

403-A
24



*Universidad Nacional Autónoma
de México*

FACULTAD DE DERECHO

"ESTUDIO DOGMATICO DEL
DELITO DE PECULADO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :

Blanca Estela Hernández López

DIRECTOR DE TESIS
Lic. Carlos Daza Gómez

MEXICO, D. F.

OCTUBRE DE 1992

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO

1.1 Epoca Prehispánica.	
Derecho Azteca.....	5
Derecho Maya.....	18
Derecho Tarasco.....	24
1.2 En la época de la Colonia.....	27
1.3 En el México Independiente.....	36
1.4 Regulación del peculado en los diversos Códigos Penales.	
A) Código Penal de 1871.....	40
B) Código Penal de 1929.....	45
C) Código Penal de 1931.....	47

CAPITULO SEGUNDO: GENERALIDADES DEL PECULADO

2.1 Definición de Peculado.....	55
2.2 Naturaleza Jurídica.....	58
2.3 Bien Jurídico tutelado en el peculado.....	64
2.4 Estudio de los elementos constitutivos del peculado.....	69
2.5 Carácter Federal del Peculado, así como su persecución.....	79

CAPITULO TERCERO: CARACTERISTICAS GENERALES DEL SERVIDOR
PUBLICO.

3.1	Definición de Funcionario Público.....	92
3.2	Definición de Servidor Público.....	85
3.3	Ordenamientos Jurídicos que regulan y limitan las actuaciones de los servidores Públicos	
	A) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	88
	B) Código Penal Vigente.....	92
	C) Ley de Responsabilidades de 1939.....	96
	D) Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del D.F. y de los Altos Funcionarios de los Estados.....	102
	E) Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.....	106
3.4	Responsabilidad administrativa de los Servidores Públicos.....	111
3.5	Responsabilidad Penal de los Servidores Públicos..	114

CAPITULO CUARTO: DELITO DE PECULADO.

4.1	Concepto de Delito en General.....	123
4.2	El elemento Objetivo del peculado, la conducta....	127
4.3	Clasificación del peculado de acuerdo a la con- ducta y al resultado producido.....	138
4.4	Consumación del peculado.....	142
4.5	Causas de ausencia de conducta.....	149
4.6	El Tipo en el Peculado.....	153
4.7	Clasificación del Peculado.....	157

4.8	Elementos del tipo en el peculado.....	164
4.9	Atipicidad en el peculado.....	196
4.10	Antijuridicidad en el delito de peculado.....	198
4.11	Causas de Justificación.....	202
4.12	Imputabilidad.....	207
4.13	Inimputabilidad.....	209
4.14	Culpabilidad.....	211
4.15	Inculpabilidad.....	214
4.16	Punibilidad en el peculado.....	216
4.17	Excusas absolutorias.....	218
CONCLUSIONES.....		219
BIBLIOGRAFIA.....		223

INTRODUCCION

A lo largo de la historia, hemos observado como la detentación del poder público, motiva en muchas ocasiones al ser humano a realizar conductas ilícitas, las cuales recaen en perjuicio de la colectividad, apartándose de esta manera, del cumplimiento legal de sus obligaciones. En la actualidad, este fenómeno es conocido como corrupción, el cual ha motivado la creación de diversas medidas preventivas y punitivas, matizándose según las características de tiempo y lugar.

El delito de peculado que es el que se analiza en el presente trabajo, constituye la figura de corrupción primordial, la cual se configura por la apropiación que hace un servidor público de los caudales públicos puestos a su cargo en razón de la función misma que desempeña.

El delito en cuestión, es considerado de extrema gravedad, no solo porque lesiona directamente los intereses económicos de la sociedad, sino por dañar la estructura ética de la Administración Pública y el buen despacho de sus funciones. Constituyendo en esencia, un quebranto de las bases presupuestarias en que se pretende fijar el cumplimiento de funciones públicas.

La vulneración de los intereses colectivos por parte del servidor público del Estado que es el depositario y ejecutor de los intereses públicos; ocasionada por la traición de la confianza en él depositada, es más dolorosa e intrínsecamente

te más inmoral, así como de mayor peligro social. Serán analizados en el presente trabajo, en específico en el capítulo primero, lo relativo a los antecedentes históricos en México, respecto del delito de peculado, y de esta manera, podemos observar como ha sido necesario a través de las diferentes etapas históricas, ir modificando la legislación penal en cuanto a -- los "delitos cometidos por servidores públicos"; tratando de -- adecuarla lo más posible a la realidad social.

En el capítulo segundo, se estudian las generalidades del peculado, es decir, en el se incluyen la definición del delito en cuestión, su naturaleza y el bien jurídicos que se tutelan, etc, y de esta forma, poder tener una concepción de lo que es el "Delito de Peculado",

Ahora bien, la responsabilidad en que pueden incurrir los servidores públicos se encuentra tanto en una ley especial como en los Códigos Civil y penal, desprendiéndose, cuatro tipos de responsabilidad en que pueden incurrir dichos sujetos: Civil, política, administrativa y penal, siendo estas dos últimas objeto de estudio del capítulo tercero de la presente tesis, el cual se intitula "Características Generales del Servidor Público"; este capítulo es importante, ya que en el observamos que las funciones públicas deben desempeñarse bajo los principios fundamentales de legalidad, honradez, eficacia, -- lealtad, que se encuentran consagrados en la ley, y los cuales son quebrantados por los servidores públicos, llegando a constituirse en conductas ilícitas.

