el delito de peculado impropio cualquier persona que *“solicite realizar”* las promociones o las denigraciones a que se refiere la fracción II del artículo en estudio, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que alude el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades.

- b) También incurre en peculado impropio cualquier persona que *“acepte realizar”* las promociones o denigraciones que indica la fracción II del artículo estudiado, 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.

EL COMPORTAMIENTO.

En el peculado cometido por cualquier persona que solicite ejecutar las promociones o las denigraciones a que alude la fracción II 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, el comportamiento es de acción, toda vez que como refiere Javier Martínez Jiménez⁽⁷⁸⁾ si partimos del principio de que:

“solicitar implica pretender o buscar una cosa con diligencia y cuidado o gestionar los negocios propios o ajenos, o bien procurar algo; que significa también buscar una cosa o requerir que ésta se haga y que realizar implica efectuar o bien hacer real y efectivamente una cosa”.

Podemos concluir que el comportamiento del sujeto activo en el peculado constituye una acción dolosa, puesto que él solicita o se ofrece para hacer una promoción o denigración a cambio de bienes del Estado, requiriéndoselos a otro que puede disponer de los mismos o que en su caso tiene la capacidad de conceder al solicitante un beneficio que se derive de un hecho previsto en el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades.

En el segundo supuesto, en donde el peculado puede ser cometido por cualquier persona que acepte realizar las promociones o las denigraciones a que se refiere la fracción II del artículo en estudio, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos considerados en el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, el sujeto activo recibe voluntariamente lo que se le da, ofrece o encarga; admite los desafíos y las condiciones y se compromete a cumplir las denigraciones o promociones; aprueba el ofrecimiento y en su caso, acepta V gr. promover la imagen política o social de un servidor público.

(78) JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op Cit. Pág. 96.

En éste supuesto, el sujeto activo del delito admite un ofrecimiento y aún cuando conoce que el bien que está obteniendo o lo que se le ofrece a cambio son parte de los fondos públicos o de uno de los actos a que se refiere el precepto de uso indebido de atribuciones y facultades, no impide la consumación de delito; al respecto Javier Jiménez Martínez⁽⁷⁹⁾, señala con relación al supuesto abordado:

“Existe un comportamiento eminentemente de acción, ya que el agente acepta realizar la conducta prohibida a cambio de un beneficio proveniente del poder público y que desde luego incidirá de manera trascendental en el desenvolvimiento de las funciones públicas.

Al cometer el servidor público peculador, las acciones referidas, por un lado se ven lesionados los fondos públicos, hay una merma de los dineros de la nación; por otro, se altera la correcta administración del servicio público. La desviación de los fondos públicos para la obtención de un beneficio derivado del uso indebido de atribuciones y facultades denigra a las personas y corroe de manera directa o indirecta el honor de las mismas.

Con respecto a la fracción III del artículo en estudio, el Maestro Mariano Jiménez Huerta⁽⁸⁰⁾ señala:

“Esta fracción describe la participación de otra persona en el hecho descrito en la fracción II, erigiendo dicha participación en delicta sui generis”.

La participación aludida, se traduce en una conducta que consiste en que la persona *“solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones...”* 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.

TENTATIVA.

En ambas hipótesis de peculado contempladas en la fracción III del artículo en estudio, consideramos que puede existir la tentativa en cualquiera de sus

(79) Idem.

(80) JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Op Cit. Pag. 453.

modalidades, puesto que es un tipo que requiere de actos encaminados a ejecutarse. Por lo que puede darse el caso de que, por circunstancias propias o ajenas al sujeto activo del peculado, no se consume y entonces existirá únicamente un hecho tentativo o frustrado.

CONCURSO.

En el peculado cometido por cualquier persona que *“solicite realizar”* las promociones o las denigraciones a que se refiere la fracción II del artículo 223 del Código Penal Federal, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que alude el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, existirá concurso ideal con:

- ❖ El delito de difamación. (Artículo 350 del Código Penal Federal.)
- ❖ El delito de calumnia. (Artículo 356 del Código Penal Federal.)

En el peculado cometido por cualquier persona que *“acepte realizar”* las promociones o las denigraciones a que se refiere la fracción II, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que alude el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, existirá el concurso ideal con los mismos delitos señalados en el párrafo que antecede.

FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 223 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

La fracción IV del artículo 223 dispone:

“Comete el delito de peculado:

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 de una aplicación distinta a la que se les destinó”.

Del texto de ésta fracción, se desprenden las siguientes dos hipótesis de peculado impropio:

- a) Peculado por distracción de recursos públicos federales que es cometido por *“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...”

- b) Peculado por aplicación pública distinta de recursos públicos federales y que lo comete *“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...”* les dé una aplicación pública distinta a la que se les destinó.

Al respecto, el Maestro Mariano Jiménez Huerta en su libro *“Derecho Penal Mexicano”*⁽⁸¹⁾, señala que la fortuna no acompañó al legislador del 82 *“al estructurar esta inútil figura delictiva”*, porque se pone en contradicción el legislador, con lo que primeramente afirmó en el artículo 212 del Código Penal Federal; porque en ésta fracción IV el sujeto activo es *“cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal”* esté obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos; con éste respecto, el artículo 212 del Código en comento señala: *“...es servidor público toda persona... que maneje recursos económicos federales”*. Sobre éste mismo tenor, el Maestro Jiménez Huerta⁽⁸²⁾ nos indica:

“De ésta guisa se pone en relieve que según el propio criterio de la reforma, esta fracción IV es completamente superflua, pues las personas que custodian, administran o aplican recursos públicos federales; son servidores públicos y por ende, sus infidelidades estaban ya comprendidas en el tipo descrito de la fracción I del mismo artículo 223”.

Con respecto a lo anterior, no estamos totalmente de acuerdo con el Maestro Jiménez Huerta, ya que nosotros consideramos que el objetivo de la presente fracción es el de sancionar con la ley penal federal, a un servidor público que pertenezca a la administración pública estatal, del Distrito Federal o de cualquier municipio y que por razón de su encargo, se le haga responsable de la administración, custodia y aplicación de recursos propiedad del gobierno federal y

(81) JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Op Cit. Pag. 437.

(82) Idem.

en un acto de deshonestidad los desvíe de su destino; razón por la que podrá ser sancionado conforme lo estipula el Código Penal Federal y no por las legislaciones penales locales; lo anterior atendiendo al hecho de que el objeto del delito lo constituye bienes o recursos del Gobierno Federal.

EL COMPORTAMIENTO.

Cuando alguien que no es servidor público federal está obligado legalmente a la custodia, la administración o la aplicación de recursos públicos federales pero distrae éstos de su objeto para usos propios o ajenos comete peculado. Por lo tanto, el comportamiento es eminentemente de acción, simplemente por contener el verbo "*distraer*".

Si alguien que no es servidor público federal está obligado legalmente a la custodia, la administración o la aplicación de recursos públicos federales pero da a éstos una aplicación distinta comete peculado. El comportamiento es de acción.

Cuando alguien que no es servidor público federal está obligado legalmente a la custodia, la administración o la aplicación de recursos públicos federales pero distrae éstos comete peculado. La atribución de haber cometido éste delito deberá acreditarse con los siguientes elementos:

- a) Que se lesionen recursos públicos federales.
- b) Que la persona tenga sobre esos recursos públicos la obligación legal de:
 - Custodiarlos
 - Administrarlos
 - Aplicarlos.

En la primera variable de peculado en la fracción en estudio, la forma de realización es dolosa, toda vez que el agente peculador sabe que su comportamiento se encuentra prohibido por la norma y a pesar de ello efectúa voluntariamente un comportamiento no permitido para distraer los recursos públicos, ya sea en provecho propio o en el de un tercero.

En lo que respecta a la segunda hipótesis de peculado, contenida en la fracción en estudio, consideramos que es evidentemente dolosa; por la razón de

que el destino de los recursos se encuentra previamente marcado, es decir, cada peso perteneciente al erario, ya tiene un destino específico en donde debe ser gastado, por ende, si éstos recursos no se utilizan en los rubros previamente asignados, nos encontraremos frente a un desvío y por ende ante la comisión de peculado; al respecto también consideramos que de antemano, todo servidor público conoce con antelación, de forma clara y precisa los rubros en que se invertirán los recursos propiedad del Estado; lo anterior, se debe a que la mayoría de las veces, son los mismos servidores quienes solicitan determinada cantidad para ser aplicada a un rubro específico, por lo que tienen plena conciencia de cuanto dinero reciben y en que debe ser gastado; no dejando cabida a que éste delito se cometa de forma culposa; por los anteriores motivos, discernimos del punto de vista del doctor Javier Jiménez Martínez⁽⁸³⁾ cuando señala que la segunda hipótesis contenida en la fracción en estudio, puede cometerse de forma *“culposa”* ya que los bienes a su cargo, *“... por un descuido puede asignarlos a una cosa diferente de la señalada”*. Otro de los motivos por los que no estamos de acuerdo con el criterio anterior, es que si se permitiera la comisión del peculado en forma culposa, esta situación bien podría ser aprovechada por la numerosa cantidad de servidores públicos que únicamente se encuentran dentro de la administración pública para ver de que forma pueden verse beneficiados económicamente.

TENTATIVA.

En ambas hipótesis de peculado la tentativa es factible de darse en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 18 del Código Penal Federal vigente, pues el sujeto activo puede ver frustrada su intención por una causa propia o ajena y por ese hecho no consumir su acción criminal.

CONCURSO.

Se puede presentar el concurso con los siguientes delitos previstos en el Código Penal Federal:

- ❖ Abuso de autoridad. (Artículo 215 del Código Penal Federal.)

(83) JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier Op Cit. Pág. 111.

- ❖ Ejercicio indebido del Servicio Público. (Artículo 214 del Código Penal Federal.)
- ❖ Abuso de confianza.(Artículos 382 al 285 del Código Penal Federal.)

SANCIONES.

En el artículo 223 del Código Penal Federal se consideran las siguientes sanciones para quienes cometen el delito de peculado:

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

Quando 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 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.

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

Por el momento, consideramos conveniente limitarnos a transcribir los dos últimos párrafos del artículo 223 del Código Penal Federal, mismos en que se encuentran las penas que deben imponerse a los servidores públicos peculadores. El análisis de las mencionadas sanciones lo realizaremos en el V y último capítulo de éste trabajo, por ser éste tema el punto medular de la presente investigación.

4.3 LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL.

La presente ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de junio de 2002; el objeto por el cual abordamos el estudio de la misma, es porque en ella encontramos un medio importante para que nosotros como ciudadanos; tengamos acceso a información sobre las actividades del gobierno; pero sobre todo ejercer nuestro derecho a la rendición de cuentas por parte de los servidores públicos y así poder como ciudadanos, valorar su desempeño y en el caso de que los servidores públicos, incumplan con sus obligaciones o actúen fuera del marco de la ley, como ciudadanos poder iniciar las acciones pertinentes.

OBJETO DE LA LEY.

El objeto de la ley que nos encontramos abordando, es el de garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal y de cualquier otra entidad federal. Otro de los aspectos importantes de ésta ley, es cuando señala que toda la información gubernamental a que ésta misma ley se refiere es pública, señalando además que los particulares tendrán acceso a la misma en los términos que la propia ley señala; por lo que consideramos que es importante la existencia de la presente ley, ya que es el fundamento que nos da oportunidad como ciudadanos de obtener información acerca de que cantidades de dinero reciben los diferentes órganos gubernamentales, pero sobre todo el conocer en que se gasta y como se gastan los recursos del erario público, al respecto el Doctor Rubén Delgado Moya⁽⁸⁴⁾ señala con respecto a cierto tipo de Información restringida contemplada en ésta ley que:

“Como es natural que así sea la restricción o delimitaciones que la propia Ley señale al respecto, lo cual es lógico y jurídico que así deba ser, en razón de que todo derecho, cualquiera que éste sea, siempre e invariablemente, tiene su limitación”

(84) DELGADO MOYA, Rubén. Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental Comentada, Segunda Edición. Sieta. México. 2004. Pag. 5.

En éste sentido nos encontramos de acuerdo con éste criterio, ya que existe cierto tipo de información que debe permanecer con carácter de confidencial; sobre todo cuando se trata de investigaciones en las cuales al ventilarse cualquier información sobre las mismas puede entorpecer sus resultados; mas sin embargo, en lo que respecta a las finanzas públicas, no debe existir ninguna restricción para saber cuanto dinero existe en el erario público, en que se gasta, quien es el responsable de administrar, resguardar y aplicar los referidos recursos; lo anterior con el objeto de que la presencia ciudadana sea mayor y así mantener en estricta vigilancia a todos los servidores públicos.

Ahora, para tener una comprensión más amplia de los objetivos de la presente ley, es necesario recurrir a su artículo 4; en cuyo tenor señala:

"Artículo 4.- Son objetivos de ésta ley:

- I. Proveer lo necesario para que toda persona pueda tener acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos";*

Con el contenido de ésta primera fracción, ésta ley nos faculta para acceder a la información gubernamental, a través de procedimientos clasificados como sencillos; en lo que respecta a éste tipo de procedimientos no creemos que sean tan sencillos, ya que como es costumbre, cualquier trámite ante cualquier autoridad, se caracteriza por ser demasiado burocrático, pero al final se podrá contar con la información requerida. En su fracción II éste mismo artículo señala:

- II. Transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información que generan los sujetos obligados;*

Esta fracción, es una de las más importantes ya que marca la pauta para que hayamos abordado en estudio la presente ley, porque nosotros, como ciudadanos buscamos conocer las actividades realizadas dentro de la administración pública, es decir, buscamos que se ventile la información necesaria para conocer la forma en que es conducida la administración pública y conocer los rubros a que son destinados los recursos pertenecientes al erario público; con el objeto de saber si su aplicación fue correcta o si en algún momento éstos recursos no fueron

optimizados. Otra de las fracciones, de gran importancia es la fracción IV de éste mismo artículo, que señala:

IV. Favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados;

Al llegar a la presente fracción, llegamos a la parte que justifica el haber abordado el estudio de la ley en comento, porque nos otorga el derecho de solicitar la "rendición de cuentas" sobre las gestiones realizadas por los servidores públicos o funcionarios y así poder evaluar sus actuaciones y su desempeño en la administración pública; pero el principal beneficio que otorga ésta fracción es que al conocer el desempeño de los servidores, podremos encontrar anomalías en el mismo y por ende tendremos no solamente el derecho, sino la obligación de hacer la correspondiente denuncia para evitar que cuando algún servidor público o funcionario incurra en un delito, su actuar no quede impune, como comúnmente se acostumbra; especialmente con el delito de peculado, cuya comisión en la administración pública es muy alta, pero los sancionados son muy pocos, debido a que la información sobre las gestiones de los servidores públicos, generalmente permanece oculta o encubierta por algún cómplice. Por lo que creemos que la presente ley es de utilidad para ventilar éste tipo de información y así poder establecer una vigilancia más estrecha sobre las gestiones de la administración pública.

SUJETOS OBLIGADOS.

Los sujetos obligados, son los organismos pertenecientes al gobierno federal, que se encuentran obligados a brindar información a quienes las solicitan a través de los medios que la misma ley dispone para tal efecto. Para conocer concretamente quienes son los sujetos obligados es necesario remontarnos al artículo 3 de la presente ley. La causa principal por la que tuvimos que regresar un numeral en éste ordenamiento legal, obedece a que consideramos que era prioritario el mostrar el objeto de la presente ley y con posterioridad señalar quienes se encuentran obligados a brindar la información aludida; para lo cual es necesario citar textualmente el referido artículo 3 en su fracción XIV, que señala como sujetos obligados a:

- a) *El Poder Ejecutivo Federal, la Administración Pública Federal y la Procuraduría General de la República;*
- b) *El Poder Legislativo Federal, integrado por la Cámara de Diputados, la Cámara de Senadores, la Comisión Permanente y cualquiera de sus órganos;*
- c) *El Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal*
- d) *Los órganos constitucionales autónomos⁽¹⁰⁵⁾;*
- e) *Los tribunales administrativos federales, y*
- f) *Cualquier órganos federal.*

De la anterior cita textual, se desprende que instituciones son las que se encuentran obligadas a brindar información sobre sus gestiones a los ciudadanos que la requieran, entre las cuales encontramos dentro de las más importantes las que se contemplan dentro del inciso "a)" en donde se refiere concretamente a los órganos dependientes de forma directa del Poder Ejecutivo Federal, para ser precisos nos referimos a las diferentes Secretarías de Estado, las cuales gracias a la historia, podemos percatarnos que han sido los organismos que han sufrido más el saqueo por parte de servidores públicos delincuentes; pero ahora, con fundamento en la presente ley; como ciudadanos, podemos requerir datos que nos ayuden a conocer la forma en que se está llevando la administración, aplicación y resguardo de los recursos asignados a cada una de las Secretarías de Estado. Otro de los incisos que cabe destacar es el marcado con la letra "d)" que señala como sujetos obligados a brindar la información requerida por lo ciudadanos a los "órganos constitucionales autónomos". Para evitar cualquier confusión sobre éstos órganos; es necesario aclarar que nos estamos refiriendo a los organismos públicos descentralizados, mismos que como señalamos en capítulos anteriores son la presa preferida de los servidores públicos peculadores, debido a las características que éstos poseen, tales como que poseen autonomía y patrimonio propio, es decir, que gozan de cierto autogobierno y son libres para administrar su propio patrimonio, lo que trae como consecuencia el que sean saqueados por los mismos servidores públicos que se encuentran a cargo de los mismos.

Otro de sus artículos importantes es el artículo 5 que señala:

"La presente Ley es de observancia obligatoria para los servidores

públicos federales”.

Con referencia al presente artículo, el Doctor Rubén Delgado Moya⁽⁸⁵⁾, refiere:

“El presente artículo delimita el ámbito obligacional exclusivamente a los servidores públicos federales; por tanto las otras clases de servidores, estatales y municipales, por omisión, están excluidos en cuanto a la observancia de la ley en comento”.

El texto del artículo transcrito, señala como sujetos obligados a los servidores públicos federales, mismos que en un momento dado tiene la obligación de rendir cuentas en torno de las gestiones que éstos realicen dentro de la administración pública federal. Este artículo es importante porque brinda la pauta para poder requerirles información acerca de las actividades de los servidores públicos federales; quienes pasan a formar parte de los sujetos activos del delito que nos ocupa. Sin duda alguna, la utilidad del presente artículo, radica en que es una forma de descubrir o prevenir la comisión de un delito, ya que la presente ley nos brinda la posibilidad de mantenernos informados acerca de las actividades de los organismos de gobierno y así descubrir a tiempo cuando un servidor público se encuentra obrando ilegalmente, para poder iniciar en su contra las acciones pertinentes.

Por otro lado, el artículo 7 de éste mismo ordenamiento señala el tipo de información que los sujetos obligados deben proporcionar a la ciudadanía, cuando ésta se los requiera, en donde destacan para nuestro trabajo, las dos siguientes fracciones:

IX. La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos que establezca el presupuesto de egresos de la Federación. En el caso del Ejecutivo Federal, dicha información será proporcionada respecto de cada dependencia y entidad por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que además informará sobre la situación económica, las finanzas públicas y la deuda pública, en los términos que establezca el propio presupuesto;

(85) DELGADO MOYA, Rubén. Op Cit. Pag. 9.

La anterior fracción es importante para nuestro trabajo, porque nos brinda la posibilidad de saber las cantidades asignadas al presupuesto; pero sobre todo tener presente en que rubros se gasta dicho presupuesto; para poder vigilar que efectivamente se apliquen los recursos a los rubros referidos, sin que haya desvíos ni sustracciones de dinero y en el caso de que hubieren, poder interponer la denuncia correspondiente. Otro aspecto importante del presente artículo, es que señala que los informes deberán ser proporcionados, respecto de cada dependencia y entidad, es decir, se debe brindar información por cada una de las Secretarías de Estado con el objeto de conocer en que invierte cada una de ellas los recursos asignados y los planes de trabajo pertenecientes a cada una así como la cantidad de recursos que se les asigne a cada rubro.

Otra de las fracciones que encontramos importantes para nuestro trabajo del presente artículo 7 de la ley en comento, es la fracción X que señala:

X. Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestal de cada sujeto obligado que realicen, según corresponda, la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, las contralorías internas o la Auditoría Superior de la Federación y, en su caso, las aclaraciones que correspondan;

Esta fracción nos es de utilidad, cuando existe alguna irregularidad en la aplicación de recursos por parte de alguno de los sujetos obligados, que lo hace merecedor a una auditoría en su administración para verificar la causa de las mencionadas irregularidades y en el caso, de existir alguna actividad fuera del marco de la ley, emprender las acciones correspondientes. También cabe señalar, que los resultados de las auditorías deben hacerse públicos, pues también la función de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, se encuentra en juego, como también el de las contralorías internas el de la Auditoría Superior de la Federación, cuyas actividades y sus resultados deben de ventilarse a los ojos de la ciudadanía.

Un artículo de importancia relevante, es el artículo 12 que indica:

"Los sujetos obligados deberán hacer pública toda aquella información relativa a los montos y las personas a quienes entreguen, por cualquier

motivo, recursos públicos, así como los informes que dichas personas les entreguen sobre el uso y destino de dichos recursos”.

Con éste artículo se pretende que en ningún momento, se deje de conocer el paradero de los recursos propiedad de Estado, pero sobre todo conocer a los sujetos a quienes se les encomienda su administración, resguardo o aplicación, con lo que se trata de evitar que se pierdan los recursos al pasar de mano en mano; estableciendo así un control del tráfico de los bienes del Estado; para siempre tener conocimiento sobre donde se encuentran determinados recursos y en poder de quien están. Esto sirve principalmente para saber a quien fincar las responsabilidades correspondientes en caso de cometerse algún delito.

Los demás artículos que constituyen la presente ley se enfocan de lleno a los procedimientos para solicitar la información referida, por lo que consideramos que no son tan relevantes para éste trabajo. Sin embargo, los artículos citados constituyen el fundamento legal, que nos otorga el derecho de obtener información acerca del funcionamiento y las actividades realizadas por los diferentes órganos gubernamentales, así como saber que actividades desempeñan los individuos que laboran en el interior de éstos; pero sobre todo saber la cantidad de recursos designados a cada uno de los organismos gubernamentales, los rubros en que se deben aplicar, la forma y cantidades en que serán gastados y conocer a el sujeto responsable de la aplicación de éstos recursos, para en el caso de existir alguna anomalía, como ciudadano, tener el derecho de presentar la correspondiente denuncia. En específico, consideramos que este es el principal objetivo de la ley abordada, ya que nos brinda el derecho de conocer las actividades de los diferentes órganos gubernamentales, pero sobre todo de los sujetos que los conforman y por ende cuidar el buen funcionamiento de la administración pública federal.

4.4 LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL.

Aunque con respecto del tema que nos ocupa, la legislación principal que tenemos que abordar es la Penal; por el hecho de estar hablando de servidores públicos federales y su actuación dentro de la administración pública federal, es también menester el abordar algunas leyes dentro de la materia administrativa, tal como es la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. La importancia de

abordar la presente ley reside en que establece los fundamentos legales y señala que organismo dependiente del poder Ejecutivo de la Unión estará encargado de vigilar las actividades de los demás organismos del Poder Ejecutivo, y realizar auditorías, investigaciones, evaluaciones e inspecciones de las actividades de los mismos; de cuyos resultados, en el caso de existir conductas de los servidores públicos, que puedan constituir responsabilidades administrativas, aplicar las sanciones correspondientes en los términos de la ley y en su caso presentar las denuncias correspondientes ante el Ministerio Público, estando dispuesta para tal efecto a colaborar de la forma en que le sea requerida.

Para abordar en estudio la ley en comento es necesario remontarnos a señalar como se divide la Administración Pública Federal. En los términos del artículo primero de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la administración pública será: centralizada y paraestatal.

La administración Pública Centralizada la integran:

- a) La Presidencia de la República.
- b) Las Secretarías de Estado;
- c) Los Departamentos administrativos y
- d) La consejería Jurídica del Ejecutivo Federal.

La administración pública paraestatal a su vez la forman:

- a) Los Organismos Descentralizados;
- b) Las Empresas de Participación Estatal;
- c) Las Instituciones Nacionales de Crédito;
- d) Las Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito;
- e) Las Instituciones nacionales de seguros y Fianzas y
- f) Los Fideicomisos.

Las dependencias de la administración pública centralizada y paraestatal, están obligadas a realizar sus actividades en forma programada, basándose en políticas establecidas por el Poder Ejecutivo de la Unión para alcanzar los objetivos marcados en el Plan Nacional de Desarrollo.

Para poder cumplir con las actividades propias del Poder Ejecutivo de la Unión, éste tiene que dividirse en diversas Secretarías de Estado, mismas que forman parte de la Administración Pública Federal centralizada y cada una se enfocará en la resolución de problemas en rubros específicos. En las referidas Secretarías, el Poder Ejecutivo de la Unión se apoyará para el despacho de los asuntos del orden administrativo; entre éstas, encontramos a la Secretaría de la Función Pública; que es la que se encuentra estrechamente vinculada con nuestro tema, debido a las funciones que le son propias y que se encuentran contempladas dentro del texto del artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; de cuyo texto sustrajimos las fracciones que nos servirán para el desarrollo del presente trabajo, siendo su texto el siguiente:

Artículo 37.- A la Secretaría de la Función Pública corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

I. Organizar y coordinar el sistema de control y evaluación gubernamental. Inspeccionar el ejercicio del gasto público federal, y su congruencia con los presupuestos de egresos.

La presente fracción señala que una de las funciones de la Secretaría de la Función Pública, es estar pendiente de la forma en que se aplica el gasto público federal; pero sobre todo que ese gasto concuerde con el presupuesto de egresos, previamente aprobado; es decir, que el gasto público no sea mayor al gasto proyectado con antelación y en el supuesto que el gasto sea menor, conocer el paradero del remanente. Luego entonces, la Secretaría se encarga de velar por la buena aplicación de los recursos destinados al gasto público, fiscalizando la aplicación de bienes pertenecientes al erario público.

Otra de las atribuciones importantes, de la Secretaría que abordamos, es la contemplada en la fracción IV del artículo 37 de la ley en comento, que señala:

IV. Establecer las bases generales para la realización de auditorías en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como realizar las auditorías que se requieran a las dependencias y entidades en sustitución o apoyo de sus propios órganos de control.

Sin duda alguna, la presente fracción, establece una de las actividades más importantes de la presente Secretaría, que es la *"realización de auditorías en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal..."*. las mencionadas auditorías, se realizan para descubrir irregularidades en las actividades de la administración pública y son la herramienta más importante para saber si un servidor público o funcionario está desempeñando su encargo con honestidad y probidad. Los resultados de las auditorías son la prueba más importante para poder fincar cualquier responsabilidad a los servidores públicos desleales. Por tal motivo, es de suma importancia conocer las actividades propias de ésta Secretaría, porque de sus resultados, puede desprenderse la comisión de varios delitos cometidos por los servidores públicos, en específico se puede descubrir la comisión del peculado.

V. Vigilar el cumplimiento por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de las disposiciones en materia de planeación, ingresos, financiamiento, inversión, deuda, patrimonio, fondos y valores;

En la presente fracción, nos percatamos que otra de sus actividades, es la de vigilar el cumplimiento de las disposiciones en diversa materias, por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; al respecto, los rubros que nos interesan, son *"... patrimonio, fondos y valores"*; porque dentro de ellos se comprenden los bienes propiedad del erario público, con los que directamente se puede cometer el peculado. Pues bien, una de las actividades de ésta Secretaría es el de velar su correcta aplicación y en caso contrario, poder fincar las responsabilidades administrativas correspondientes o interponer la denuncia ante el ministerio Público.

X. Designar a los auditores externos de las entidades, así como normar y controlar su desempeño.

Una de las funciones que se encuentran ligadas con las auditorías realizadas por ésta Secretaría, se encuentra la de poder *"Designar a los auditores externos de las entidades..."* con lo que se garantiza que los resultados de las auditorías serán fidedignos y que se podrá confiar en ellos, para efectos posteriores, como el de fincar responsabilidades ya sean administrativas o penales.

XVII. Conocer e investigar las conductas de los servidores públicos, que puedan constituir responsabilidades administrativas; aplicar las sanciones que correspondan en los términos de ley y, en su caso, presentar las denuncias correspondientes ante el Ministerio Público, prestándose para tal efecto la colaboración que le fuere requerida

La presente fracción representa, una de las facultades más importantes otorgadas a la Secretaría de la Función Pública, al brindarle facultad para supervisar el actuar de los servidores públicos, con el objeto de evitar o descubrir el momento en que incurran en responsabilidades administrativas o en conductas delictuosas; pero cuando éste último supuesto acontece, la referida Secretaría, posee la obligación de presentar la correspondiente denuncia ante el Ministerio Público; por tal razón consideramos que ésta fracción; es la que mas vínculo tiene con el objeto de nuestro tema, porque establece un puente entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, sin el cual sería muy difícil poder iniciar cualquier acción penal en contra de los servidores públicos delincuentes.

Como vimos con anterioridad, el descubrimiento de la comisión de peculado, por parte de un servidor público corrupto, se debe primordialmente gracias al resultado que arrojan las auditorías realizadas en su administración; tarea que se encuentra encomendada a la Secretaría de la Función Pública. Por tal motivo, creímos conveniente, el ocuparnos de estudiar la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, para conocer que organismo es el facultado para supervisar el actuar de los servidores públicos pertenecientes a la Administración Pública Federal. Siendo la referida Secretaría de la Función Pública la encargada de tan importante tarea. Es así, como nos percatamos, que gracias a los resultados obtenidos de las actividades propias de la referida Secretaría, puede iniciarse una acción penal en contra del servidor público peculador; por lo que es importante que sepamos los mecanismos que intervienen para éste supuesto.

4.5 LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, es de

aplicación Federal, además de ser la Ley Reglamentaria del Título Cuarto Constitucional, denominado "De las Responsabilidades de los Servidores Públicos y Patrimonial del Estado"; mismo que sirve como fundamento de la legislación penal que nos atañe.

El objeto de enfocarnos al estudio de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, es porque representa una legislación alterna a la Penal, con la característica que en algunos puntos convergen, para ceder la competencia exclusiva a la Ley Penal en los casos en que encuentren ante la comisión de un delito. Por otro lado, la ley que abordaremos en el presente punto, establece las obligaciones que deben ser cumplidas por los servidores públicos y en caso de incumplimiento, establece las sanciones a las que se hacen merecedores por su incorrecta actuación. En dichas sanciones, también se alude a las de carácter penal y aunque la aplicación de éstas no es propia de la ley en comento, posee los preceptos legales que indican los casos en que será necesario aplicación de la Ley Penal. Para comenzar con el estudio de este punto, es necesario citar el artículo 1 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, cuyo texto reza:

"artículo 1. Esta Ley tiene por objeto reglamentar el Título Cuarto Constitucional en materia de:

- I. Los sujetos de responsabilidad en el servicio público;*
- II. Las obligaciones en el servicio público;*
- III. Las responsabilidades y sanciones administrativas en el servicio público; así como las que se deban resolver mediante juicio político;*
- IV. Las autoridades competentes y los procedimientos para aplicar dichas sanciones;*
- V. Las autoridades competentes y los procedimientos para declarar la procedencia del procesamiento penal de los servidores públicos que gozan de fuero, y*
- VI. El registro patrimonial de los servidores públicos".*

Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez⁽⁸⁶⁾, señala al respecto que la presente ley:

(86) DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. El sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Cuarta Edición. Porrúa. México. 2001. Pág 24.

“Busca establecer bases jurídicas para prevenir y castigar la corrupción en el servicio público, que desnaturaliza la función encomendada, así como garantizar su buena prestación”

Al respecto, estamos de acuerdo de forma parcial, con el criterio de Luis Humberto Delgadillo, porque la ley en estudio, persigue primordialmente la prevención de las conductas ilícitas, dentro de la Administración Pública Federal por parte de los servidores públicos; con el objeto de salvaguardar el correcto funcionamiento del servicio público. Pero con respecto a las sanciones, comprende únicamente sanciones del tipo administrativo, por lo que las sanciones más severas se encomiendan al Derecho Penal, al cual le cede competencia para casos específicos.

Ahora, dentro los objetos de la presente ley que señalan las fracciones comprendidas en el artículo 1 de la ley en comento, encontramos con mayor trascendencia las siguientes:

“Fracción II. Las obligaciones en el Servicio Público”;

Las obligaciones a que hace alusión ésta fracción, son las enumeradas en el artículo 47 de ésta ley y que también con detenimiento abordaremos más adelante; pero si acaso, el servidor público incumpliere con las obligaciones que le señala la ley, se hará merecedor a las sanciones contempladas dentro del artículo 53 de la misma ley; al respecto, cabe la posibilidad que una misma sanción se encuentre contemplada en dos o más ordenamientos legales; en tal caso, el Superior Jerárquico tendrá la opción de elegir cualquiera de los dos procedimientos.

Otra de las fracciones importantes, es la fracción VI, que señala que ésta ley tiene por objeto reglamentar:

“IV. El registro patrimonial de los servidores públicos”.

La declaración patrimonial de los servidores públicos es de gran importancia, ya que de hecho representa una prueba preconstituida, si por alguna circunstancia el servidor público resultara con un patrimonio exorbitante, se tendrá que confrontar el patrimonio manifestado con el que posteriormente resulte. El problema

consistirá en demostrar, que el excedente se lo allegó lícitamente y para el efecto tendrá que demostrarse que se cumplió con las obligaciones fiscales inherentes.

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos nos envía al artículo 108 Constitucional, que como ya vimos en sus párrafos primero y tercero enumera los servidores públicos a quienes se enjuiciará conforme al procedimiento administrativo, cuando incurren en alguna de las hipótesis contenidas en el artículo 47 de la ley en comento; para precisar sobre éste tema consideramos oportuno citar textualmente el referido precepto legal:

***“Artículo 2.** Son sujetos de ésta ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 Constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales”.*

En el texto del precepto legal citado, señala que todos los servidores públicos federales, tienen el deber de cumplir con las obligaciones que la presente ley les impone; en caso contrario, se harán acreedores a las sanciones administrativas que ésta comprende o en su defecto, se dejará el paso para la aplicación de la ley penal.

Uno de los preceptos importantes, que marcan la relación existente entre la presente ley y la legislación penal, es el artículo 4, cuyo tenor señala:

***“Artículo 4.** Cuando los actos u omisiones materia de las acusaciones queden comprendidos en más de uno de los casos sujetos a sanción y previstos en el artículo 109 Constitucional, los procedimientos respectivos se desarrollarán en forma autónoma e independiente según su naturaleza y por la vía procesal que corresponda, debiendo las autoridades a que alude el artículo anterior turnar las denuncias a quien deba conocer de ellas. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta, sanciones de la misma naturaleza”.*

Este artículo, establece que pueden llevarse de forma paralela, un proceso administrativo y un proceso penal en contra del servidor público peculador; situación que es importante, ya que en éste precepto legal, se contempla la independencia de los procesos, ya que como resultado del incumplimiento de la presente ley por parte

del servidor público, puede sancionarse tanto penal como administrativamente; o en su defecto, el proceso administrativo, puede dar paso al proceso penal.

Por último, consideramos que el artículo dentro de éste ordenamiento legal, que mayor vínculo posee con nuestro trabajo, es el artículo 61, para lo cual consideramos necesario su cita textual:

“Artículo 61. Si la contraloría interna de la dependencia o el coordinador de sector en las entidades tuvieran conocimiento de hechos que impliquen responsabilidad penal, darán vista de ellos a la Secretaría y a la autoridad competente para conocer del ilícito”.