El capítulo cuarto, se refiere a lo que es el "Delito de Peculado", en el cual se hace un análisis dogmático del mismo, encontrándose consagrado dicho delito en el artículo 223 - del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, en cuyo estudio he concentrado el presente trabajo.

De esta forma, el citado capítulo, contiene el desglose de la estructura conceptual del Peculado en seis elementos concurrentes: 1) Conducta, 2) Tipicidad, 3) Antijuridicidad, 4) Imputabilidad, 5) Culpabilidad y, 6) Punibilidad, haciendo referencia al aspecto negativo de cada uno de ellos.

Es así, como realizo la presente tesis sobre peculado, como una protesta por la rapacidad de aquellos servidores Públicos que hacen de nuestro gobierno un botín, aumentando de esta manera la inmoralidad de la Administración Pública en detrimento del respeto y confianza del pueblo en sus gobernantes.

CAPITULO PRIMERO:

ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO.

EPOCA PREHISPANICA:

- A) Derecho Azteca;
- B) Derecho Maya;
- C) Derecho Tarasco.

EN LA EPOCA DE LA COLONIA.

EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.

REGULACION DEL PECULADO EN LOS DIVERSOS CODIGOS PENALES:

- A) Código Penal de 1871.
- B) Código Penal de 1929.
- C) Código Penal de 1931.

1.1 EPOCA PREHISPANICA.

1.1.1 EN EL DERECHO AZTECA, MAYA Y TARASCO.

EN EL DERECHO AZTECA.

En el derecho mexicano, existen diversas particularidades, que lo distinguen de cualquier otro sistema jurídico, - de tal manera, que el derecho tiene que ser analizado dentro de la sociedad que lo creó. No hay que olvidar que la entidad denominada "México", ha sido el resultado de un largo -- proceso histórico. El territorio que hoy conocemos como Repú**l**ica Mexicana, a finales del siglo XV, se encontraba divido; es decir, existían dos formas de organización política y cultural, una denominada Mesoamérica en la cual se encontraban las culturas que geográficamente estaban ubicadas en la zona central, las costas y la península de Yucatán, y la -- otra llamada Aridoamérica que comprende a las culturas que - se encontraban asentadas en la zona norte.

En Mesoamérica, podemos encontrar que existieron las re**g**iones: maya, oaxaqueña, la de la Costa del Golfo, la del Altiplano Central y la región de Occidente, las cuales tenían diverso grado de desarrollo. Podemos encontrar que en esta - región mesoamericana florecieron las culturas: Azteca, Maya- y Tarasca, las cuales si bien es cierto que no lograron gran des avances tecnológicos, debido a diversas circunstancias - del medio que habitaron, en otros aspectos de la vida cultural, alcanzaron un amplio desarrollo. Debido a que la estructura social de estos pueblos era compleja, su desarrollo tam bien lo era.

De esta manera,, analizaremos como era regulado el deli to que hoy conocemos como Peculado en los diversos pueblos - de Mesoamérica.

La cultura Azteca, ha recibido una mayor atención en cuanto a su sistema jurídico, respecto de las culturas que-- florecieron en la región de Mesoamérica, debido a que se - cuentan con más testimonios respecto al derecho prevalecien te en esa cultura.

Los Aztecas fueron un pueblo que lograron una profun da penetración en la zona mesoamericana, ya que buena parte de ésta, se hallaba sujeta a la hegemonía azteca.

López Austin elaboró un cuadro en el cual explica -- cuales fueron las relaciones de dependencia o interrelación de los demás pueblos con el pueblo azteca.

" Pueblos sujetos totalmente a México-Tenochtitlan, - en los cuales regía el derecho de los mexicas.- colonias mexicas , pueblos cuyo tlatoani vencido era incorporado a la - corte mexicana, territorios con gobierno autónomo, propiedad del Estado o con derechos de particulares mexicas, fuera de Tenochtitlan, antiguos señorios conquistados, en los que Tenochtitlan colocaba un funcionario para su gobierno.

Pueblos sujetos parcialmente a México-Tenochtitlan- en los que regía su propio derecho: pueblos que conservaban sus tlatoque. Los protegidos, pueblos independientes, que en calidad de aliados obsequiaban a Tenochtitlan, sin determina ción de cantidad, y a los cuales protegía el Estado denomina

do Mexica " (1)

Hay que recordar que los aztecas recibieron además de éste, otros nombres, tales como mexicas por su principal deidad Huitzilopochtli (colibrí del cielo), que igualmente se llamaba mexi; o Tenochcas, debido a que fundaron la gran Tenochtitlan.

Una vez que los aztecas fundaron la ciudad de Tenochtitlan, tuvieron su primer gobierno, el cual se encontraba a cargo de sacerdotes y nobles, posteriormente, debido a que en los demás pueblos existía una forma de gobierno monárquica electiva, tuvieron que cambiar a este sistema gubernamental; en el cual el monarca era designado por cuatro electores, quienes tenían que ser señores pertenecientes a la realeza; la facultad para elegir al rey se encontraba condicionada a la costumbre de que el designado debería pertenecer a la casa real. De esta manera el pueblo azteca tenía una forma de gobierno electiva y dinástica.