Cabe señalar, que el proceso penal en contra del servidor público peculador, generalmente, se inicia cuando se descubre a través de los resultados de auditorías realizadas por la Secretaría de la Función Pública o por la contraloría interna de cada dependencia a las actuaciones de cada servidor público. Siendo el citado artículo, el que establece la obligación de los organismos encargados de vigilar las actuaciones de los sujetos que laboran dentro de la administración pública de dar aviso a las autoridades penales competentes cuando descubran hechos que impliquen responsabilidad penal.

Con relación a la ley que acabamos de abordar, Juan Francisco Arroyo Herrera⁽⁸⁷⁾ Señala:

“Se destaca la autonomía de los diversos tipos de procedimientos, por lo que si el servidor público incurre en un acto sancionado por la leyes, se puede iniciar en su contra un proceso administrativo, penal laboral, separadamente o dos más a la vez, precisamente porque cada uno tiene sus características muy especiales y más que nada por la autonomía entre ellos”.

La importancia de haber abordado la presente ley, reside en que contiene preceptos que establecen las obligaciones que deben ser cumplidas por los

(87) ARROYO HERRERA, Juan Francisco. Régimen Jurídico del Servidor Público. Segunda Edición. Porrúa. México. 1998. Pag. 20.

servidores públicos y su objeto es prevenir la comisión de cualquier conducta que resulte en una responsabilidad administrativa o en un hecho ilícito; pero cuando esto último sucede; también señala que se deberá dar conocimiento a las autoridades penales competentes.

4.6 CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Sin duda alguna, las tesis jurisprudenciales, son un gran auxiliar para cualquier abogado, ya que gracias a su existencia, podemos despejar dudas que nos invadan en torno a cualquier tema jurídico o en su caso aclarar algún precepto legal que se encuentre oscuro o completar aquel que se encuentre incompleto; por tal razón consideramos importante el citar textualmente algunas tesis, que nos auxilien a obtener un mejor entendimiento de nuestro tema.

En primer lugar, presentaremos dos tesis en donde se nos aclaran los tipos de responsabilidades en que incurrir los servidores públicos, en donde se señala:

“RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, SUS MODALIDADES DEACUERDO CON EL TÍTULO CUARTO CONSTITUCIONAL. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 108 al 114 de la Constitución Federal, el sistema de responsabilidades de los servidores públicos se conforman por cuatro vertientes: A).- La responsabilidad Política para ciertas categorías de Servidores Públicos de alto rango, por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho; B).- La responsabilidad Penal para los servidores públicos que incurran en delito; C).- La responsabilidad administrativa para los que falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública, y D).- Las responsabilidades civiles para los servidores públicos que con su actuación ilícita causen daños patrimoniales. Por lo demás, el sistema descansa en un principio de autonomía, conforme el cual para cada tipo de responsabilidad, se instituyen órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propias, aunque algunas de éstas coincidan desde el punto de vista material, como ocurre tratándose de

las sanciones económicas aplicables tanto a la responsabilidad política, a la administrativa o penal, así como la inhabilitación prevista para las dos primera, de modo que un servidor público puede ser sujeto de varias responsabilidades y, por lo mismo, susceptible de ser sancionado en diferentes vías y con distintas sanciones" (Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, abril de 1996, Tesis: P. LX/1996, la tesis que antecede y se determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito federal, a quince de abril de mil novecientos noventa y seis).

"SERVIDOR PÚBLICO, LA RESPONSABILIDAD DEL, TIENE DIVERSOS ÁMBITOS LEGALES DE APLICACIÓN (ADMINISTRATIVA, LABORAL, POLÍTICA, PENAL, CIVIL). El vínculo existente entre el servidor público y el Estado, acorde al sistema constitucional y legal que lo rige, involucra una diversidad de aspectos jurídicos en sus relaciones, entre los que destacan ámbitos legales de naturaleza distinta, como son el laboral, en su carácter de trabajador, dado que efectúa una especial prestación de servicios de forma subordinada, el administrativo, en cuanto a que el desarrollo de su labor implica el de una función pública, ocasionalmente el político cuando así esta previsto acorde a la investidura, y además el penal y el civil, pues como ente (persona), sujeto de derechos y obligaciones debe responder de las conductas que le son atribuibles, de manera que al servidor público le pueda resultar responsabilidad desde el punto de vista administrativo, penal, civil e inclusive político en los supuestos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o la Constitución Local correspondiente y así mismo la laboral, y por tanto, no se incurre en la imposición de una doble sanción cuando éstas, aunque tienen su origen en la misma conducta, sin embargo tienen su fundamento y sustento en legislación de distinta materia (administrativa, laboral, penal, etc.)" (Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, Tesis: IV. 1º. A. T.16 A, Página: 799; PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DEL TRABAJO DEL CUARTO CIRCUITO; Revisión fiscal 31/99. Contraloría Interna en la

Secretaría de Energía. 1º. De junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente José, R. Medrano González, Secretario: José Manuel de la Fuente Pérez).

El texto de las dos tesis citadas, aclara lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en su último párrafo, en donde señala que: *"No podrán imponerse dos veces por una sola conducta, sanciones de la misma naturaleza"*. Mas sin embargo, nos percatamos que con una sola conducta del sujeto activo del delito, se pueden infringir varios ordenamientos legales y debido a la autonomía de los mismo y de sus respectivos procedimientos, si pueden aplicarse sanciones similares contempladas ordenamientos legales distintos, cuando con una misma acción se comenten conductas sancionadas en distintos ordenamientos. Al respecto consideramos esto una ventaja, ya que de lo contrario, los servidores públicos que infringieran la Ley, procurarían que se les sancionara solamente con los ordenamientos administrativos y procurarían evitar ser sancionados penalmente; aunque en éstos ordenamientos se contemplen de la misma forma sanciones pecuniarias.

Por otro lado, adentrándonos en el estudio del peculado, citaremos un par de tesis estrechamente ligadas con nuestro tema; las cuales señalan:

PECULADO. Los elementos esenciales de este delito son: que el acusado se encuentre encargado de un servicio público, aunque sea en comisión por tiempo limitado y aunque no tenga el carácter de funcionario; que por razón de su empleo o cargo, reciba en administración, en depósito o por cualquiera otra causa, dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente al Estado, a un Municipio, a un establecimiento público o a un particular; que se distraiga para uso privados, propios o ajenos, cualesquiera de esos valores u objetos, y que lo haga dolosamente; por tanto, si el delito se imputa a un empleado de poca categoría, está llenado el primer elemento, que por humildes que se consideren sus servicios, tienen el carácter de públicos, ya que la Ley no exige que se tenga la calidad de funcionario; pero no puede considerarse llenado el segundo elemento, si de autos no consta que, por razón de su encargo, tuviera la facultad de recibir los valores de que se ha hablado; de modo que si dispone de ellos, será responsable de cualquiera otra infracción

penal, mas no del delito de peculado. *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXIX, quinta época, México. 1930, p. 783.

PECULADO. EL DELITO TIPIFICADO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 223 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO SE CONFIGURA TRATÁNDOSE DE CAJEROS EN VIRTUD DE QUE NO EJERCEN SOBRE LOS BIENES QUE SE LES ENTREGAN FACULTAD DE DISPONIBILIDAD JURÍDICA. El delito de Peculado a que se refiere el artículo 223, fracción I, del Código Penal Federal, requiere y presupone que el sujeto activo reciba de manera autónoma y con potestad de hecho los bienes objeto del ilícito para que así esté en aptitud de disponer de ellos y distraerlos de su objeto, pues sólo aquellos servidores públicos con facultades de disponibilidad jurídica sobre los bienes recibidos en razón de su cargo, pueden actualizar esa hipótesis, al encontrarse éstos dentro de su esfera de dominio; además porque de considerarse que con la sola posesión precaria se puede actualizar la hipótesis legal, sería innecesario el elemento constitutivo del delito, instituido por el legislador, consistente en que el servidor público reciba por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismos descentralizado o algún particular; sino que hubiera bastado señalar que comete el delito de peculado el servidor público que distraiga los referidos bienes que recibe por razón de su cargo, resultando inútil precisar la calidad en que éstos se adquieren. En consecuencia, las personas que desempeñan el cargo de cajeros al servicio del Estado o de organismos públicos, técnicamente no pueden cometer esta clase de peculado, virtud de que sobre los bienes que reciben, en este caso dinero, no ejercen un facultad de disposición, sino que sólo los poseen a título precario, habida cuenta que son recibidos momentáneamente con la obligación de entregarlo de Inmediato a quien puede disponer del dinero, es decir, lo reciben en función de la naturaleza del trabajo que desempeñan y no porque se les hubiese encomendado en guarda, tutela o administración.

Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IX, mayo de 1999, Tesis: 1/27/99, Página: 310.

Contradicción de tesis 57/97. Entre las sustentadas por el Segundo tribunal Colegiado del quinto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimocuarto Circuito. 17 de marzo de 1999. Mayoría de tres votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Joel Carranco Zúniga. Tesis de Jurisprudencia 27/99. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la nación, en sesión de catorce de abril de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

En las anteriores tesis se alude a los elementos esenciales del delito de peculado, reiterando que uno de los más importantes es que el servidor público que recibe los bienes por razón de su encargo tenga la facultad para disponer de ellos, por lo que si un servidor público posee los bienes por razón de su cargo, pero no tiene la facultad para poder disponer de los mismos; es decir, los posee de forma precaria, estará cometiendo un delito distinto al delito de peculado; probablemente el delito de abuso de confianza; delito con el cual se confunde al peculado, o en su caso el delito de robo. Por lo que es importante el distinguir a todos y cada uno de los elementos del peculado para no incurrir en confusiones.

Por último, presentamos una tesis, que señala las características de los organismos descentralizados; con el objeto de saber identificarlos cuando se constituyan como sujetos pasivos del delito de peculado; por lo que, el texto señala:

PECULADO, ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS COMO SUJETOS PASIVOS DEL DELITO DE. Sólo las personas morales que tienen la calidad de organismos descentralizados de servicio público, pueden ser sujetos pasivos del delito de peculado en términos del artículo 220 del Código Penal Federal. En tal virtud, deben reunir los requisitos que para la configuración de esos organismos señala el artículo 2º. De la Ley para el control, por parte del Gobierno Federal, de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, a saber: a) que están creadas por Ley del Congreso de

la Unión o decreto del Ejecutivo Federal; b) que su patrimonio se constituya total o parcialmente con fondos o bienes federales o de otros organismos descentralizados, asignaciones, subsidios, concesiones o derechos que le aporte u otorgue el Gobierno Federal o con el rendimiento de un impuesto específico y c) que su objeto o fines sean la prestación de un servicio público o social, la explotación de bienes o recursos propios de la Nación, la investigación científica y tecnológica, o la obtención y aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social. Ahora bien, como en la especie quedó fehacientemente acreditado que la empresa ofendida Estudios Churubusco Azteca, S A de C V, no reúne aquellos requisitos, sino que es una mera empresa de participación Estatal, es claro que la distracción que sufrió de sus bienes por parte del administrador o director, no pudo encuadrar en la figura delictiva arriba mencionada, sino que en todo caso, en la de diverso delito de abuso de confianza a que se contrae el artículo 282 del ordenamiento Penal Federal mencionado. *Semanario judicial de la Federación*, séptima época, ts. 133-138, sexta parte, p. 235.

Ésta última tesis, nos aclara las características propias de los organismos descentralizados; señalando que éstos, deben ser creados por Ley del Congreso de la Unión o decreto del Ejecutivo Federal; que su patrimonio se constituya total o parcialmente con fondos o bienes federales y que su objeto o fines sean la prestación de un servicio público o social, la explotación de bienes o recursos propios de la Nación, la investigación científica y tecnológica, o la obtención y aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social; por lo que debemos tener cuidado de no confundir a los organismos descentralizados con las empresas de participación estatal. El objeto de haber abordado la anterior tesis, es el que los organismos descentralizados han sido por excelencia los blancos preferidos de los servidores públicos peculadores para cometer en ellos sus actos ilícitos; por lo que no debemos perder de vista sus características para así evitar confusiones con otros delitos muy similares.

Las tesis jurisprudenciales presentadas en éste trabajo coadyugarán a disipar las dudas que pudiesen haber surgido del estudio del texto de las cuatro fracciones

que integran el artículo 223 del Código Penal Federal; ya que su redacción es confusa y provoca que exista una errónea u obscura comprensión del delito de Peculado; ya que como se ha venido anotando, es una figura muy similar a los delitos de Abuso de Confianza y Robo con los que continuamente suele ser confundido; para tratar de evitar la referida situación se han agregado los referidos criterios jurisprudenciales; los cuales con situaciones reales nos orientan y aclaran puntos oscuros que con el solo texto legal no pueden ser disipados; por lo que los criterios de la Suprema Corte se constituyen como un importante apoyo en el estudio del Peculado.

El objeto primordial de haber abordado todos éstos cuerpos legales, es el de creamos conciencia que la aplicación de la ley penal, se da como resultado de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado; luego entonces se deduce que cuando se aplica dicha ley, es porque ya se efectuaron las acciones u omisiones que son consideradas como delito; es decir, que debemos considerar a las sanciones penales como el último recurso que nos ofrece el Derecho para la conservación del orden social; esto quiere decir, que existen otros ordenamientos legales que tienen una función mas bien preventiva; como pueden serlo la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; en donde se ponen de manifiesto los procedimientos mediante los cuales cualquier ciudadano puede acceder a determinada información en torno de las actividades realizadas por los servidores públicos; lógicamente con algunas excepciones; pero lo importante es que como ciudadanos se nos otorgue la posibilidad de saber la cantidad de recursos públicos que le son asignados a cada dependencia; pero lo más importante es tener conocimiento de la forma y los rubros en que se invierten .

Con éste tipo de disposiciones legales se obtiene la ventaja de que puede establecerse especial vigilancia en las actividades propias de los funcionarios y empleados públicos, y cuando éstos incurran en acciones tipificadas como delitos, evitar que el daño sea menor, cabe resaltar que siempre resulta mas conveniente el tomar medidas preventivas que correctivas; siendo la prevención, el principal objeto de éste tipo de ordenamientos legales.

Por su parte, después de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establece de forma específica, las competencias de los órganos integrantes del Poder Ejecutivo Federal; entre los cuales quedan comprendidos aquellos órganos que tienen como principal cometido, el realizar actividades de inspección oficiosa de las actividades de los demás órganos de la Administración Pública Federal; principalmente en lo tocante al patrimonio y a la administración, resguardo y aplicación correcta de los recursos asignados a los mismos; asimismo, los referidos órganos de vigilancia poseen facultades para imponer sanciones de carácter administrativo a aquellos servidores públicos que incurran en cualquier falta; además de estar obligados a hacer del conocimiento del agente del Ministerio Público competente, cuando descubran la presencia de de actos que puedan ser considerados como delitos; es por eso la importancia de abordar éste tipo de ordenamientos legales que aunque son propios de la rama del Derecho Administrativo, tienen una estrecha vinculación con las disposiciones de Derecho Penal; ya que como resultado de la correcta aplicación de éstos cuerpos legislativos, se constituirá el basamento para dar competencia a la Ley Penal; a la cual se debe recurrir como última instancia.

En el mismo sentido, de la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, puede generarse la posibilidad de sancionar de forma administrativa a todos los sujetos que posean la calidad de servidor público, cuando incurran en actos que contravengan las disposiciones legales y de la misma forma que los demás ordenamientos de carácter administrativo, éste cuerpo legal brinda la oportunidad de aplicar la ley penal cuando sea necesario.

Después de estudiar el contenido de éstos cuerpos legislativos, de los cuales reiteramos que pertenecen a la rama del Derecho Administrativo, podemos percatarnos que de su correcta aplicación, depende en gran medida la oportuna y correcta aplicación de la ley penal; para sancionar todos aquellos actos u omisiones que se consideren como delitos; cometidos por los servidores públicos; de entre los cuales resalta el Peculado, porque de su aplicación se podrá descubrir oportunamente el momento de su comisión.

CAPITULO V.

V. REFORMA DEL ARTÍCULO 223 DEL CODIGO PENAL FEDERAL.

En éste quinto y último capítulo, nos enfocaremos a ofrecer la propuesta del presente trabajo de investigación. Por tal motivo, mostraremos el razonamiento lógico jurídico en el cual nos basamos, para proponer la realización de una reforma a las penas con que deben sancionarse a los servidores públicos que incurrir en el delito de peculado. El motivo principal por el cual en el presente trabajo proponemos que sean reformadas las penas para sancionar a los servidores públicos peculadores obedece a que las actuales penas que se contemplan en el artículo 223 del Código Penal Federal a nuestro parecer, no son las más acertadas. La consideración anterior obedece a que son demasiado tibias y no cumplen cabalmente con los objetivos que deben obtenerse con la imposición de una pena a un delincuente. En ésta misma tónica y con el objeto de presentar claramente nuestra propuesta, es conveniente comenzar el presente capítulo, presentando la forma en que el Maestro Fernando Castellanos Tena⁽⁸⁸⁾, define a la pena; mismo quien al respecto señala:

"Pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico".

En efecto, tal y como lo señala el maestro Castellanos Tena, la pena debe ser considerada como una reacción social, que se encuentra jurídicamente organizada y es el Estado quien se encarga de imponerla; para combatir la delincuencia y constituyéndose como su principal objetivo, la conservación del orden jurídico y por consecuencia del orden social.