En la época Precolonial, los reinos de México, Texcoco y Tacuba, formaban una triple alianza, al frente de la cual se encontraba el señor del reino de México, pero cada uno con independencia absoluta en cuanto a su régimen interior, al respecto menciona Alonso de Zurita que:

(1) López Austin, Alfredo. La Constitución real de México-Tenochtitlan p. 16

Al señor de México habían dado la obediencia los señores de Tlaxuco y Tlacuba en las cosas de guerra, y en lo demás eran iguales, porque no tenían el uno que hacer en el señorio del otro; aunque algunos pueblos eran comunes y repartían entre sí los tributos de ellos, los de unos igualmente y los de los otros se hacían cinco partes, dos llevaba el señor de México, dos el de Tlaxuco y una el de Tlacuba. (2)

Existía en aquella época un mecanismo de control preventivo sobre los demás funcionarios de la administración pública, pudiéndose mencionar aquel que se daba sobre los jueces, consistiendo en la selección cuidadosa de quienes deberían impartir justicia.

Respecto de la selección del personal que integraría el poder judicial, es decir de los jueces, señala Fray Bernardino de Sahagún lo siguiente:

También los señores tenían cuidado en la pacificación del pueblo y de sentenciar los litigios y pleitos que había en la gente popular, y para esto elegían jueces, personas nobles y ricas y ejercitadas en los casos de guerra, y experimentadas en los trabajos de conquista, personas de buenas costumbres, que fueron criadas en los monasterios del Calme-

(2) Citado por Herrera Perez, Agustín. Las responsabilidades de los Servidores públicos, p. 19

catl, prudentes y sabios, y también criados en el palacio. A estos escogía el señor para que fuesen jueces. (3)

En la designación de sus funcionarios públicos, los aztecas tenían un especial cuidado, López Austin, señala -- que los aztecas siempre cuidaron que sus representantes fuesen hombres preparados para el desempeño de sus cargos, en especial los de gobernantes de pueblos anexados, los de jueces y los de funcionarios que atendían las necesidades administrativas del Calpulli. (4)

Otras medidas que existían para evitar la corrupción de los jueces, era la obligación que tenían de permanecer en los tribunales todo el día, además de las penas capitales -- contra los prevaricadores de la justicia, la puntualidad de su ejecución y la vigilancia del soberano, ejercida a través de las juntas periódicas con los funcionarios en las que debían dar cuenta de los litigios pendientes.

En relación a las sanciones que se imponían a los Servidores Públicos de aquella época por sus conductas ilícitas

(3) Citado por Herrera Perez, Agustín, ob.cit. p. 20-21.

(4) López Austin, Agustín, Ob. Cit. p. 54

tendientes a controlar su actuación, éstas fueron rigurosas y acordes a la gravedad e importancia que revestía la responsabilidad oficial en los reinos de México y Texcoco, dichas penas iban desde la amonestación al juez prevaricador por parte de sus compañeros, en los casos no graves, y hasta la muerte si la falta era de suma importancia, existiendo además la destitución del cargo, y la inhabilitación para ocupar uno en el futuro, así como el trasquilamiento y el derrumbamiento en su caso, cuando el funcionario tenía el vicio de la embriaguez.

Por otra parte, la demora injustificada en la impartición de justicia, los cohechos y la falta de imparcialidad en los jueces, eran punibles con la pena de muerte.

Ahora bien, tenemos que el derecho penal en la época prehispanica fué rudimentario, ya que no había alcanzado perfección en las leyes, es por ello que Kohler señala- " El Derecho Penal mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política. - El sistema penal era casi draconiano " (5).

En ésta época la religión no se encontraba en el campo de la ética, ya que ningún castigo esperaba al pecador -

(5) El Derecho Penal de Los Aztecas. Criminalia, p. 288

después de la muerte, sino que por el contrario recibía su - castigo o recompensa en el mundo terrenal, de ahí el porque era necesario amenazar y castigar en la tierra con tanta severidad.

Las leyes, los delitos y las penas, no surgen por generación espontánea, obedecen a un lento y minucioso proceso de evolución espiritual y social del hombre. La única conciencia que encontramos en la religión y la ética social azteca es el interés por la pena.

La base principal para resolver los actos antisociales era la restitución al ofendido, pero también encontramos la pena de muerte o destierro que esperaba al malhechor que ponía en peligro a la comunidad. Por esta razón, eran más terribles las leyes de los aztecas ya que no recurrían al encarcelamiento para hacer cumplir el castigo de un crimen. Sin embargo, es menester aclarar que si empleaban jaulas y cercados para confinar a los prisioneros antes de juzgarlos y sacrificarlos. (6)

En relación con la pena de muerte, Fray Diego Durán, destacó cuatro géneros de muerte con que los aztecas castigaban a los delincuentes: uno era apedrear a los adúlteros y -

(6) Vaillant, C. George. La Civilización Azteca, p. 105

echarlos fuera de la ciudad a los perros y auras, el segundo era dar muerte a los fornicadores por fornicaciones simples a las vírgenes dedicadas al templo o hijas de honrados padres o con parienta, apaleado, quemado y hechado sus cenizas al aire. El tercer género de muerte era arrastrar por el pescuezo (sic) a los delincuentes que hurtaban las cosas sagradas de los templos, echándolos además en las lagunas, la cuarta y última era degollarlos, quemarlos, arrastrarlos, empujarlos, etc.. (7).

Al respecto el DR. Carranca y Trujillo, opina: que en cuanto a los pueblos organizados sobre el territorio de México, hasta el descubrimiento (1511), las ideas más seguras de los historiadores son: la desigualdad jerárquica y social, - aristocracia guerrera y sacerdotales; -el poder religioso y militar han ido siempre juntos para el dominio de los pueblos -flotando sobre las desigualdades económicas, en una palabra oligarquías dominicales y como consecuencia la justicia penal diferenciada según las clases, con penas diversas según la condición social de los infractores. (8)

El referido autor, recuerda la existencia del "Código penal de Netzahualcóyotl" para Texcoco, en el cual se dejaba

(7) Carranca y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario, p. 32

(8) Ob. Cit. (cita del Autor), p. 39

amplia libertad al juez para fijar las penas entre las que se encontraban principalmente la de muerte y la esclavitud, las de confiscación, destierro, suspensión o destitución del empleo. A las cuales ya habíamos hecho alusión anteriormente.

A continuación, serán transcritas algunas conductas ilícitas consideradas por los aztecas en contra de la comunidad o Estado y las penas aplicables. (9)

D E L I T O

P E N A S

Traición al rey o al Estado
Encubrimiento de tal traición, por parte de los parientes.
Encubrimiento general.

Espionaje.
Rebelión del señor o príncipe, vasallo del imperio azteca, que trate de librarse de él.
Encubrimiento de los parientes hasta el cuarto grado - que habiendo tenido conocimiento de traición al soberano no lo haya comunicado

Descuartizamiento
Pérdida de la libertad (no se especifica si era cárcel o esclavitud)
La misma pena con la que se castiga al hecho delictuoso cometido o que se iba a cometer.
Desollamiento en vida.
Muerte por golpes de porra en la cabeza y confiscación de bienes.
Esclavitud.

D E L I T O

P E N A S

Uso en la guerra o en alguna fiesta de las insignias o armas reales de México, - Texcoco o Tacuba.

Deserción de la guerra

Indisciplina en la guerra.

Insubordinación en la guerra.

Cobardía en la guerra.

Robo en la guerra.

Robo de armas o insignias militares.

Dejar escapar a un soldado o guardián o a un prisionero de guerra.

Abandonar la bandera en la guerra.

Desprendimiento o cambio de los mojones puestos por autoridad pública en las tierras.

Dictar el juez sentencia injusta o no conforme a las leyes.

Relación infiel por parte del juez de alguna causa al rey.

Dejarse un juez corromper por dones (Cohecho).

Muerte y confiscación de bienes.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Degüello.

Degüello.

Muerte.

Muerte.

muerte.

Muerte.

D E L I T O

PECULADO COMETIDO POR UN -
ADMINISTRADOR REAL. -
Ejercicio de funciones de -
jueces o magistrados fuera--
del palacio.

Negativa de cumplir la sen-
tencia por parte de los -
ejecutores.

Alteración en el mercado -
de las medidas estableci--
das por los jueces.

Incumplimiento de sus ta--
reas de los funcionarios -
del mercado.

Exceso de los funcionarios
en el cobro de los tribu--
tos.

P E N A S

Muerte y confiscación de-
Bienes.

Trasquilamiento en públi-
co y destitución del em--
pleo en casos leves, y -
muerte en casos graves.

La misma pena que se nie-
ga a ejecutar.

Muerte sin dilación en el
lugar de los hechos.

Pérdida del empleo o des-
tierra.

Trasquilamiento en públi-
co y destitución en casos
leves y muerte en casos -
graves.. (9).

(9) Carrancá y Rivas, Raul, Ob. Cit, p. 27 y siguientes.

Por su parte, Carlos H. Alva, señala que las penas -- con las que se castigaban los delitos en el Derecho Penal Azteca, consistían en el destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión del empleo, destitución del empleo esclavitud, arresto, prisión, demolición de las casas, penas corporales, pecuniarias, confiscación de bienes y muerte. -- Subraya que la suspensión y destitución del empleo, así como las penas pecuniarias ya se conocían y practicaban por -- nuestros ancestros. (10).

La organización jurídica Azteca, aplicaba la pena con el fin de satisfacer un instinto primitivo de justicia en -- las diferentes clases sociales, también es de elogiarse que en este sistema rudimentario penal contaban con atenuante en ciertos delitos, como el hurto de maíz por necesidad.

El profesor Lucio Mendieta y Núñez, establece que para los aztecas los delitos de robo, abuso de confianza, --- adulterio, alcahuetería, asalto, calumnias, calumnia judicial, daño en propiedad ajena, embriaguez, estupro, encubrimiento, falso testimonio, falsificación de las medidas, hechicería, homicidio, incesto, malversación de fondos, PECU--LADO, robo, traición, etc., se recurría a una amplísima gama

(10) Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho positivo mexicano, edición especial del Instituto Nacional indigenista, p. 66

de penas, excepto la prisión. (11).

Es interesante precisar que las leyes a que hemos hecho referencia no estaban escritas, por lo que se supone se perpetuaban en la memoria de los hombres, tanto por la tradición oral como por las pinturas, además, los padres de familia instruían a sus hijos.

He aquí una observación muy importante de Clavijero, al decir, " que aún que castigaban severamente los delitos-- perjudiciales al Estado, nunca tipificaron en sus leyes primitivas los delitos que por ejemplo hoy se conocen como delitos políticos. " (12).

(11) El Derecho Precolonial, Enciclopedia Ilustrada Mexicana No. 7 p. 128

(12) Carrancá y Rivas, Raul, Ob. Cit. p. 32

DERECHO MAYA.