Es prudente el señalar que aunque éstos no son los únicos fines que se persiguen con la imposición de una sanción penal; debe considerarse en primer lugar la imperiosa necesidad de mantener, conservar y en su momento instaurar el orden jurídico; al respecto los doctrinarios han elaborado diversas teorías en la que

(88) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op Cit. Pág. 318.

se trata de señalar la utilidad de la pena; las referidas teorías pueden reducirse a tres:

- a) Teorías absolutas: Bajo el criterio de la presente teoría, se considera que la pena carece de una finalidad jurídica práctica; y se aplica por exigencia de la justicia absoluta; atendiendo a la idea de que *"si el bien merece el bien, el mal merece el mal"*. La pena, bajo la consideración de la presente teoría, es entonces la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir.
- b) Teorías relativas: A diferencia de las absolutas, las relativas toman la pena como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad; es decir tras la imposición de una pena a un delincuente, lo que se busca es el garantizar la armónica convivencia entre los individuos que integran la sociedad; aislando a aquellos individuos que con sus conductas rompen el equilibrio que debe existir para conseguir la referida convivencia armónica; o en su defecto reprimiéndolos de cierta forma que sirva de ejemplo para todos los demás individuos que pretendan imitar las conductas que los primeros realizaron.
- c) Mixtas: Estas teorías intentan la conciliación de la justicia absoluta, con una finalidad; sancionar a todos aquellos sujetos que hayan delinquido y procurar el armónico desempeño de la sociedad.

Analizando con detenimiento los criterios ofrecidos por las anteriores teorías, resulta más lógico el inclinarse por la teoría mixta; porque se encuentra en un punto intermedio entre las otras dos teorías señaladas. Ahora, continuando con la misma tónica, si bien es cierto que con la pena debe perseguirse la realización de fines de utilidad social; también es importante el tratar de evitar la comisión de forma reiterada de acciones delictuosas. Sin embargo, con todo y las anteriores consideraciones, y con todo el descontento social que puede generarse cuando ésta es presa continua de sujetos delincuentes, la pena no puede rayar en lo injusto, porque aun y cuando con ella se persiga la prevención de los delitos y la sanción de los delincuentes, no debe descuidarse el justo castigo del delincuente.

Con respecto de las penas, que con relación al presente trabajo, consideramos son las más idóneas para sancionar a los servidores públicos

peculadores, es necesario estudiar varios elementos que nos ayudarán a reflexionar sobre la urgente y necesaria reforma a las sanciones contempladas en el artículo 223 del Código Penal Federal, mismas que deberán imponerse a los servidores públicos que cometan el delito de peculado.

Entre aquellos elementos que debemos estudiar para considerar la realización de las reformas que se aluden en éste trabajo, n primer lugar podemos mencionar a una serie de características que deben concurrir en todos aquellos sujetos que deseen desempeñar labores dentro del servicio público, mismas que se abordan el punto que a continuación presentamos.

5.1 CARACTERÍSTICAS INTRÍNSECAS QUE DEBE CONTENER CUALQUIER SERVIDOR PÚBLICO.

Debemos estar conscientes que es necesario comenzar a creamos una nueva cultura de trabajo y de convivencia entre los individuos que integramos la sociedad; para tales efectos es necesario resaltar determinados valores; que en algún momento se convertirán en virtudes que todos los hombres debemos poner en práctica; entre los cuales se encuentran la honestidad, la probidad, la lealtad y la vocación de servicio. Tales valores o virtudes deben de ser puestas en práctica por todos y cada uno de los hombres y mujeres que habitamos éste país; pero la práctica de éstos valores debe acentuarse, cuando el sujeto que los practica, ostenta la calidad de servidor público; pues tiene sobre sí la difícil responsabilidad de servir a su propio pueblo, subsanando las necesidades que aquejen a éste último. Luego entonces, para desempeñar con total decoro tan titánica labor, es necesario que el sujeto que se desempeñe como servidor público se desenvuelva en sus actividades demostrando siempre que es poseedor de tales virtudes; y que nunca las perderá sin importar que tan difícil sea la posición en la que se encuentre.

Estudiado lo anterior, podemos dilucidar que no cualquier persona es apta para desempeñarse con decoro dentro del servicio público; sin embargo la situación que planteamos, si la comparamos con la realidad con la que tenemos que enfrentamos día con día, los que por razones de nuestro trabajo tenemos que lidiar con sujetos que se ostentan como servidores públicos, podemos catalogarla como utópica y muy alejada de nuestra realidad; situación que podemos sustentarla sin

ningún problema por el hecho de que no es difícil encontrar sujetos que se desempeñan dentro del servicio público que carecen de la más mínima educación y que por la forma de conducirse demuestran que no poseen ni mucho menos practican cualquiera de los valores que mencionamos en párrafos anteriores.

La referida situación es grave, ya que al no existir un programa perfectamente estructurado por medio del cual se elijan a aquellos sujetos que tengan las aptitudes para desempeñarse dentro del servicio público, es común encontrarnos con gente carente de escrúpulos ocupando puestos que deberían estar asignados a ciudadanos comprometidos con la sociedad, que cuenten con calidad humana y moral ejemplar, pero sobre todo que tengan vocación de servicio.

Si se atendiera un poco a éstas ideas, los resultados serían muy favorables; ya que con éstas acciones se comenzaría por elevar la calidad de los servicios públicos destinados a subsanar las necesidades de la gente y por otro lado, el resultado que mas importa para nuestro trabajo, que es la disminución de los delitos cometidos por servidores públicos, entre ellos, lógicamente el delito de peculado.

En la actualidad, la mayoría de los sujetos a quienes se ostentan con la calidad de servidores públicos; se han forjado la idea de que son sujetos privilegiados; pero la realidad es que no lo son y únicamente se ocupan de conservar su empleo, quedando bien con sus superiores jerárquicos, dejando a un lado los objetivos para los cuales fueron contratados. Es así, como en cualquier dependencia de gobierno, nos topamos con sujetos quienes por muchos años han estado acostumbrados a trabajar lo menos posible; es decir, en su trabajo simplemente fingen trabajar y lo poco que hacen lo hacen con una pasividad inalterable; dejando de atender, los requerimientos de la ciudadanía; quien además debe soportar el trato despótico con que acostumbran atender los servidores públicos actuales. Pero eso no es todo; hay otra especie de sujetos quienes al ingresar al servicio público, tal parece que encontraron una mina de oro y se la pasan maquinando la forma de obtener mayores ingresos abusando de la calidad que ostentan; conducta con la que propinan grandes desfalcos a la administración pública. Pero ésta situación a ellos no les interesa, ni mucho menos la disminución del patrimonio de la Institución en que laboran; ya que consideran que para ellos

ningún sueldo lícito les es suficiente. Tan grave es esta situación que en innumerables ocasiones hemos escuchado de "viva voz" a los propios seudoservidores públicos mencionar la frase siguiente: "Yo no pido que me den, a mí póngame donde hay", frase que demuestra una actitud desleal a los principios de probidad y honradez que se encuentran obligados a cumplir.

Tal situación debe modificarse y los servidores públicos deben de poseer como una de sus principales cualidades, la vocación de servicio pero sobre todo deben ubicar en segundo término la obtención de un lucro excesivo; en la inteligencia que el sueldo que perciben es una remuneración honorable y justa para las actividades que desempeñan; siendo la principal de las satisfacciones, la oportunidad de poder ser útiles para su patria y para la sociedad. Este es un supuesto casi imposible, por el motivo que todos los sujetos que luchan por ocupar una plaza de servidor público, únicamente se preocupará por su beneficio económico y no por prestar un servicio público decoroso y útil para su patria y para la sociedad.

Luego entonces, es obligatorio que el ciudadano elegido para desempeñarse dentro de la función pública compruebe, a través de su comportamiento, que posee cualidades que demuestren que verdaderamente es merecedor de ocupar un cargo de servidor público dentro de la administración pública; por lo que tiene la obligación de convertirse en ejemplo constante, de virtudes cívicas y éticas; por el hecho de que tales sujetos, se encuentran comprometidos a desempeñar un importantísimo papel dentro de la sociedad; el cual trae consigo el cumplimiento de grandes obligaciones cuyo cumplimiento se verá traducido en benéficos para la sociedad; sobre éste tenor Godolfino Humberto Juárez⁽⁸⁹⁾, señala:

"...debe quedar establecido que los funcionarios y empleados, con fuero o sin él, altos y no altos, directivos y de servicios, tienen la misma obligación de bien servir los intereses del pueblo, que ni la distinta jerarquía les da diferente obligación..."

Aunque como ya hemos visto, el artículo 47 de la Ley Federal de

(89) JUÁREZ MEJÍA, Godolfino Humberto. La Constitucionalidad del Sistema de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos Federales. Pomía. México. 2002. Pag. 82.

Responsabilidades de los Servidores Públicos, Establece las obligaciones que debe cumplir todo servidor público, todas deben resumirse en una sola, que es: "servir a los intereses del pueblo"; porque de no cumplirse ésta obligación, será imposible alcanzar los objetivos primordiales del servicio público; que son la satisfacción de las necesidades de la sociedad. Para dar cabal cumplimiento a tan importante labor, es imprescindible que el servidor público sea poseedor de determinadas características que le permitirán cumplir decorosamente las obligaciones que se le imponen por el hecho de estar encargado de prestar un servicio público; las referidas características son:

VOCACIÓN DE SERVICIO.

En primer lugar, debido al grado de su importancia, los servidores públicos deben poseer vocación de servicio. Para explicar con mayor claridad la presente idea, debemos remitirnos al estudio de su significado etimológico; en ese sentido, encontramos que *servir* proviene de la palabra en latín "*servire*", que significa estar al servicio de otro⁽⁹⁰⁾, en tanto público, que procede del vocablo en latín "*publicus*", el cual implica la potestad, la jurisdicción y autoridad para hacer una cosa o lo que pertenece a todo el pueblo⁽⁹¹⁾. En consecuencia, todo servidor público tiene la importante tarea de servir al pueblo; es decir tiene la obligación de trabajar por y para el pueblo; aunque por otro lado, también es poseedor de la potestad para hacerse obedecer y hacer cumplir sus mandamientos; motivos por los cuales se hace merecedor a recibir un emolumento, que será pagado por parte del Estado; mismo que no propiamente debe de ser pagado de manera simbólica; porque entonces se estaría privando al servidor público de poder tener un nivel de vida estable; por lo que, tal emolumento debe ser en cantidad suficiente para procurar el bienestar del servidor público y el de su familia, para que así, el servidor público y su familia alcancen un nivel de vida decoroso.

Debe quedarnos claro que los honorarios a que todo servidor público tiene

(90) Diccionario de la Lengua Española, t. VI, Décimo Novena Edición. Real Academia de la Lengua Española. 1970. Pag. 1208.

(91) *Ibidem* t. V, p. 1088.

derecho a percibir deben ser suficientes para garantizarle una vida decorosa; ya que de lo contrario, sería situación suficiente para incitarlo a que de manera ilícita se allegara de ingresos extraordinarios.

En el otro extremo, en el supuesto de que el sueldo que se le otorgase a los servidores públicos fuera excesivo, entonces la administración pública se convertiría en un pesado lastre, cuya existencia, lejos de beneficiar al pueblo lo perjudicaría, por el hecho de que es el pueblo quien tiene que pagar el sueldo de todos los servidores públicos, a través de sus contribuciones; por tal motivo el salario destinado para los servidores públicos debe ser el suficiente para garantizarles un nivel de vida decoroso para ellos y sus familias; pero no tan elevado para evitar que la existencia de los servidores públicos se convierta en una carga para el pueblo.

Los servidores públicos, deben estar conscientes que por el hecho de ocupar un cargo dentro del servicio público, no acumularán una fortuna. Por lo que deben estar plenamente conscientes que su obligación es servir al pueblo, en la forma en que las disposiciones legales que regulan sus actividades dentro de la administración pública se lo establezcan.

De lo abordado en párrafos anteriores se distingue un punto muy importante; no basta únicamente con que el servidor público sepa las obligaciones a cumplir, sino que también es necesario tener una honesta vocación de servicio, es decir, tener inclinación o aprecio por las actividades que se desempeñan; es decir, amor a la vocación; por tal motivo creemos que las actuales sanciones con que se castiga el delito de peculado no son las idóneas; porque el legislador de 1982, no tomó en consideración éstas circunstancias cuando hizo las reformas al Código Penal.

Para elaborar nuestra propuesta de reforma a las sanciones que se contemplan dentro del artículo 223 del Código Penal Federal, en donde se tiene contemplado el delito de peculado, consideramos como un factor importante la vocación de servicio que deben tener todos los servidores públicos; pues es una virtud que de antemano se presume que radica en todos los servidores públicos; pero cuando estos sujetos incurrir en peculado, ha quedado demostrado que no poseen tal vocación de servicio; sino por el contrario; nos encontramos ante la presencia de un sujeto a quien le importa más obtener un beneficio económico que

el hecho de ser útil a la sociedad; por tal razón es apremiante la realización de reformas que garanticen que los servidores públicos peculadores serán castigados con una sanción ejemplar y diferente a la vigente.

En la actualidad, desafortunadamente podemos afirmar que casi la totalidad de los servidores públicos adolecen de vocación de servicio; porque únicamente se preocupan por allegarse de beneficios económicos y no les interesa ser el medio de enlace entre la prestación de un servicio público y la satisfacción de las necesidades de la sociedad; V gr. es común que los miembros del Congreso de la Unión, se autoricen bonos y aumentos jugosos, darse largos periodos vacacionales y licencias a diestra y siniestra; pero lo que en pocas ocasiones presenciamos es que se ocupen de trabajar adecuando leyes para beneficio de la sociedad o promulgando leyes nuevas que concurren al mismo fin; mientras tanto, las necesidades de los mexicanos siguen pendientes de resolución; situación que afecta gravemente la economía de nuestro país y que no podemos seguir tolerando, máxime cuando se trata de servidores públicos designados por elección popular, quienes por esa simple razón tienen mayor compromiso, con la ciudadanía que los eligió.

Para concluir lo concerniente a la vocación de servicio que deben poseer los servidores públicos, éstos deben estar conscientes que primero deben ser elementos útiles para la sociedad, cuyo principal objetivo es la satisfacción de las necesidades de la misma y en segundo término podrán ponerse a pensar en ser merecedores de un emolumento por los servicios desempeñados.

Ahora bien, la vocación de servicio es una cualidad que todos los servidores públicos presumen poseer; por lo tanto, cuando éstos incurren en peculado, queda demostrado que carecen de tal cualidad; por ende una persona que no tiene vocación de servicio, no es una persona apta para formar parte del servicio público y cuando dicho sujeto incurre en peculado; a nuestra consideración, no es un sujeto merecedor a una nueva oportunidad para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos; puesto que, a todas luces, ya demostró sus verdaderas intenciones y si por alguna situación tal sujeto vuelve a ocupar empleo, cargo o comisión públicos, nos atrevemos a predecir que de nueva cuenta recaerá en alguna conducta ilícita. Es por eso que nuestra propuesta se basa en cerrarle las puertas a

éste tipo de sujetos, con el objeto de proteger el correcto funcionamiento de la administración pública y la oportuna prestación de los servicios públicos.

PROBIDAD

Esta es otra característica con la que deben contar los servidores públicos, máxime cuando nos encontramos hablando de aquellos a quienes se les ha encomendado la administración, custodia o guarda de bienes pertenecientes al Estado.

La probidad, debemos entenderla como la rectitud en el obrar; es decir; se traduce en la disciplina, en el cuidado y el empeño con que el servidor público desarrolla su labor dentro del servicio público; cuidando que sus actividades se encuentren siempre dentro de un marco de legalidad y procurando que su actuación alcance como principal objetivo el bien común.

Siguiendo con la misma tónica, todo servidor público debe desempeñar sus actividades con estricto apego a los ordenamientos legales que enmarcan su actuación, por lo que entre sus muchas obligaciones, también debe demostrar ejemplar rectitud dentro de sus actividades; pero sobre todo tener una constante inclinación para actuar siempre procurando el bien común, empeñándose siempre por conseguir los resultados más benéficos para la sociedad.

Debe quedar claro que la probidad en el servidor público, es una virtud con la que actuará siempre con rectitud y fiel los objetivos del servicio público, mismos que tendrá la obligación de cumplir cabalmente; planeando, organizando, controlando y evaluando las actividades encaminadas a la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

Por lo tanto, cuando un servidor público deja de actuar con probidad, apartará su actuación del camino de la legalidad y como consecuencia dejarán de cumplirse los objetivos del servicio público; pues sus actividades carecerán de empeño y dejarán de perseguirse los mejores resultados; ocasionando que el servicio público sea deficiente y se acrecienten las demandas de la sociedad.

Cuando un servidor público incurre en peculado, ha apartado su actuación del camino de la legalidad y a perdido el empeño por obtener los mejores resultados en la prestación del servicio público; lo que quiere decir que ha dejado de realizar su mejor esfuerzo para desempeñarse con decoro dentro del servicio público; por ende un sujeto con éstas características nunca logrará alcanzar los fines del servicio público. Cabe hacer mención, con respecto a la característica que nos encontramos abordando, que al servidor público que se le han confiado dinero, valores, fincas o cualquier otro bien que es propiedad del Estado, se le han confiado bienes que en estricto sentido, pertenecen al pueblo, quien ha depositado toda su confianza en el servidor público a quien se le ha encomendado su guarda, custodia o administración, creyendo que es poseedor de la inteligencia y capacidad para darles el mejor de los usos o el mejor de los destinos, esperando que la aplicación de los recursos o bienes encomendados se vea reflejada directamente en beneficio del pueblo; por lo tanto si existe un desvío de tales recursos, se dejará de satisfacer necesidades que pueden ser de primera necesidad para el pueblo, V gr. programas de vacunación de menores, programas de asistencia social destinados para ayudar a los grupos más desprotegidos, subsidios para el desarrollo del campo, programas para construcción de obras públicas, etc; es decir; programas cuya ausencia ocasionará un retraso en el desarrollo de nuestro país; situación que ya no es posible seguir tolerando; porque nuestro país; desde tiempos de la conquista ha sido saqueado no solamente por extranjeros que lo han invadido en incontables ocasiones; sino que también a sido víctima de su propia gente, quienes ocupando cargos de servidores públicos; únicamente se han dedicado a acumular riqueza a costa del esfuerzo de su propio pueblo y a utilizar al servicio público como trampolín político.

Esta situación no puede seguir aconteciendo; es por eso que es necesario hacer las reformas correspondientes dentro del Código Penal federal, en específico en su artículo 223; para sancionar con mayor rigidez a los servidores públicos que actúen con falta de probidad, pues cuando un servidor público deja de desempeñarse dentro del servicio público con probidad, lo hace de forma consciente, sabiendo que con su actuar se está alejando del marco de legalidad

previamente establecido; además lo hace de forma voluntaria; es decir, sabe que su actuación se encuentra fuera de la Ley y aún así toma la decisión de llevarla a cabo.

Por otro lado, el retraso en el desarrollo de nuestro país es una situación que no podemos permitir que siga aconteciendo; y los desfalcos cometidos por servidores públicos peculadores son enormes, a tal grado que su comisión contribuye a dilatar el progreso de nuestro país; por lo que resulta risible que las multas que son impuestas a los sujetos activos del delito de peculado, sean tan pequeñas y no sean proporcionadas a la magnitud de los daños que se ocasionan al país cuando un servidor público comete el delito de peculado.

HONESTIDAD.

La honestidad es un valor único que debe considerarse como una característica imperdonable que deben poseer los servidores públicos. La honestidad, no solamente debe existir cuando un servidor público invierta, administre, resguarde o aplique los bienes que le fueron confiados; sino también dentro de los compromisos contraídos; por lo que aquel servidor público que adquiera su cargo por elección popular no deberá prometer aquella cosa que sabe de antemano que será imposible de cumplir; por lo que tiene la obligación de siempre actuar apegado a la verdad; máxime cuando se trata de servidores públicos designados por elección popular a quienes se le han confiado bienes propiedad del Estado y sobre todo en quienes los electores han depositado su confianza.

La honestidad, es una virtud que cada vez menos seres humanos poseen; sin embargo, es imprescindible que concorra en los servidores públicos, para preservar el orden social.

Es a todas luces visible, que todo servidor público que comete peculado, es un sujeto deshonesto y sobra decir que con su modo de actuar lesiona uno de los bienes jurídicos tutelados más importantes que protege el artículo 223 del Código Penal Federal; que es la confianza que el pueblo ha depositado en el servidor público para que guarde, custodie, administre o aplique bienes propiedad del Estado, que se traducirán en para el beneficio de toda la sociedad.

Al momento de adentrarnos en el estudio de la falta de honestidad de los servidores públicos peculadores, debemos estar conscientes que si fueron capaces de incurrir en ésta conducta una vez, lo seguirán realizando las veces que puedan volverlo a hacer, por lo que es imprescindible el negarles ésta oportunidad, lo que no ocurre con la actual legislación, que como parte de las penas accesorias con que se sanciona éste delito se inhabilita de forma temporal al servidor público para volver a ocupar otro empleo, cargo o comisión públicos, inhabilitación cuya duración se establece atendiendo a la cuantía de lo desviado por el sujeto activo del delito; pero aún así se deja abierta la posibilidad de que en un lapso de tiempo, que en ocasiones no es muy largo, vuelva a formar parte del servicio público; cosa que proponemos no suceda mas.

LEALTAD.

La lealtad, es otra característica que debe concurrir en los servidores públicos; ya que al poseer la calidad de servidor público, implica que tal sujeto forma parte de las Instituciones creadas por el Estado, para satisfacer las necesidades de la sociedad; situación suficiente para sentirse afortunado por el hecho de que con su labor se vuelven personas útiles a la sociedad y por ende contribuyen al desarrollo y estabilidad de su nación; la cual se encuentra necesitada de personas que den cabal cumplimiento a las leyes, actuando siempre con fidelidad y con honor.

Luego entonces, debemos entender como servidor público leal a aquel sujeto que se conduce dentro del servicio público, dando estricto cumplimiento a las leyes de la fidelidad y el honor; al hablar de fidelidad, nos referimos a la que debe tener a la gente de su propio pueblo, a la institución a cual pertenece y sobre todo a su país; por otro lado cuando nos referimos al honor hacemos alusión a que debe desempeñar su cargo con toda dignidad. Pero cabe hacer especial mención que la lealtad debe acentuarse en servidores públicos designados por elección popular, quienes cuando inician su periodo al frente de un cargo público realizan el acto solemne de protestar el cargo. En éste sentido, de forma estricta el servidor público ha hecho del conocimiento de la colectividad su compromiso de desempeñarse dentro de la administración pública con la mayor de las rectitudes; constituye una razón de peso para que cuando éstos sujetos incurran en peculado; sean

sancionados de forma severa por haberse burlado de la colectividad al hacer públicos sus compromisos y luego traicionar la confianza que les fue depositada.

Todo servidor público peculador, es desleal a su pueblo, a la institución gubernamental a la que representa y a su país; por lo que es necesario establecer en su contra una acción punitiva ejemplar, para evitar que sujetos del mismo tipo sigan ocupando puestos dentro del servicio público desde donde solamente causarán grandes desfalcos a las arcas del Estado. Situación que puede evitarse si se hacen las reforma pertinentes a las sanciones contempladas en el artículo 223 del Código Penal federal, en donde se castiga a quienes cometen el delito de peculado.

La razón principal por la que se hizo mención de las características que deben poseer los servidores públicos para desempeñarse de forma decorosa dentro de la administración pública, es que sin excepción alguna, todos los sujetos quienes pretenden llegar a ocupar un cargo público, hacen alarde de poseer tales virtudes y sobre todo cuando para llegar a ocupar un cargo público, es necesario realizar elecciones populares; ante éste supuesto, es cuando el alarde de poseer todas las virtudes para desempeñarse como servidor público se ve acentuado; pero una vez que logran su objetivo comienzan a realizar una larga serie de actos irregulares y abusos dentro del servicio público, entre ellos desgraciadamente el delito de peculado.

El que los sujetos que pretender ocupar un cargo público hagan creer a la ciudadanía que poseen todas las características que acabamos de abordar y que deben concurrir en aquellos sujetos que deseen desempeñarse como servidores públicos, producirá que la ciudadanía conciba falsamente, que se encuentran frente al sujeto idóneo para ocupar determinado un puesto dentro del servicio público y los argumentos que éste presenta pueden ser tan perfectamente elaborados que llegan a convencer a la gente; lo que constituye un vil engaño. Cabe señalar que éste tipo de situaciones ya no deben permitirse en nuestro país, porque ya se encuentra demasiado lastimado y saqueado como la historia nos lo confirma. Esta situación se agrava cuando nuestro país continúa siendo saqueado, pero ahora por nuestros mismos compatriotas. Esta situación se constituye como otra importante razón para

sancionar con una pena ejemplar a todos los servidores públicos que incurrir en peculado; porque traicionan la confianza que les fue conferida por la ciudadanía y lesionan gravemente el desarrollo de nuestro México.

5.2 DESTITUCIÓN E INHABILITACIÓN PERMANENTE DEL SERVIDOR PÚBLICO PARA DESEMPEÑAR EMPLEO CARGO O COMISIÓN PÚBLICOS.

El Estado, como parte de las obligaciones que se le atribuyen, debe establecer sanciones idóneas para castigar a los funcionarios que violen la confianza que en ellos se depositó; situación que en la actual legislación penal federal no se cumple, pues las penas que contempla son muy tibias; pero sobre todo porque su determinación se hizo atendiendo únicamente a la cantidad que el servidor público desvió; dejando aun lado los daños que se ocasionan al traicionar la confianza que el pueblo confirió al servidor público y el retraso que su conducta delictuosa ocasionará en el desarrollo de nuestro país.

Con los abusos cometidos por los servidores públicos, se ha convertido a la función pública en un medio para la obtención de beneficios económicos de forma ilícita y desafortunadamente, la referida situación es un hecho que acontece en todos los niveles de la administración. Situación que llena de enojo a la sociedad en general, produciendo el enrarecimiento del clima en donde se desenvuelve e incrementando el descontento social, y aún cuando la ciudadanía, con su claro sentido de observación, señale y sancione con merecido desprecio a los funcionarios prevaricadores y desleales que atentan contra la riqueza pública; esa sanción popular por más enérgica que en sí misma sea, no puede considerarse lo bastante rígida para dar satisfacción al imperioso reclamo de la justicia que la misma sociedad reclama.

Las actuaciones delictuosas de los servidores públicos peculadores, al quedar parcialmente impunes, además de constituir un pernicioso ejemplo, pueden conducir al pueblo a la rebeldía y al desorden social como únicos medios para liberarse de ellos; o bien, puede llevarlo a la abyección como resultado de un sometimiento impotente, signo indudable de decadencia, pero lo más común, es ver como se produce un estado latente de inconformidad y de rencor, que propicia en los

ciudadanos, ver al Gobierno no como la entidad superior instituida para su beneficio, respetable y orientadora que habrá de conducirlo al bienestar y al progreso, sino como un poder despótico y concupiscente que solo lo oprime y explota; lo que hace imperiosa la necesidad de contar con sanciones penales idóneas para sancionar a los servidores públicos peculadores. Porque es incongruente e injusto, que éstos sujeto tengan un trato más benévolo, comparado con las sanciones aplicadas a los autores de otros delitos patrimoniales, no obstante, que socialmente es de mayor valor que el encargado de un servicio público esté obligado a servir de ejemplo de virtudes éticas y cívicas; por tal motivo la corrupción del servicio público, debe ameritar penas más severas para los servidores públicos peculadores; sanciones que a su vez deben de satisfacer hasta cierto punto, los reclamos de la ciudadanía con el objeto de reparar el daño que se le ha ocasionado al traicionar la confianza otorgada a los servidores públicos y así mismo evitar el descontento social.

En éste mismo sentido, Luis Carlos Pérez⁽⁹²⁾, señala:

“En su más amplio contenido y cualquiera que fuere la clase de conductas dirigidas a lesionar el interés patrimonial de la administración oficial, el peculado no se distingue por la naturaleza de los bienes afectados, pues el dinero, V. Gr. es dinero en poder de los particulares o en las cuentas y depósitos del Estado, sino ante todo, por la ruptura de la confianza que las autoridades dan a un funcionario público a fin de que este vele directa o indirectamente por las cosas que se le entregan o que se ponen bajo su administración”

Sin variante alguna, el sentido del presente trabajo, coincide con el criterio emitido por el maestro Luis Carlos Pérez, con respecto a que ambos consideramos que el principal perjuicio con la comisión del peculado se observa en la ofensa hecha a la confianza delegada al servidor público, por parte de la ciudadanía; porque si únicamente consideramos el menoscabo patrimonial hecho en la administración pública, estaremos frente a la presencia de una distinta modalidad de robo; y el daño que se ocasiona al cometer peculado abarca no solamente el ámbito patrimonial; sino como ya vimos antes, se lesionan una serie de valores que deben ser estoicamente ejercidos por todas aquellas personas que se desempeñan dentro del

(92) PÉREZ, Luis Carlos. Op Cit. Pag. 477.

servicio público.

La pena que debe imponerse a los servidores públicos peculadores, debe cumplir determinados fines y poseer ciertas características; algunas de las cuales las contempla el maestro Fernando Castellanos Tena en su libro Lineamientos Elementales de Derecho Penal⁽⁹³⁾, cuando cita al Maestro Cuello Calón; quien señala:

“La pena debe obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que lo aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Además, debe perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la Ley”.

Luego entonces, debemos considerar que el fin principal de la pena, es apartar al sujeto activo de la comisión de nuevos delitos y reformarlo, para posteriormente reintegrarlo a la sociedad ya reformado; pero tratándose de sujetos inadaptables, la finalidad de la pena será la eliminación del sujeto, es decir, el mantenerlo aislado de la sociedad, para evitar su reincidencia; siendo la salvaguarda de la sociedad, el fin de la pena; y es en éste último en donde basamos la idea principal de nuestro trabajo; ya que consideramos al servidor público peculador como un sujeto hasta cierto punto inadaptable e incorregible, que merece ser apartado de la sociedad para protección de la misma.

Considerando los anteriores argumentos; nos percatamos que las penas con que actualmente se castiga a los servidores públicos peculadores, no es la idónea, porque aunque en ésta se contempla la destitución de su empleo y la posterior inhabilitación para ocupar de nueva cuenta un empleo, cargo o comisión públicos, ésta última se le aplica únicamente de forma temporal, y se le vuelve a otorgar la oportunidad para que en el transcurso de un tiempo pueda ser de nueva cuenta un sujeto que tenga la oportunidad de desempeñarse dentro del servicio público, y con eso se le otorga de nueva cuenta la oportunidad de delinquir dentro del servicio público, radicando en éste supuesto uno de los principales sustentos para la

(93) CASTELLANOS TENA, Fernando. Op Cit. Pag. 319.

realización de las reformas que se proponen en el presente trabajo; que es el evitar que el delincuente reincida en la comisión del delito por el cual fue sancionado con anterioridad, ya que el artículo 223 del Código Penal Federal, en sus dos últimos párrafos establece:

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

El criterio utilizado para la imposición de las penas en el delito de peculado es erróneo, porque para sancionar a quien incurra en peculado de forma más idónea, lo principal es entender que el sujeto activo del delito se ha burlado de pueblo al traicionar la confianza que él depositó y entender que con tal acción se genera un retraso en el desarrollo económico, político y social del país, pero por el contrario, actualmente, se castiga a los peculadores atendiendo a un criterio cuantitativo, es decir, se valora únicamente el monto de lo desviado para la imposición de las sanciones; y aún así, utilizando ese criterio en la pena existe un error grave, pues el legislador no tomó en cuenta la desproporcionalidad existente entre el monto de lo desviado por el servidor público peculador y la multa que debe imponérsele; pero éste último punto lo analizaremos más a fondo en nuestro siguiente punto; ya que por el momento, tal y como se muestra en la tabla siguiente, nos enfocamos al análisis del criterio adoptado para la destitución e inhabilitación del sujeto peculador:

MONTO DE LO DISTRADO	PENNA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	SANCIÓN PECUNIARIA	DESTITUCIÓN INHABILITACIÓN
NO EXCEDA DE 500 VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.	DE TRES MESES A DOS AÑOS DE PRISIÓN.	MULTA DE TREINTA A TRESCIENTAS VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL	DESTITUCIÓN INHABILITACIÓN TRES MESES A DOS AÑOS PARA DESERVICIOS EMPLEO PÚBLICO COMISIÓN DE SERVICIOS
EXCEDA DE 500 VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.	DOS A CATORCE AÑOS DE PRISIÓN.	MULTA DE TRECIENTA A QUINIENTAS VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.	DESTITUCIÓN INHABILITACIÓN DOS A CATORCE AÑOS PARA DESERVICIOS EMPLEO PÚBLICO COMISIÓN DE SERVICIOS

En primer lugar, para la imposición de las sanciones al peculado, debe considerarse el daño propiciado a la confianza que los ciudadanos depositaron en el servidor público; daño que se ha venido repitiendo de forma cíclica, tal y como la Historia nos lo ha demostrado; ciclo que es necesario romper, pues no puede ser permisible que se siga lesionando a nuestro pueblo; luego entonces es imprescindible y urgente el efectuar una reforma a las sanciones contempladas en el artículo 223 del Código Penal Federal. Por lo que, para tales efectos es necesario reformar el mencionado artículo en el sentido de que la destitución e inhabilitación del servidor público peculador, se le aplique de forma distinta; en tal sentido, consideramos que sería más idóneo aplicarlas de la forma siguiente:

- a) EN CUANTO A LA DESTITUCIÓN: Ésta debe entenderse que es del puesto en que el servidor público cometió el delito y de la cual consideramos, que se está aplicando correctamente, porque sería ilógico que después de incurrir en peculado, siguiera ocupando su empleo después de que quedó demostrado que el sujeto activo no posee las aptitudes necesarias para desempeñarse como servidor público. Por lo tanto se encuentra bien aplicada la destitución, porque así se cumple con uno de los fines de la pena, que es la eliminación

del delincuente, al separarlo de su cargo como castigo por haber incurrido en un delito.

En lo tocante a la destitución, es prudente el realizar la aclaración de que el servidor público, jamás podrá volver a ocupar el cargo del cual fue destituido; con lo que pretende evitarse el dejar la puerta abierta para interpretaciones interesadas o tramposas, V gr. que se le destituya hoy de ese puesto al servidor público peculador y se le vuelva a contratar el día de mañana.

- b) **EN CUANTO A LA INHABILITACIÓN:** En lo que respecta a ésta sanción, el legislador incurre en la condescendencia. Tal razón queda perfectamente sustentada por el hecho de que todos los individuos, cuando pretenden ocupar algún puesto dentro del público, hacen alarde de poseer un manajo de virtudes, presumiendo que ellos son capaces de desempeñarse dentro del servicio público con desmedida lealtad, honestidad, probidad pero sobre todo manifiestan que en ellos incurre la vocación de servicio, máxime tratándose de cargos de elección popular. Luego entonces, si se presume que un servidor público posee las características que lo hacen Idóneo para desempeñarse dentro del servicio público; si faltase a cualquiera de ellas quedará demostrado que no es un sujeto apto para tal puesto; pero sobre todo queda de manifiesto el engaño que ha propiciado al pueblo. Por tal motivo, el referido sujeto no es merecedor de ocupar un puesto en ninguna otra parte dentro del servicio público, por lo que deberá de ser inhabilitado para ocupar cualquier otro puesto cargo o comisión públicos; pero de forma permanente, es decir, que se le suspendan los derechos de ocupar cualquier cargo, puesto o comisión públicos de forma definitiva, lo anterior sin importar el monto de la cantidad distraída, ya que un sujeto que carece de honestidad, no merece que se le otorgue de nueva cuenta confianza alguna; ya que el tiempo no será un factor que subsane la falta de principios en el servidor público.