Entre los pueblos mas antiguos que encontramos en Mesoamérica y que llegaron a formar centros de gran cultura, se encuentran los mayas. Quienes tuvieron dos épocas de civilización, una en la región del sur, más cerca de Guatemala y Honduras, y la otra en la región del norte (Tabasco, Campeche, Chiapas, Yucatán y Quintana Roo), en donde se levantaron las ciudades de Chichen-Itzá y de Uxmal principalmente.

Durante la época del Clásico mesoamericano (entre 600 y 900 D.C.) los mayas fueron los que alcanzaron el más elevado desarrollo, y a la llegada de los españoles se encontraban en una etapa que algunos autores han caracterizado como decadencia cultural, y otros como reacomodo político con nuevas conquistas y alianzas.

Antes de estudiar el derecho de los mayas, es necesario conocer su estructura política, y de esta manera tenemos que:

A la cabeza del Estado estaba el Halach Uinic (el hombre verdadero, en maya), o cacique territorial, cargo hereditario dentro de una sola familia en cada Estado, y que pasaba del padre al hijo mayor.

La sucesión, por lo tanto se hacía del padre al hijo mayor, proviéndose la regencia de los tios paternos, si los había cuando el heredero era menor de edad.

El halach uinic, era usado también como ahau, o rey - (monarca, príncipe o gran señor).

Las facultades del halach uinic, eran muy amplias, - el era probablemente el que formulaba la política exterior o interior del Estado, con la ayuda y dictamen del consejo de Estado, compuesto por los jefes principales, sacerdotes y - consejeros especiales, nombraba a los jefes de los pueblos y aldeas, que guardaban cierta clase de relación feudal con el y los más importantes de los cuales eran casi con seguridad - sus cercanos parientes carnales.

Durante el Nuevo imperio maya, una de las atribucio-- nes más importantes del halach uinic, era el examen de los - candidatos para los cargos de gobernadores de los pueblos y aldeas, estas pruebas constituían un examen para el servicio civil, que tenían por objeto eliminar de las filas de los aspirantes legítimos a los ambiciosos, a los pretendientes indignos y a los que solicitaban los puestos con engaño.

Además de ser el halach uinic el más alto funcionario administrativo y ejecutivo del Estado, es posible que haya - sido también al mismo tiempo la autoridad eclesiástica de ma yor categoría. Ha llegado a asegurarse que la forma de go- - bierno que las ciudades-estados del viejo imperio, haya sido la de una teocracia en que los poderes más altos, civiles y religiosos, hayan estado reunidos en la persona de un individuo, que es el halach uinic, una especie de papado hereditario, si tal cosa fuere posible.

Después del ahalach uinic, venían los bataboob o jefes menores, estos eran los magistrados y los jefes locales que administraban asuntos de los pueblos y aldeas dependientes de la capital, de circunscripción territorial, que gobernaba directamente el rey.

Hasta muy entrado el período de la Colonia española, a los nobles por herencia, los llamaban los españoles señores naturales.

Ejercían en sus respectivos Distritos el poder ejecutivo y el judicial, y aún que en tiempo de guerra servían to dos bajo un supremo jefe militar llamado nacom, que desempeñaba el cargo durante tres años. Cada Batab mandaba personalmente sus propios soldados, administraba los negocios del pueblo o aldea que estaba a su cargo, presidía el consejo local y cuidaba de que las cosas se mantuvieran en buen estado y que la gente cortara y quemara sus campos en las épocas señaladas por los sacerdotes. En su carácter de juez, sentenciaba a los criminales y resolvía las causas civiles, si éstas últimas, eran de mucha importancia consultaba al halach uinic antes de dictar sentencia. Aún que al batab no se le pagaba tributo directamente, estando reservado únicamente para el halach uinic, el pueblo sostenía a los batab con lo que sembraba y hacía. Una de las obligaciones principales del batab, era velar por que su pueblo o aldea pagara puntualmente al halach uinic el tributo que le había señalado.

La categoría más baja de funcionarios, era la de los Tupiles, o alguaciles, los policías ordinarios que venían al final de la organización encargada del cumplimiento de la ley.

Entre los mayas, el lugar que ocupaba el individuo en la pirámide social era muy importante para la aplicación de las sanciones. (13)

También encontramos, que entre los mayas la clase alta así como tenía mayores derechos, también sus obligaciones eran mayores, y las sanciones que se le aplicaban a los miembros del estrato superior de la sociedad eran más rígidas -- que las que se aplicaban al pueblo.

Las sanciones además de rígidas, debían tener carácter de ejemplaridad, por tal motivo siempre su ejecución debería ser pública, algunas sanciones tuvieron carácter ritual, esto es, de purificación del delincuente.

Ana Luisa Izquierdo, "ha encontrado que las normas jurídicas mayas tenían dos orígenes: la sanción impuesta por la comunidad y la promulgación específica por parte de la autoridad". (14)

La imposición de la pena de muerte era muy frecuente, los modos de imponerla variaban en función de la situación -

- (13) Sylvanus G. Morley. La Civilización Maya. p. 185-188
(14) Cfr. González, Ma. Del Refugio, Historia del Derecho Mexicano p. 18.

social del delincuente y el delito que habia cometido. En algunos casos a la familia del delincuente tambien se le imponian sanciones como la confiscación de bienes y la esclavitud.