Con la inhabilitación permanente como sanción al servidor público peculador; no existe razón para pensar que se le lesionan las prerrogativas de

los ciudadanos que se consagran en la fracción II del artículo 35 Constitucional; en donde se establecen como tales: *"Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la Ley"*.

Considerando que al servidor público peculador, a quien con anterioridad se le otorgó la oportunidad de desempeñarse dentro del servicio público; por este simple hecho, se le está brindando la oportunidad de ejercer las prerrogativas consagradas en la fracción II del artículo 35 Constitucional; oportunidad en la que tiene la obligación de demostrar fehacientemente que es un sujeto con aptitudes para poder desempeñarse dentro del servicio público con total eficiencia y por tal motivo lograra alcanzar los objetivos propios del servicio público, que son la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

Entonces, debe quedar claro, que cualquier sujeto que ocupó un cargo público, se le brindó la oportunidad de ejercer las prerrogativas señaladas; pero al incurrir en peculado, demostró no tener aptitudes para cumplir con el encargo; razón suficiente para no volverle a otorgar tan importante encomienda; porque de lo contrario, si se le vuelve a brindar otra oportunidad similar, lo mas probable es que se repita la misma situación delictuosa; por lo que el objeto de negarle una nueva oportunidad para desempeñarse dentro del servicio público, al servidor público peculador tiene el objeto de aislarlo de los lugares en donde puede ser nocivo y al mismo tiempo proteger el patrimonio del Estado.

Considerando que el peculado es un delito doloso; concurren en el sujeto activo del delito, la plena conciencia de que su actuación constituye un delito; y pese a tener conocimiento de tal situación, toma la decisión de materializar sus pensamientos; luego entonces un sujeto con éstas cualidades es un sujeto que no puede seguirse desarrollando dentro del servicio público, porque nada garantizará que después de habérsele impuesto una sanción se encuentre readaptado para realizar actividades dentro del servicio público; es decir que no existe nada que garantice que el sujeto reincida en la

comisión de peculado. En éste mismo sentido, tanto la voluntad para cometer el acto delictuoso, como la plena conciencia de que con su actuar está infringiendo la Ley; dejan de manifiesto, que el servidor público no es honesto; porque no puede serlo aquel sujeto que hace creer al pueblo que es un sujeto apto para desempeñarse dentro del servicio público, para luego traicionar su confianza incurriendo en peculado.

Al respecto, podemos concluir que el servidor público peculador, no merece una nueva oportunidad para ocupar empleo, puesto, cargo o comisión en ningún otro lugar dentro del servicio público, porque seguramente reincidirá en el peculado o en otro delito similar, cuando vuelva a ocupar un cargo público. La inhabilitación permanente para desempeñar un empleo, cargo o comisión públicos que proponemos se aplique al servidor público peculador, no debe considerarse excesiva, ya que en un principio al sujeto se le otorga la oportunidad de desempeñarse como servidor público, misma que debe ser aprovechada demostrando sus verdaderas virtudes, cumpliendo ejemplarmente con las obligaciones encomendadas dentro del servicio público; pero si de lo contrario utiliza la calidad de servidor público para obtener beneficios propios de manera ilícita, no merece una nueva oportunidad, porque ya demostró sus verdaderas intenciones; razón de peso para hacerse merecedor de una inhabilitación permanente y absoluta para desempeñar cualquiera otro empleo, cargo o comisión públicos.

La sanción propuesta, tiene la característica de ser *intimidadora*, ya que los servidores públicos, tendrán mayor temor al hecho de ser inhabilitados permanentemente para ocupar cualquier empleo, cargo o comisión públicos que de pisar la cárcel y así se buscará conseguir la disminución de las estadísticas con respecto a la comisión del peculado; por otro lado, la consideramos *racional* por el hecho de al servidor público peculador se le negará la oportunidad de volver a tener acceso a las arcas del gobierno; y al mantenerlas fuera de su alcance se encontrarán un poco mas seguras y con respecto a la pena privativa d la libertad; en algunos supuestos en lo que pueden gozar del beneficio de la libertad bajo caución; esta puede

ser pagada con parte de los beneficios económicos obtenidos por haber cometido peculado; por tal motivo consideramos de mayor benéfico para la sociedad el que se inhabilite de forma permanente al sujeto peculador.

5.3 EQUIPARACIÓN DEL MONTO DE LO DISTRAIDO Y LA MULTA.

El peculado, además de sancionarse en la actualidad con la destitución e inhabilitación del servidor público peculador y con una pena privativa de la libertad, como complemento para las otras dos sanciones, se le impone una sanción pecuniaria, misma que se encuentra albergada en los dos últimos párrafos del artículo 223 del Código Penal Federal y cuyo monto se fija; aunque de forma errónea, atendiendo al mismo criterio cuantitativo con el que se fijan las demás sanciones accesorias con las que se sanciona al peculado; sancionándose de la forma como se enuncia en la siguiente tabla:

MONTO DE LO DISTRAIDO	PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	SANCIÓN PECUNIARIA	DESTITUCIÓN E INHABILITACIÓN
NO EXCEDA DE 500 VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.	DE TRES MESES A DOS AÑOS DE PRISIÓN.	MULTA DE TREINTA A TRESCIENTAS VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.	DESTITUCIÓN E INHABILITACIÓN DE TRES MESES A DOS AÑOS PARA DESEMPEÑAR OTRO EMPLEO, CARGO O COMISIÓN PÚBLICOS.
EXCEDA DE 500 VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.	DOS A CATORCE AÑOS DE PRISIÓN.	MULTA DE TRESCIENTAS A QUINIENTAS VECES EL SALARIO MÍNIMO DIARIO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.	DESTITUCIÓN E INHABILITACIÓN DE DOS A CATORCE AÑOS PARA DESEMPEÑAR OTRO EMPLEO, CARGO O COMISIÓN PÚBLICOS.

La sanción pecuniaria, con que en la actualidad son sancionados los servidores públicos peculadores, representa el error mas notorio en que incurrió el legislador de 1982 cuando realizó las reformas al Código Penal Federal, de forma específica en el delito de peculado; porque aunque del texto legislativo se desprende literalmente que se impondrá una multa, dicha sanción no cumple con los objetivos principales

que se persiguen con la imposición de una multa; por lo tal ésta parte del texto que comprende el artículo 223 del Código Penal Federal; es la principal y más urgente reforma que debe hacerse de su texto; ya que reiterando sobre el mismo tenor, no es correcto considerar a ésta sanción como una multa, pues no cumple con los principales objetivos que deben cumplirse con la imposición de una multa; pues una multa es una sanción pecuniaria que debe ocasionar un beneficio económico al Estado; quien es el ente encargado de su imposición a todo aquel sujeto que incurra en contravención o incumplimiento de una disposición legal; asimismo debe considerársele como una corrección disciplinaria para quien infringe la ley.

La multa en el peculado, no debe considerarse en estricto sentido como una corrección disciplinaria; porque para tal efecto se aplica en primer plano, la pena privativa de la libertad y en segundo la destitución de su empleo y la inhabilitación permanente del servidor público; luego entonces la multa impuesta al sujeto peculador, en sentido general, debe aplicarse con el objeto de producir un beneficio económico para el Estado; pero para el caso específico del peculado, la multa debe imponerse para recuperar la cantidad de dinero que fue desviada por el servidor público peculador y así disminuir el daño patrimonial que con el peculado se produce al Estado.

Luego entonces, la actual multa en el sentido en que es aplicada, es un error cometido por los legisladores de 1982, ya que no encontramos un motivo congruente que justifique su aplicación de la forma en que actualmente se aplica; porque no podemos concebir que en el penúltimo párrafo del artículo 223 del Código Penal Federal, se contemple que cuando un servidor público distraiga de su objeto fondos públicos por un monto de hasta quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, solamente se haga merecedor de una multa cuyo monto máximo sea el de trescientas veces el referido salario; es decir, una multa notoriamente inferior al beneficio económico que puede obtener el sujeto peculador, porque si hace un desvío equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, como sanción pecuniaria, solamente se le impondrán como multa máxima trescientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal; y si ésta situación puede parecer un grave error hay que esperar a ver las

sanciones comprendidas en el último párrafo del artículo 223 de Código Penal Federal, ya que en su texto se contempla; que cuando el servidor público cometa un desvío que exceda la cantidad equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal; sin que en el texto legislativo se establezca cantidad límite, se le impondrá una multa que no puede rebasar el equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Después de estudiar ambas sanciones, nos hemos percatado, que en los dos supuestos que se consideran dentro del multicitado artículo 223, para la imposición de las sanciones, la multa imponible es por muchas veces inferior al monto de los bienes distraídos o de los benéficos económicos que puede obtener el servidor público peculador, pero amerita especial mención que en el último párrafo del referido artículo, la situación sobrepasa los límites, debido a que el sujeto activo del delito, puede distraer una cantidad por muchas veces mayor a quinientas veces el salario mínimo señalado, cantidad a la que el único límite que puede existir es el que la misma avaricia del delincuente pueda imponerle; y a pesar de ésta situación la sanción pecuniaria máxima que pueda imponérsele solo será una multa de hasta quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Tal situación es algo que no debe seguirse permitiendo, porque todo aquel sujeto activo del delito de peculado, que incurra en cualquiera de las cuatro hipótesis consagradas en las cuatro fracciones que conforman el artículo 223 del Código Penal Federal, lo hace para obtener un beneficio de carácter económico, político o social, por tal motivo es imperdonable que la multa a la que se hace merecedor sea inferior a los beneficios que se obtienen.

Tratando de explicar con mayor claridad los anteriores argumentos; en los cuales nos basamos para realizar la propuesta que se ofrece en el presente trabajo, es prudente el presentar el siguiente ejemplo relacionado con las sanciones contenidas en el último párrafo del artículo multicitado: V gr. Un servidor público hace un desvío de fondos públicos equivalente a 9000 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, lo hace para obtener un beneficio de carácter económico; pero desafortunadamente para él, su actuación es descubierta al poco tiempo de haberla realizado; luego entonces, tal sujeto podrá ser sancionado con

una pena privativa de la libertad que oscila entre dos y catorce años de prisión y una pena accesoria consistente en multa que puede fijarse en un rango de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, además se hace merecedor de la destitución de su empleo y una inhabilitación para ocupara cualquier otro empleo, cargo o comisión públicos por un periodo de dos a catorce años. Si analizamos el ejemplo citado; de manera específica la sanción pecuniaria, en el supuesto de que se le imponga al sujeto activo una sanción máxima de quinientas veces el salario mínimo general vigente el Distrito Federal; si el sujeto desvió una cantidad equivalente a 9000 veces el salario referido, tendrá un remanente de 8500 veces el salario mínimo, cantidad suficiente para solventar su propio proceso, pasarse un lapso de tiempo en la cárcel en condiciones modestas y todavía tener un ahorro para el momento en que recupere su libertad. Además a todo lo anterior debemos sumarle que el Peculado no es un delito de los tipificados como graves, por lo que en algunos supuestos distintos al que aquí presentamos el sujeto peculador podrá de gozar de las garantías constitucionales consagradas en el su artículo 20 fracción I y podrá solicitar su libertad bajo caución, misma que podrá pagar sin ningún problema de los mismos beneficios económicos que obtuvo con su ilícito actuar.

Visto lo anterior y considerando que los legisladores tomaron como principal factor para la imposición de las sanciones del artículo 223 del Código Penal Federal, el monto de los desviado por el agente peculador, pareciere que el único bien jurídico tutelado en éste delito, son los bienes pertenecientes al Estado, o al menos el único bien jurídico tutelado que tomaron en consideración; mas sin embargo, al establecer las sanciones con que se castiga a los peculadores, demuestran una gran incongruencia, porque aunque se apliquen las sanciones más severas que se contienen en el precepto legal en estudio, el daño patrimonial en las arcas del Gobierno no queda subsanado; tal y como queda demostrado con el ejemplo que expusimos en párrafos anteriores.

Es importante el resaltar que el principal objetivo de imponer una multa, es el de procurar un beneficio económico al Estado y al mismo tiempo en cierta forma infringir un menoscabo en el patrimonio del sujeto a quien se le impone, esto como

una medida disciplinaria por haber cometido un delito que daña de forma directa el patrimonio del Estado y de forma indirecta el equilibrio social al retrasar el desarrollo del país; pero en las sanciones contenidas en el artículo en estudio no se cumple con éste supuesto; ni se repara el menoscabo ocasionado en el patrimonio del Estado.

Nosotros consideramos que para la correcta imposición de la multa aludida, es necesario fijar su monto tomando como referencia los resultados obtenidos de las auditorias o arqueos realizados a la administración del organismo en donde el sujeto activo del delito se encontraba realizando sus actividades. Las referidas auditorias o arqueos cumplen un doble objetivo, en primer lugar coadyuvan para determinar la existencia del delito de peculado; y en segundo lugar de sus resultados se obtiene la cantidad o monto que fue desviado por el servidor público delincuyente; entonces, nuestra propuesta de reformar la referida multa la basamos en que su monto se equipare al monto de lo desviado por el servidor público y así, la sanción sería justa y no ocasionaría un menoscabo excesivo en el patrimonio del servidor público, imponiéndosele una multa que se equipare a los benéficos económicos obtenidos; de éste modo se cumpliría con dos objetivos; el primero el imponer una sanción pecuniaria que resulte intimidatoria para todos aquellos servidores públicos que pretendan incurrir en peculado, persiguiendo que al menos mediten dos veces antes de cometer el ilícito; el segundo de los objetivos es el de procurar disminuir o en su defecto subsanar el daño económico cometido en contra de las arcas del Gobierno. Para cumplir con éste propósito, sería de igual forma lógico que una vez que haya quedado perfectamente demostrada la responsabilidad del sujeto activo del delito y éste refiere que no reúne el total de la multa impuesta se le embarguen bienes suficientes que puedan cubrir el monto de la multa y así sería una sanción ejemplar, ya que cualquier servidor público peculador tendrá mayor temor a sufrir una sanción pecuniaria que a pisar la cárcel.

En la actualidad, uno de los impedimentos legales para realizar las reformas que proponemos en el presente trabajo y aumentar el monto de la multa contenida en el artículo 223 del Código Penal Federa, es el artículo 29 del mismo ordenamiento legal, el cual señala:

“La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia Ley señale...”

Por causa de la existencia de éste precepto legal, es que la multa no puede exceder de quinientos días de salario mínimo, disposición legal cuya aplicación repercute de forma directa en el patrimonio del Estado, ya que como ha quedado establecido, la multa es muchas veces inferior, a los beneficios obtenidos por el delincuente al hacer el desvío de bienes propiedad del Estado; por lo que para la realización de las reformas propuestas en éste trabajo, el artículo 223 del Código Penal Federal deberá de constituirse como la excepción al artículo 29 del mismo ordenamiento legal y establecer una multa cuyo monto sea equivalente a la cantidad desviada por el sujeto activo del delito para que con esa sanción, se genere un verdadero temor en el servidor público, que contribuya a evitar la incidencia en el peculado y disminuir el menoscabo en el patrimonio del Gobierno.

Con la sanción pecuniaria que proponemos, no consideramos que se esté contraviniendo lo dispuesto en el artículo 22 Constitucional, precepto que señala:

*“Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, **la multa excesiva**, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”.*

Nuestra propuesta no constituye una multa excesiva, simplemente comprenderá la cantidad suficiente para la resarcir el menoscabo causado a las arcas del gobierno, el cual será proporcional al monto de los bienes distraídos; con lo que no se ocasiona perjuicio en el patrimonio del sujeto activo del delito, pues solamente se le obligará a devolver lo que indebidamente fue tomado; por lo que la multa que se propone no tiene el carácter de excesivo.

En concreto, nuestra propuesta se inclina por la conveniencia de reformar el artículo 223 del multicitado precepto legal, de forma que se establezca como monto de la multa una cantidad igual a la cantidad desviada por el delincuente; para que así se repare el daño ocasionado al Estado y no se le aplique una sanción injusta al

servidor público peculador; porque aunque éste tipo de servidores públicos, como hemos visto a lo largo de la Historia de nuestro país han ocasionado graves daños al desarrollo del mismo; esto acrecienta el rencor de la ciudadanía en contra de éste tipo de sujetos, lo que hace pensar que son merecedores de las sanciones más severas que deberían de ser impuestas por una autoridad inquisidora; mas sin embargo, todavía este tipo de sujetos son merecedores a que se les aplique una sanción justa; que es precisamente lo que proponemos en éste trabajo.

5.4 OBJETO DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 223 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

En el punto que abordaremos a continuación, nos enfocaremos en presentar el objeto que nos mueve a proponer una serie de reformas al artículo 223 del Código Penal Federal; propuesta cuya principal intención es la de modificar las penas que deben ser impuestas a los servidores públicos que incurren en el delito de peculado.

El motivo principal por el cual proponemos la realización de una reforma a la pena con que se sanciona el peculado; es porque la actual sanción, no persigue los fines que forzosamente deben alcanzarse con la imposición de una sanción penal; al respecto, muy propiamente el Maestro Castellanos Tena⁽⁹⁴⁾ en su libro, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, refiere al citar al Maestro Cuello Calón quien señala que la pena debe aspirar a los siguientes fines:

"Obrar en el delincuente, creando en el, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Además debe perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la Ley".