La esclavitud podia ser temporal o definitiva, y esta fué una sanción que se aplicaba frecuentemente al delincuente como a su familia. implicaba la prestación de servicios personales, y el que se hacia acreedor a ella podia ser vendido en el mercado, el producto de la venta pasaba a los fondos públicos. (15)

A tiempo de la conquista, coexistian la administracion pública de justicia y la privada. Los particulares podian pedir la intervencion de los órganos del Estado en determinados casos, pero en otros, las autoridades politicas y religiosas, ejercian de oficio la jurisdiccion.

Encontramos que entre los mayas, el derecho penal era muy severo, el marido ofendido podia optar entre el perdón o la pena capital del ofensor (la mujer infiel solo era repudiada).

Tambien existia la pena capital en los casos de violacion y estupro; en caso de homicidio, se aplicaba la ley del Talió, salvo si el culpable era menor, en cuyo caso la pena era la esclavitud, que tambien sancionaba el robo (grabándose en la cara de los ladrones de clase superior los simbolos de su delito).

Un mérito del primitivo derecho maya era la diferenciación entre dolo (pena de muerte) o culpa (indemnización)- en materia de incendio y homicidio. En algunos casos, la pe-

(15) González, Ma. Del Refugio, Op. cit., p. 19

na capital fué ejecutada mediante ahogamiento en el cenote - sagrado. (16)

A los adúlteros, se les castigaba de la siguiente manera: hecha la pesquisa y convencido alguno de adulterio, se ejecutaban los principales en casa del señor, y traído el adúltero, atábanle a un palo, le entregaban al marido de la mujer delincuente y si él le perdonaba, era libre, si no, le mataba con una piedra grande en la cabeza, desde una parte alta.

La pena del homicida, era morir por insidias de los parientes (de la victima) aunque fuese casual.

El hurto, pagaban y castigaban con hacer esclavos aunque fuese muy pequeño el hurto, y por eso hacían tantos esclavos, principalmente en tiempo de hambre, y si eran señores o gente principal, juntábase el pueblo prendido el delincuente le labraban el rostro desde la barba hasta la frente por los lados, en castigo, lo cual tenían por grande infamia. (17)

(16) Floris Margadant, Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. p. 16

(17) León Portilla Miguel y Co. Historia Documental de México I. p. 64

DERECHO TARASCO.

Dentro de la región de Mesoamérica, estudiaremos por último al pueblo Tarasco, que ocupó el vasto y florido reino de Michoacán.

" Encontramos que en el tiempo de la colonia, el territorio ocupado por esta raza quedó dentro de la jurisdicción de la Real Audiencia de México, formando parte del Virreinato de la Nueva España, pero las autoridades indígenas, con excepción del rey, siguieron en funciones, de tal modo que en cada pueblo había un cacique indio que ejercía directamente la autoridad como tal, y además, servía de intermediario para hacer ejecutar las órdenes de las autoridades españolas y para cobrar los tributos.

Los caciques también se encargaban de cobrar, con las autoridades de la Iglesia, todo lo relativo al Culto ". (18)

Tenemos muy pocos datos, sobre las instituciones legales y la administración de justicia entre los tarascos primitivos. La "Relación de Michoacán", dice que durante el chuatacuaro, en el vigésimo día de las fiestas, el sacerdote mayor interrogaba a los acusados que se encontraban en las cárceles ese día, y en seguida, dictaba su sentencia si se -

(18) Mendieta y Núñez Lucio. Los Tarascos. p. XLVI

trataba de personas que habían delinquido por primera vez y el delito era leve, el castigo consistía en una amonestación pública, después de la cual quedaban libres, pero los reincidentes volvían a la cárcel; y si se trataba de un delito grave como el homicidio, el adulterio, el robo o la desobediencia a los mandatos del rey, entonces la pena era la de muerte que se ejecutaba publicamente. parece que la pena de muerte, se ejecutaba privando de la vida a palos a los delincuentes; y una vez muertos, quemaban sus cadáveres. (19)

Los mayas compartían con los habitantes de la zona mesoamericana muchas de sus características, eran una sociedad claramente delimitada, un aparato burocrático que dependía del jefe Supremo (Caltzontzin), quien era la máxima autoridad política, militar, religiosa y judicial, y un aparato estatal que intervenía en forma muy amplia en la vida económica de la sociedad, sobre todo el cobro de tributos.

Entre los tarascos, el acceso a los puestos burocráticos y militares, estaba vetado a la clase baja, ya que eran hereditarios.

En realidad, poco sabemos de su derecho, ya que los únicos conocimientos que se poseen, proceden de la "Relación de Michoacán", y aquí solamente existen algunos datos sobre el matrimonio, y sobre la administración de justicia, ya que a pesar de que las funciones jurisdiccionales parecen estar sobre todo entre los miembros del aparato burocrático, el sacerdote mayor en ocasiones también administraba justicia, -

(19) Mendieta y Núñez, Lucio. Op. Cit. p. L

ejerciendo la función jurisdiccional que correspondía a ---
Caltzontzin. Sin embargo, este se reservaba la justicia pe--
nal. (20)

(20) González, Ma. Del Refugio, Op. Cit. p. 16-17.

1.2 EN LA EPOCA DE LA COLONIA.

En su origen los dispositivos legales españoles, se -- refieren a la infidelidad y al abuso de funciones, prescri-- tas ya desde el antiguo Derecho Romano y aún desde antes; -- sus autores eran castigados según la gravedad de la conducta-- ilícita; el "Repetundarum", es decir, la prevaritación consis-- te en la resolución injusta del juez, y que constituye la ba se de la cual han surgido las demás conductas punibles de -- los servidores públicos.