Como hemos estudiado a lo largo del presente trabajo, las actuales penas con que se sanciona el peculado, no cumplen con los fines que señala el maestro Castellanos Tena; mismos que consideramos son Indispensables que se cumplan; por tal motivo es necesaria la realización de la reforma propuesta y para continuar con la explicación de los motivos por los cuales consideramos necesaria la

modificación del multicitado artículo; es necesario presentar como parte de éste trabajo, los puntos principales sobre los que debe versar la multicitada reforma, así como los motivos por los cuales es conveniente modificar la Ley Penal Federal para sancionar de forma ejemplar a los sujetos peculadores.

a) EN CUANTO A LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD: ésta, no produce en el delincuente el temor necesario para que lo induzca a alejarse del delito, ni mucho menos, produce en él, la tan anhelada readaptación social que se pretende conseguir al recluir al delincuente en un CERESO: por el contrario, con éste tipo de sanciones lejos de ocasionar en el delincuente la readaptación a una vida normal y su consecuente reincorporación a la sociedad, al estar recluso bajo las condiciones que imperan dentro de los CERESOS, el sujeto saldrá con más rencor en su persona y por el hecho de haber convivido con sujetos que presentaron la misma o peor conducta, no podrá haber obtenido nada bueno de ellos, por el contrario, la mayoría de los sujetos que ingresan a un CERESO, saldrán de éste más inadaptados que como ingresaron.

Por tales motivos la pena privativa de la libertad no es la sanción idónea para ser impuesta al servidor público peculador, por el hecho de que la readaptación social que se pretende realizar en el delincuente que es internado en un reclusorio, nunca de presenta, por el contrario, produce en el delincuente el efecto opuesto, porque la experiencia nos ha demostrado que el sistema penitenciario mexicano no cumple con los objetivos para los que fue creado ya que carece de verdaderos programas de readaptación social; por tal motivo no es conveniente el que se aumente la pena de prisión al sujeto peculador; porque resolvería muy poco las actuales necesidades de la sociedad y los problemas existentes dentro del servicio público. Por lo expuesto en párrafos anteriores creemos conveniente en que la pena privativa de la libertad no se modifique en el sentido de hacerla más larga, por el contrario, se siga atendiendo al criterio cuantitativo en que se basó el legislador para su imposición y se continúe aplicando sin modificación.

b) EN CUANTO A LA MULTA QUE DEBE IMPONERSE AL SUJETO PECULADOR: La actual multa, no genera en el servidor público el temor a ser sancionado con ella, debido a que el monto de la misma es inferior a los beneficios que puede obtener con la comisión del peculado y podrá pagarla con los mismos bienes que haya desviado.

Por otro lado, creemos conveniente en que la multa se modifique de tal forma que con su pago, se produzca un beneficio económico en las arcas del Estado; pero principalmente es conveniente que cuando el servidor público pague la multa que le fue impuesta; con tal acción devuelva en cierto modo, las cantidades desviadas o los beneficios que obtuvo, por incurrir en peculado; basándonos en el principio de equiparar el monto de la multa que le debe ser impuesta, con el monto de las cantidades desviadas o los beneficios obtenidos con su ilícito actuar.

c) EN CUANTO A LA DESTITUCIÓN DE SU EMPLEO E INHABILITACIÓN PERMANENTE DEL SERVIDOR PÚBLICO: Éstas representan las sanciones más idóneas para que se sancione a los malos servidores públicos, porque con ellas como nos lo señala el Maestro Cuello Calón, se cumple el objetivo de eliminar al sujeto que puede llevar a cabo una conducta delictuosa, al evitar que pueda volver a ocupar un cargo público; ya que en cierta forma estamos ante la presencia de un delincuente inadaptable; lo anterior nos basamos en que la mayoría de los sujetos que se desempeñan como servidores públicos lucharon para llegar a ocupar tales puestos con la finalidad de obtener beneficios propios de manera ilícita al abusar de las facultades que les fueron conferidas dentro de la administración pública, la idea descrita en líneas anteriores la concibieron en su mente desde antes de ser nombrados servidores públicos y si de nueva cuenta, llegasen a ocupar un cargo público distinto, lo más probable es que de nueva cuenta busquen la forma de obtener beneficios económicos extras de forma ilícita.

Consideramos que nada producirá más temor en aquel servidor público desleal que el verse inhabilitado para ocupar un nuevo empleo, cargo o comisión públicos, por lo que proponemos que tal inhabilitación se le aplique de forma

permanente sin importar el monto de lo desviado y así se convierta en una sanción ejemplar, pues todo aquel sujeto que labore dentro de la administración pública y se desempeñe como servidor público, meditará sobre ésta situación antes de cometer peculado. Con la sanción propuesta, se protegerá al patrimonio del Estado de todos aquellos sujetos, quienes solamente pretenden obtener benéficos propios por el hecho de formar parte de la administración pública.

Además, continuando con los motivos que nos orillan a proponer reformas al multicitado artículo 223 del Código Penal Federal, encontramos dentro del Derecho, que existen delitos que producen en la mente de los ciudadanos un gran impacto, por representar situaciones que repercutirán profundamente en el comportamiento de la sociedad; V gr. los delitos de homicidio, delitos contra la salud, violación o secuestro, tienen grandes consecuencias en la sociedad, porque su comisión causa un gran impacto en las mentes de las personas que integran la sociedad; misma que reclama que los sujetos activos de éstos delitos sean sancionados con la mayor severidad posible; siendo en éstos casos la pena corporal la más congruente, porque se libera a la sociedad de sujetos que son nocivos para el orden social y que con su libertad se pone en alto riesgo la integridad de las personas.

Por otro lado, el peculado es un delito que aunque no produce en la mente de los ciudadanos el impacto que produce un homicidio, una violación o un secuestro, no por eso deja de tener importancia; ya que su comisión ocasiona un gran menoscabo en los beneficios que el Estado debe otorgar a la sociedad, además, cabe hacer mención que los sujetos peculadores se muestran indiferentes a los problemas que aquejan a la sociedad y continúan saqueando el dinero público y ni el sistema político ni el de procuración y administración de justicia han podido solucionar tan grave problema, ya que los servidores públicos peculadores se vuelven prófugos de la justicia, o luego de largas batallas jurídicas, los probables peculadores quedan en libertad por deficiencias legales o por no haberse integrado bien la respectiva averiguación previa.

El objeto de reformar el artículo 223 del Código Penal Federal, para sancionar de una manera distinta y más lógica a los sujetos que incurran en peculado, radica esencialmente, en que el corromper el servicio público, debe ser

sancionado con la mayor de las severidades o con penas alternativas, ya que el lucro obtenido por la comisión del referido delito produce un grave daño en el patrimonio del pueblo, ocasionando con esto, daños sociales de toda índole, incluyendo aquellos que pueden afectar la vida y la integridad personal de todos los mexicanos. Esto explica que la principal razón de la pobreza y el hambre de muchos mexicanos en un país tan rico sea la inadecuada administración de los recursos públicos por parte de malos servidores públicos, que lejos de mirar por el bien del pueblo, se empeñan en acumular fortunas personales.

El peculado, no es un delito común, se trata de un delito, que por su naturaleza, reviste mayor gravedad moral que los delitos comunes; ya que presenta una forma particular al tratarse de actos ejecutados bajo la apariencia de autoridad en el ejercicio de una función o tarea en nombre del Estado y en representación del pueblo. El simple abusar, ya es un delito, pero cuando tal abuso se comete para enriquecerse en cualquier forma que sea, adquiere una mayor magnitud.

El servidor público peculador, utiliza la calidad que le fue conferida adulterándola con el objeto de perjudicar a la sociedad entera y afectar al interés común; con lo anterior, se aumenta la gravedad del delito y lógicamente, también sus consecuencias; por lo que, es imprescindible y urgente el reaccionar en contra de ésta situación, castigando de una forma ejemplar y distinta a la ya establecida, a los malos servidores públicos.

Es vital señalar que México, siendo un país con más de 100 millones de habitantes, donde la población económicamente activa representa sólo el 20%, se requiere hacer un esfuerzo mayor para la viabilidad económica del país. Por tal motivo, es importante administrar correctamente los fondos de la nación, por lo menos para dar satisfacción a las necesidades elementales de los mexicanos, de no ser así, el rezago y el descontento social, seguirán en aumento.

El analfabetismo, la falta de servicios de salud dignos, la carencia de vivienda digna, la falta de servicios básicos en diferentes comunidades y el desempleo, entre otros son elementos dignos de ser tomados en cuenta para el buen manejo de los recursos de Estado, pues si los recursos de la nación son

limitados y encima mal administrados, todos los problemas mencionados continuarán en aumento y lejos de avanzar como nación, continuaremos en retroceso y muchos mexicanos continuarán padeciendo severas necesidades. Además de que los pueblos marginados, y olvidados, constituyen el fiel reflejo de la mala administración del poder y de los recursos públicos. Si esos pueblos marginados son atendidos en forma adecuada, con programas sociales o recursos para solventar sus necesidades básicas, no se eliminará su descontento, pero se mejorará su situación. Empero, para cumplir con éste elemental objetivo, es necesario disponer de los recursos públicos necesarios como líneas prioritarias en la administración del patrimonio de la nación. Este es el principal argumento, por el cual señalamos que todo aquel servidor público peculador, debe ser sancionado con mayor severidad, porque con su comportamiento, influye en la acentuación de la marginación y el descontento de la población más necesitada de nuestro país.

El servicio público debe ser considerado, como una opción de desarrollo profesional y personal de los servidores públicos y su origen es la necesidad que tiene el Estado, para que los más preparados, probos y capaces dirijan su destino y con ello el de todo el pueblo, además de que administren sus recursos; por tal motivo, de forma directa o indirecta el pueblo seleccione a sus servidores públicos, porque tiene fe en que el único interés de ellos será el de trabajar por el bienestar y el desarrollo la nación sobre cualquier otra cosa. Pero, tarde o temprano, en algunos de esos servidores públicos aflorará la ingratitud hacia su propio país y la traición a la confianza que el pueblo les otorgó, puesto que atienden más a los intereses del grupo al que pertenecen en lugar de velar por el interés de la sociedad. Por eso el día de hoy, nosotros como sociedad hemos dejado de ver a los servidores públicos como unos guardianes de la Ley o del orden y mucho menos como un ejemplo de virtudes, sino que ahora los vemos como delincuentes de la peor especie y con un alto grado de peligrosidad, situación derivada de los malos comportamientos cometidos por ellos. Razones de peso, para aplicar sobre éstos sanciones más severas a las contempladas actualmente y así luchar por modificar en la medida de lo posible la patética situación que actualmente padecemos.

El principal fin de reformar el artículo 223 del Código Penal Federal, es castigar a los sujetos peculadores, de una manera distinta a la contemplada, es decir, con una pena alterna que no implique volver más severa la pena corporal, sino castigarlos con una sanción que verdaderamente les duela y que mejor que destituirlos e inhabilitarlos permanentemente para ocupar cualquier empleo, cargo o comisión públicos y sobre todo hacer que repongan el monto de los bienes que distrajerón u ocuparon de forma indebida; otro de los principales objetos de la presente reforma es el procurar que dentro del servicio público solamente se conserven aquellos servidores públicos que poseen las características idóneas, para desempeñarse con ejemplaridad dentro del servicio público, tales características son:

- a) Presentar vocación de servicio,
- b) Desempeñarse dentro del servicio público con probidad,
- c) Conducirse con honestidad dentro y fuera de la administración pública y
- d) Demostrar lealtad, a la nación, a las instituciones y a la sociedad en general.

Otro de los objetos de la reforma que debe realizarse al multicitado artículo, en lo que corresponde a la pena impuesta a los servidores públicos peculadores, es el volver la referida sanción *intimidatoria*, es decir, que los servidores públicos eviten incurrir en peculado por temor a la aplicación de dicha sanción; *ejemplar*, dicha sanción, debe de servir como ejemplo a todos los servidores públicos y no solamente a quienes se le ha castigado por la comisión de peculado; para que así todos se den cuenta de que dicha amenaza es efectiva; *eliminadora* ya que generalmente estaremos ante la presencia de sujetos incorregibles, por tal motivo se trata de eliminarlos del servicio público y evitar su reincidencia en el delito; *justa* ya que con la reintegración a las arcas del Gobierno de las cantidades desviadas se subsana el daño patrimonial proferido al Estado y no se le quita al sujeto activo más que aquello que no le pertenece de forma legal; asimismo, encontramos que la sanción que proponemos, tiene la característica de ser *correctiva*, es decir, puede generar; ya que como consecuencia de las deficiencias en el sistema de readaptación social en México, por el momento es imposible que exista la readaptación social plena en el delincuente.

La pena con el mal que inflige al delincuente, no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica; por el contrario, si excede; ya no se está cumpliendo con la protección del Derecho, sino se estaría cometiendo una violación en contra del mismo; sin embargo, con relación a las sanciones que proponemos en el presente, trabajo, aunque son rígidas si las comparamos con las sanciones que actualmente se contemplan en el artículo 223 del Código Penal Federal, no rayan en el exceso, porque no se multara al sujeto peculador mas que con una cantidad igual a la que fue desviada; ahora, si nuestra propuesta se basara en multar al servidor público peculador con una cantidad que fuera el doble de la cantidad desviada, entonces si se atentaría gravemente en contra del patrimonio del sujeto peculador.

En la elaboración del presente trabajo, nos encontramos plenamente conscientes de que el monto de la multa que se le imponga al sujeto peculador debe ser proporcional y fijarse atendiendo a las condiciones económicas del sujeto que se encuentra obligado a cubrirla, por tal razón nuestra propuesta se basa en imponerle una multa que sea igual al monto de lo desviado, basándonos en que como producto de su acción ilícita, se procuró para sí un beneficio económico, por lo cual no podrá alegar que carece de medios económicos para pagar la referida multa.

En otro sentido, como miembros de la sociedad, debemos estar conscientes que la pena es el medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente; en la inteligencia de que en todos los hombres se ha depositado el bien y el mal; pero también se le ha dotado de capacidad para elegir entre ambos caminos y si el sujeto activo en el delito de peculado ejecuta el mal, es porque así lo deseó y no porque la fatalidad de la vida haya arrojado al individuo a su práctica; motivos de peso para sancionar con mayor severidad a los sujetos peculadores; porque en ellos radica la facultad para discernir entre el bien y el mal, y si ejecuta éste último, debe responder de su conducta, habida cuenta de su naturaleza moral.

Con la reforma aludida, no se sustituirán las penas contempladas en el artículo relativo al peculado, simplemente se deberán aplicar de distinta forma; por lo

que el peculado se seguirá sancionando con; pena privativa de la libertad, sanción pecuniaria cuyo monto será igual al monto de los desviado por el servidor público y destitución de su empleo e inhabilitación permanente del servidor público.

ESTADISTICAS.

Es también muy importante el que presentemos estadísticas que demuestren la frecuencia con que se comete el peculado, ya que así podremos darnos cuenta de la verdadera importancia de éste delito que aunque no se comete con la misma frecuencia con la que se cometen otro tipo de delitos, tales como el homicidio, las violaciones, los secuestros o los delitos en contra de la salud; si nos percatamos en que éste se comete en con una frecuencia considerable en distintas entidades federativas de nuestro país; pero sobre todo el principal objeto de presentar éstas estadísticas es el de crear conciencia de que aunque la comisión del delito de peculado no se cometa con la frecuencia con que se dan otro tipo de delitos, las repercusiones que tiene en la sociedad son graves; y para robustecer tales ideas es importante mostrar la siguiente tabla en donde se contemplan a los presuntos delincuentes registrados en los Juzgados de Primera instancia del Fuero Federal por el delito de peculado⁽⁹⁵⁾:

ENTIDAD		ENTIDAD	
Baja California Sur	3	Nayarit	3
Campeche	12	Nuevo León	21
Coahuila	7	Oaxaca	2
Colima	1	Puebla	15
Chiapas	46	Querétaro	2
Chihuahua	3	Quintana Roo	18
Distrito Federal	35	San Luis Potosí	4
Durango	11	Sinaloa	12
Guanajuato	13	Sonora	5
Guerrero	10	Tabasco	
Hidalgo	12	Tamaulipas	13
Jalisco	14	Tlaxcala	6
México, Estado de	21	Veracruz	28
Michoacán	8	Yucatán	7
Morelos	6	Zacatecas	9
TOTAL			358

(95) JIMENEZ MARTÍNEZ; Javier. Op Cit. Pág. 128.

La anterior es una tabla que nos indica el número de probables responsables por el delito de peculado en todas las entidades de nuestro país; en el año de 1997 y aunque en ese año, se iniciaron 358 averiguaciones previas en todo el país, esa cifra comparada con la incidencia con la que se cometen delitos como el homicidio o el robo, parece nada, mas sin embargo, la cantidad de dinero desviada que implica la comisión de esa cantidad de veces el peculado implica un gran menoscabo en el patrimonio del Estado y por ende un gran rezago al desarrollo social.

Presuntos delincuentes registrados en los Juzgados de Primera Instancia del Fuero Federal por situación jurídica del inculpa⁽⁹⁶⁾:

ENTIDAD	TOTAL	FORMAL PRISIÓN	SUJECIÓN A PROCESO	LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS	EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL
Aguascalientes	8	8	-	-	-
Baja California	3	3	-	-	-
Baja California Sur	3	3	-	-	-
Campeche	12	12	-	-	-
Coahuila	7	5	-	2	-
Colima	1	1	-	1	-
Chiapas	46	40	1	5	-
Chihuahua	3	2	-	1	-
Distrito Federal	35	28	-	7	-
Durango	11	11	-	-	-
Guanajuato	13	13	-	-	-
Guerrero	10	9	-	1	-
Hidalgo	12	9	-	3	-
Jalisco	14	14	-	-	-
México, Estado de	21	19	-	1	1
Michoacán	8	7	-	1	-
Morelos	6	5	-	1	-
Nayarit	3	3	-	-	-
Nuevo León	21	3	17	1	-
Oaxaca	2	2	-	-	-
Puebla	15	15	-	-	-
Querétaro	2	2	-	-	-
Quintana Roo	18	18	-	-	-
San Luis Potosí	4	4	-	-	-
Sinaloa	12	11	-	1	-
Sonora	5	3	-	2	-
Tabasco					-
Tamaulipas	13	13	-	-	-
Tlaxcala	6	6	-	-	-
Veracruz	28	25	-	2	1
Yucatán	7	7	-	-	-
Zacatecas	9	4	-	2	3
TOTAL	358	305	18	30	5

(96) Ibidem Pág. 129.