En la antigua Roma existieron delitos públicos y delitos privados "crimina" y "delicta" respectivamente. Los primeros de origen militar o religioso, se consideraban como creadores de peli-- gro inminente para la comunidad. Se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano y se san-- cionaban con penas públicas como la decapitación, el ahorca-- miento, etc..

Los segundos, necesariamente dañaban a un particular-- determinado o determinable; indirectamente generaban pertur-- bación social. Se perseguían a petición de la víctima y eran sancionados con una multa privada en favor de ella.

Difícilmente puede encontrarse línea divisoria tajante entre las normas penales y cualquier otra de Derecho Roma-- no, aún en los países neoromanistas, no se explica el proce-- so penal, ni el administrativo en las escuelas de Derecho. -- " Encontramos en el sistema interdictal, instituciones que --

se encuentran en una zona gris entre el procedimiento administrativo y - civil y, además, la línea divisoria entre los derechos civil y penal, -- trazada por el Derecho Romano, no coinciden con la actual". (13)

No obstante, se aprecia como la persecución de los -- delitos cometidos por servidores públicos aunque se refería a la conducta desplegada por éstos, lo cierto es que por su represión obedecía al mero acto de infidelidad cometido por personas cualificadas, más no por haberse determinado la lesión a UN DETERMINADO BIEN JURIDICO; se advierte aunque no se delimita una clara concepción de honestidad y eficacia de las funciones públicas que de existir, hacia innecesaria una legislación punitiva; en consecuencia, el Derecho Romano en la antigüedad, no precisó la esfera de aplicación del Derecho penal.

Con los antecedentes señalados, y ante la necesidad - de salvaguardar los intereses de la Corona Española en los - territorios conquistados en el llamado Nuevo Mundo, en el - año de 1501 y bajo el reinado de Isabel la Católica, nació - la institución denominada JUICIO DE RESIDENCIA.

En la recopilación de las leyes de Indias, libro 5º, - título 15 denominado " De las residencias y jueces que las - han de tomar ". La ley primera dispone la residencia de los-

(13) Floris Margadant, Guillermo, El Derecho Privado Romano p. 138.

virreyes para substanciar en un término de seis meses con el propósito de asegurar la quietud de los ministros y vasallos de las Indias, es decir, que éstos estuviesen en conocimiento del buen desempeño de las funciones del virrey; la ley tercera, previene que a los presidentes, oidores y alcaldes del crimen promovidos de una audiencia a otra, se les debe seguir juicio de residencia antes de salir de las ciudades en que residan; la ley cuarta contempla los supuestos relativos a la remoción de gobernadores designados por tiempo indeterminado, a quienes el juicio debe seguirse ante la audiencia del distrito en que residan y, si son perpetuos (Ley Quinta), el juicio debe realizarse cada cinco años.(14)

La importancia del juicio de Residencia, institución netamente española, se destaca por garantizar la correcta administración y control de los lejanos territorios americanos, conquistados por España.

El Juicio de Residencia tenía una finalidad, que era la de comprobar que las disposiciones administrativas y políticas de la Corona Española se cumplieren, sin impedir a sus funcionarios el desempeño de sus funciones. Este juicio, sirvió para evitar en lo posible, los males de una administración que, por cierto, actuaba lejos de los órganos competentes originarios.

(14) Cárdenas Raul F. La Responsabilidad de los Funcionarios Públicos. p. 13

Por otra parte, la substanciación del Juicio de Residencia, no significaba de manera alguna ofrenda para las personas sujetas a dicho juicio, pero claro, cuando no existía ninguna responsabilidad era motivo de honor y satisfacción, de tal suerte, que el juicio de residencia no era visto con desagrado por los servidores públicos seguros de haber procedido con honestidad.

Resumiendo, el juicio de Residencia era el medio del cual se valía la Corona, para calificar el desempeño de las funciones encomendadas a los servidores de ésta, consistiendo en un acto posterior a su actuación, que generalmente tenía a evidenciar lo ilícito de su conducta, sancionándola a efecto de prevenir el incorrecto desempeño de las funciones públicas.

Empero, su seguimiento aún y cuando diera origen a una causa criminal no establecía de manera alguna la posible afectación de un interés de carácter público, sino, que meramente atendía al desvío de la conducta del servidor y a la deshonestidad de éste, es decir, se castigaba la desobediencia a los principios marcados por la Corona, lo que constituía en sí más que la lesión de un bien jurídico un acto de infidelidad. El juicio de Residencia era el indicador de la posible afectación de un bien o interés público, pero en última instancia, eran las disposiciones penales las encargadas de determinar si existía o no la afectación de éste, como consecuencia del actuar ilícito del servidor público.

La Colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano. Se creó una legislación distinta, las nuevas leyes fueron como filtros por las que pasó la cultura europea en particular la española.

Sin embargo, en ésta época se confundía a la Justicia del Santo Oficio con la del Estado, la primera tuvo vigencia a partir del 27 de Junio de 1535, quince años después de la conocida como la "Noche Triste".