Sentenciados en Juzgados de Primera Instancia del Fuero Federal por Peculado⁽⁹⁷⁾.

ENTIDAD	TOTAL	ENTIDAD	TOTAL
Aguascalientes	6	Morelos	4
Baja California	2	Nayarit	8
Baja California Sur	8	Nuevo León	6
Campeche	6	Oaxaca	4
Coahuila	5	Puebla	22
Colima	4	Querétaro	2
Chiapas	31	Quintana Roo	23
Chihuahua	-	San Luis Potosí	3
Distrito Federal	17	Sinaloa	3
Durango	19	Sonora	6
Guanajuato	7	Tabasco	-
Guerrero	10	Tamaulipas	6
Hidalgo	8	Tlaxcala	6
Jalisco	6	Veracruz	21
México, Estado de	2	Yucatán	16
Michoacán	26	Zacatecas	15
TOTAL			304

En las tablas se demuestra estadísticamente que el peculado constituye uno de los delitos con mayor incidencia; por tanto, es urgente el contar con los instrumentos necesarios para luchar en contra de su comisión de manera directa. Uno de esos instrumentos es el establecer sanciones propias para éste delito; las cuales no se basen en la imposición de penas privativas de libertad sino en otorgar mayor importancia a otro tipo de sanciones que resultarán más benéficas para evitar que se continúe cometiendo el peculado por parte de malos servidores públicos.

Para terminar éste trabajo, es conveniente citar textualmente un párrafo escrito por uno de los servidores públicos más honorables que ha tenido nuestro país y que sin duda alguna es ejemplo seguido por solamente un puñado de sujetos que al igual que él poseen una verdadera vocación de servicio y tienen como principal consigna, la honorable prestación del servicio público; tal personaje es Benito Juárez⁽⁹⁸⁾, quien señaló:

“Bajo el sistema federativo los funcionarios públicos no pueden disponer de las rentas sin responsabilidad; no pueden gobernar a impulsos de una voluntad caprichosa sino con sujeción a las leyes; no pueden improvisar fortunas ni entregarse al ocio y a la disposición, sino consagrarse

(97) *Ibidem* Pag. 129

(98) *Idem*.

.asiduamente al trabajo disponiéndose a vivir en la honrada medianía que proporciona la retribución que la Ley les señala”.

Como principal conclusión tenemos que la pena con que se castiga el peculado, debe ser reformada, porque no puede ser posible que la sanción pecuniaria sea inferior al monto de los beneficios obtenidos por servidor público deshonesto, por lo que tal sanción deberá ser el equivalente a lo desviado por el sujeto activo del delito; en segundo lugar la sanción privativa de la libertad no debe de aumentarse, ya que el sistema penitenciario en México es un rotundo fracaso y la readaptación que debe existir cuando un sujeto es internado en un Centro de Readaptación Social, no existe, por lo que si esta pena se aumenta solamente ocasionaríamos un daño más grande al sujeto peculador, en tercer lugar la destitución debe ser del cargo que ocupaba el servidor público en el momento de cometer el delito, por lo que nunca podrá volver a tener acceso a el mismo empleo y por último, la inhabilitación tendrá que aplicarse de forma permanente y no temporal como actualmente se contempla, además sería correcto que dicha inhabilitación fuera absoluta, es decir que se le prohíba al servidor público peculador el volver a ocupar cualquier otro empleo, cargo o comisión público, en ninguna otra parte de la administración pública, sanción que será permanente, como castigo por haber traicionado la confianza conferida por el pueblo y con esto evitar la reincidencia del servidor público en el delito de peculado.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El peculado, aunque originalmente no tuviera el sentido que actualmente tiene en el Código Penal Federal; se reconoció su existencia desde tiempos antiguos y desde entonces se le consideró como un hurto agravado por la calidad de los bienes sobre los que recaía.

SEGUNDA. En 1982, se realizó una importante reforma al Código Penal Federal, misma que se encuentra vigente hasta nuestros días, en la cual se sitúa al delito de peculado en el artículo 223 del ordenamiento legal referido; artículo que consta de cuatro fracciones que comprenden dos diferentes modalidades en las que puede cometerse el peculado; las cuales son:

- a) Peculado Propio (fracciones I –II)
- b) Peculado Impropio (fracciones III –IV)

TERCERA. El peculado, por tratarse de un delito cuyas consecuencias constituyen un menoscabo en el patrimonio del Estado, su comisión evitará la correcta aplicación de los programas sociales y planes de desarrollo cuyo principal objeto es el bienestar de la colectividad; elementos que deben ser tomados en cuenta para la imposición de una sanción más adecuada.

CUARTA. Al servidor público peculador se le sanciona con pena privativa de la libertad como sanción principal; pero dentro de las sanciones accesorias con que se le castiga se contempla una sanción pecuniaria consistente en una multa cuyo monto es desproporcionadamente inferior con respecto de los beneficios que puede obtener el servidor público peculador, ya que dicha multa es por muchas veces inferior al monto de los distraído; representando ésta situación un gran error por parte del legislador.

QUINTA. El menoscabo económico ocasionado en las arcas del Gobierno por los servidores públicos peculadores ocasiona grandes daños al bienestar de la colectividad; entre ellos retrasa la aplicación de programas sociales que son diseñados con el objeto de atender las necesidades primordiales de la población, tales como salud, educación, seguridad, empleo, etc., razón suficiente para que el

sujeto que incurra en el mencionado delito sea sancionado de forma más idónea y dejar de considerar como la principal sanción que debe aplicársele la pena corporal.

SEXTA. El servicio público es una actividad que debe ser prestada por sujetos que se desenvuelvan con ejemplar rectitud, porque gracias a esta actividad, se subsanan las primordiales necesidades de la ciudadanía; luego entonces la corrupción dentro del mismo debe ser sancionada de forma ejemplar, destituyendo e inhabilitando de forma absoluta y permanente a aquel servidor público que traicione la confianza que en él fue depositada; porque todo sujeto que traicione la confianza que cualquier otro sujeto haya depositado en él no merece tener una nueva oportunidad; además de que con esta sanción se protegerá al patrimonio del Estado de ser de nueva cuenta víctima de servidores públicos delincuentes.

SEPTIMA. La vocación de servicio es una característica que debe concurrir en todos los servidores públicos; cuya ausencia o presencia en el sujeto activo del delito debe de ser tomada en cuenta para la imposición de las sanciones a los servidores públicos peculadores ya que la falta de vocación de servicio constituye un insulto y un engaño para el pueblo.

OCTAVA. Las sanciones impuestas por la ley penal, son consecuencia de las acciones u omisiones en que incurren los hombres y se imponen con posterioridad a que un sujeto a incurrido en una hipótesis que es considerada como delito; por tal motivo, dicha sanción debe ser ejemplar y ocasionar en la mente de los demás sujetos que se encuentren posibilidades de cometer el mismo delito, la previa reflexión de las consecuencias que puede acarrearle la comisión de un delito; criterio que es utilizado como base para reformar el artículo 223 del Código Penal Federal e imponer sanciones mas adecuadas a los servidores públicos peculadores.

NOVENA. Todo aquel servidor público que haya cometido Peculado en contra del patrimonio del Estado, ha traicionado la confianza que el pueblo había depositado en él y a su vez ha demostrado que no es un sujeto apto para permanecer dentro de la administración pública, por lo tanto no merece que le sea otorgada una nueva oportunidad y su destitución debe ser permanente y la inhabilitación absoluta.

DECIMA. De no efectuarse las reformas necesarias en las sanciones pecuniarias con que se castiga actualmente el peculado, se continuarán incrementando las carencias en rubros sociales básicos como educación, salud, vivienda, empleo y seguridad social; por lo que nunca se conseguirá su recuperación en estos rubros; cuyo patrimonio se ha visto seriamente afectado por el delito de peculado y como consecuencia; seguiremos siendo igual pobres dentro de un país tan rico.

DECIMA PRIMERA. De continuarse castigando con las mismas sanciones el delito de peculado; el descontento social seguirá creciendo y los ciudadanos seguiremos viendo en el Gobierno, solamente un organismo de represión en contra del pueblo y no así, como un organismo cuya primordial función sea el establecimiento del orden social y el bien común.

DECIMA SEGUNDA. Los principales fines que debe perseguir la multa que proponemos se imponga a los servidores públicos peculadores, es que con ella se ocasione un beneficio económico para el Estado y hasta cierto punto, un grado de menoscabo en el patrimonio del sujeto activo del delito, lógicamente sin que esto último caiga en el exceso; con el objeto de contribuir a la restitución a la administración pública los bienes que el referido sujeto distrajo.

DECIMA TERCERA. El principal fin que se persigue con la destitución del empleo y la inhabilitación permanente del servidor público peculador; será la de impedir que aquel servidor público desleal, pueda ocupar de nueva cuenta cualquier cargo, empleo o comisión públicos en donde se le presente de nueva cuenta la oportunidad de delinquir.

DECIMA CUARTA. El servicio público es una actividad que debe desempeñarse con ejemplar decoro y procurando siempre el alcanzar de la forma más óptima los objetivos encomendados, por tal razón debe existir total compromiso por parte del servidor público para desempeñar su encargo; situación de la cual se desprende que no cualquier sujeto tiene las aptitudes necesarias para desempeñarse dentro del cargo público con tal pulcritud.

DECIMA QUINTA. El legislador no ha otorgado al Peculado la importancia que reviste; porque no toma en cuenta las consecuencias sociales que se producen por el menoscabo en el patrimonio del Estado; situación que se confirma al ver que las sanciones contenidas en el precepto legal que regula el referido delito; son demasiado tibias y no se sanciona con la necesaria rigurosidad a un delito que propicia enormes daños a nuestra nación.

DECIMA SEXTA. El peculado se distingue del robo porque en el primero, al sujeto activo del delito se le han otorgado los bienes por razón de su encargo; es decir que es poseedor de los bienes aunque sea de forma precaria; pero en el robo el sujeto activo del delito no tiene la posesión de dichos bienes y se apodera de ellos, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ellos conforme a la Ley.

DECIMA SEPTIMA. El peculado se distingue del delito de abuso de confianza; principalmente porque en el primero, el sujeto activo del delito posee la calidad de servidor público; y el delito de abuso de confianza puede cometerlo cualquier sujeto sin que sea necesario que posea la calidad de servidor público; basta simplemente con que a dicho sujeto se le confíen ciertos bienes o dinero y que los distraiga del objeto para el cual le fueron encomendados.

DECIMA OCTAVA. El peculado es un delito doloso por tal motivo, en el sujeto activo concurren el elemento volitivo, es decir la voluntad de realizar la acción considerada como delictuosa y el elemento cognoscitivo; mediante el cual el sujeto activo del delito, tiene plena conciencia de que con sus actos se encuentra cometiendo un ilícito, razón que debe ser considerada para la imposición de sanciones más severas.

DECIMA NOVENA. En la actualidad, las penas privativas de la libertad, no cumplen con su primordial objetivo, que es el de procurar que el delincuente pueda ser readaptado a la sociedad; quedando de manifiesto el total fracaso de los centros de Readaptación Social; por tal motivo es necesario imponer a los servidores públicos peculadores sanciones alternativas que sean consideradas como un castigo

ejemplar; que genere en ellos cierto temor para provocar en el sujeto la meditación de los actos antes de llevarlos a cabo.

VIGÉSIMA. El Peculado es un delito cuya comisión no ocasiona tanto impacto en la mente de los ciudadanos como lo generan delitos como el homicidio, la violación o el secuestro; motivo por el cual el legislador no se ha ocupado en establecer sanciones mas severas con las que deba castigarse; mas sin embargo debe quedarnos claro que la comisión del delito de peculado ocasionará de igual forma que los demás delitos graves daños a la sociedad.

VIGÉSIMA PRIMERA. Los emolumentos otorgados a los servidores públicos deben ser lo suficientemente decorosos para satisfacer sin problema alguno las necesidades de los servidores públicos y de sus familias; sin que dicho sueldo llegue a convertir el servicio público en un lastre para la sociedad.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Es necesario que todo aquel sujeto que desempeñe un cargo público tenga plena conciencia de que no amasará una fortuna en el puesto encomendado y que el principal requisito para desempeñar tal puesto es poseer vocación de servicio.

VIGÉSIMA TERCERA. Cuando un servidor público comete peculado, demuestra que carece de vocación de servicio, de probidad y de honestidad; por lo tanto al carecer de éstas virtudes, tan importantes para su correcto desempeño dentro del servicio público; queda demostrado que es un sujeto no apto para permanecer en él; por tal motivo no es merecedor a una nueva oportunidad; luego entonces debe ser destituido de su empleo e inhabilitado permanentemente.

VIGÉSIMA CUARTA. La multa propuesta en el presente trabajo como parte de las reformas que consideramos prudente realizar en el artículo 223 del Código penal Federal, debe ocasionar un beneficio económico al Estado y se le impone al sujeto activo del delito de peculado como una sanción gubernativa.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Administrativo. "Parte Especial". Tomo II. Porrúa. México. 1999.
2. ALFONSO, "El Sabio". Las Siete Partidas" Tomo III. Atlas. 1872.
3. AMUCHATEGUI REQUEÑA, Griselda. Derecho Penal. Segunda Edición. Oxford. México. 1990.
4. ARROYO HERRERA, Juan Francisco. Régimen Jurídico del Servidor Público. Segunda Edición. Porrúa. México. 1998.
5. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Vigésimo Primera Edición. Tomo VI. Heliasta. Argentina. 1981.
6. CARRANCÁ y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. Código Penal Anotado. Vigésimo Primera Edición. Porrúa. México. 1998.
7. CARRERA, Daniel P. Peculado. "De bienes Públicos y de Trabajos o Servicios". De Palma. Argentina. 1968.
8. CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. Cuadragésima Edición. Porrúa. México. 1999.
9. CREUS, Carlos. Derecho Penal. "Parte Especial". Tomo II. Sexta Edición. Astrea. Argentina. 1999.
10. D'ORS, Alvaro. El Digesto de Justiniano. Tomo III. Aranzadi. España. 1975.
11. DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. Vigésimo séptima Edición. Porrúa. México. 1999.
12. DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Cuarta Edición. Porrúa. México. 2001.
13. DELGADO MOYA, Rubén. Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental Comentada. Segunda Edición. Sista. México. 2004.
14. DIAZ – ARANDA, Enrique. Dolo. "Causalismo – Finalismo – Funcionalismo y la Reforma en México" Segunda Edición. Porrúa. México. 2000.
15. DÍAZ DE LEON, Marco Antonio. Tratado Sobre las Pruebas Penales. Segunda Edición. Porrúa. México. 1988.
16. ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Segunda Edición. Tomo II. México. 1991.

17. FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. "Parte Especial". Décimo Segunda Edición. Abeledo – Perrot. Argentina. 1989.
18. FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Cuadragésima Primera Edición. Porrúa. México. 2001.
19. FRANCO, Uriel. El Peculado. Temis. Colombia. 1987
20. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio de Derecho. Cuadragésimo Novena Edición. Porrúa. México. 1998.
21. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Código Penal Anotado. Décima Edición. Porrúa. México. 1992.
22. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. "Los Delitos" Vigésimo Octava Edición. Porrúa. México. 1996.
23. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. Séptima Edición. Porrúa. México. 1994.
24. GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Comentarios al Código Penal. Cárdenas. México. 1975.
25. GORDILLO MONTESINOS, Roberto Héctor. Derecho Romano. "Segundo Curso". Segunda Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. 2000.
26. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Teoría del Delito. IURE. México. 2002.
27. JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. "La Tutela Penal del Patrimonio". Tomo IV. Sexta Edición. Porrúa. México. 2000.
28. JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Segunda Edición. Tomo V. Porrúa. México. 1983.
29. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. El Peculado. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2004.
30. JUÁREZ MEJÍA, Godolfino Humberto. La Constitucionalidad del Sistema de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos Federales. Porrúa. México. 2002.
31. MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. "Teoría General de la Ley Penal, Teoría General del Delito, Teoría de la Culpabilidad y del Sujeto Responsable, Teoría de la pena". Porrúa. México. 1997.
32. MARTINEZ MORALES, Rafael. Derecho Administrativo. "1º y 2º Cursos" Cuarta Edición. Oxford. México. 2000.

33. MORAL PADILLA, Luis. Notas de Derecho Constitucional y Administrativo. Mc Graw Hill. México. 1997.
34. PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo. Derecho Romano I. Segunda Edición. Mc Graw Hill. México. 1998.
35. PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Temis. Colombia. 1960.
36. REYNOSO DÁVILA, Roberto. Introducción al Estudio del Derecho Penal. Cárdenas Editor. México. 1991.
37. REYNOSO DÁVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología. Cárdenas Editores. México. 1992.
38. SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. "Doctrina, Legislación y Jurisprudencia". Porrúa. México. 1994.

LEGISLACIÓN.

- ❖ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- ❖ Código Penal Federal.
- ❖ Ley de Transparencia.
- ❖ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- ❖ Ley de Servidores Públicos.

OTRAS FUENTES.

- ❖ Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leyes Penales Mexicanas. Tomo I. México. 1979.
- ❖ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Tomo D-H. Porrúa. México. 2000. Pág. 1527.
- ❖ Enciclopedia Jurídica Omeba. Bibliográfica. Argentina. 1967. Pág. 438.
- ❖ Diccionario de la Lengua Española, t. VI, Décimo Novena Edición.. Real Academia de la Lengua Española. España. 1970.
- ❖ Diccionario de la Lengua Española. Tomo VII. Décimo Novena Edición. Real Academia de la Lengua Española. 1970.