Para la aplicación de la primera, recibió el título de inquisidor apostólico, Fray Juan de Zumarraga, que lo facultaba a perseguir "... a todos o cualquier persona, así como hombres y mujeres vivos o difuntos o ausentes o presentes de cualquier estado o condición, prerrogativas y preeminencias, dignidad que fueren o hubiesen sido en toda la diócesis de México y que se hallasen culpables, sospechosos o infamiados de herejía y apostasia y contra todos los factores defensores o receptores de ello ". (15).

Las penas que habitualmente se aplicaban era el ahorcamiento, incineraciones, descuartizamientos, cortar las manos y exhibirlas por ser el instrumento del delito, además de obtener confesiones por medio de torturas inhumanas.

(15) Carrancá y Rivas, Raul. Derecho Penitenciario.
p. 69

Dentro de la legislación estatal existía entre otras, la ley 2 del título I del libro II de las leyes de las Indias que disponía: "... En todo lo que no estuviese decidido o declarado por las leyes de esta recopilación o por cédulas provisionales u ordenanzas dadas y no revocadas por las indicadas, se guardan las leyes de nuestra reina de Castilla, conforme a las del Toro, así en cuanto a la substancia, resolución y desición en los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar ".

El Derecho Indiano fué el principal, el vigente, mientras que el Derecho de Castilla fué supletorio, la recopilación de las leyes de los reinos de las Indias fué el cuerpo principal de las leyes que complementaba con los autos acordados hasta Carlos III, porqué después se inició una legislación especial más sistematizada, como las ordenanzas de Intendencia y la de los Minerales. Estas leyes fueron la recopilación de los ordenamientos concernientes a la administración y el gobierno de los territorios del Nuevo Mundo, debido a que Felipe II en el año de 1570, ordenó un estudio de la documentación real y de los autos de gobierno expedidos para el de las Indias, así como la formulación de un solo cuerpo en el que se aclaran las disposiciones dudosas y conciliando las contradictorias. Fué en el año de 1680, en Madrid, cuando se publicó la recopilación de las leyes de los reinos de las Indias, mandadas imprimir y publicar por el Rey Don Carlos II. (16).

(16) Carrancá y Rivas, Raul. OB. Cit. p. 135.

Esta recopilación se compone de IX libros, divididos en títulos, integrados por buen número de leyes cada uno. -- No obstante, que las leyes penales se encuentran difusas en toda recopilación, el libro VII, se compone de ocho títulos y trata de derecho penal y de materia de policía y prisiones relacionadas con él. De ésta manera, tenemos que el título I, trata de los pesquisidores y jueces de comisión, que eran jueces especiales que en casos extraordinarios y de urgencia podían enviar las audiencias y los gobernadores.

El título II, trata de los juegos y jugadores.

El título III, de los casados y desposados en España e Indias, que están ausentes de sus mujeres y esposas.

El título IV, trata de los vagabundos y gitanos, disponiendo que a todos se les obligue a trabajar y que a los vagos incorregibles " échenlos de la tierra y envíenlos a Chile o a Filipinas, u otras partes ". Los gitanos, con sus mujeres, hijos y criados, debían ser expulsados de las Indias.

El título V, contiene en 29 leyes, la cruel legislación contra los negros, mulatos y mestizos, y su base es la diferencia de condición legal según la raza. Los negros y mulatos estaban sujetos a tributo, podían ser condenados a la pena de trabajo en las minas y se les prohibía tener indios a su servicio, tener armas, andar de noche por las ciudades y reunirse en número que no fuese muy corto, a las negras, y mulatas, se les restringía el uso de alhajas y galas.

Los títulos VI y VII tratan de las cárceles, y fijan para su establecimiento y gobierno reglas para la rápida administración de justicia.

El título VIII, de los delitos y penas y su aplicación, contiene 28 leyes.

De esta manera, podemos observar que en este catálogo no encontramos enunciación alguna del delito de peculado. (17)

Otro Cuerpo importante de leyes vigentes en la época a estudio, lo constituyen las ordenanzas, códigos, Instrucciones, leyes de Cortés y provisiones Reales que fueron dictadas de 1628 a 1677, entre éstas, las ordenanzas para la dirección, Régimen y Gobierno del Cuerpo de Minería de la Nueva España y de su tribunal, que se le atribuye a Joaquín Velázquez León, y contiene disposiciones penales especiales, se sanciona el hurto de metales. Y en cuanto a la competencia, si la falta era leve se les concedía jurisdicción al Tribunal y a las Diputaciones, si era grave la situación cambiaba ya que la imposición de la pena ordinaria era la mutilación del miembro u otra que fuere aflictiva.

Dentro del Derecho Supletorio compuesto entre otros, por los fueros reales, las Partidas y Leyes de Toro, se encuentra la partida de "Setena", que comprendía en forma general, disposiciones de Derecho Penal, pudiéndose considerar como un código penal, con independencia de la que en forma dispersa aparecen en otras partidas, ya que no se siguió una clasificación estricta de las materias.

(17) S. Macedo, Miguel. Apuntes para la Historia del Derecho penal Mexicano. p. 171-172.

En esta partida "Setena" en donde se encuentran ya - por primera vez, referencias en particular al delito de peculado; así, la ley séptima, disponía que a los oficiales del rey que sustrajeran o encubrieren la distracción de los caudales públicos, se les impondría la pena de muerte y la ley-18 establecía al respecto que los jueces podían imponer la - pena de muerte a los asaltadores, piratas, ladrones, sacrilegos y funcionarios culpables del delito de Peculado.

1.3 EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.

El Estado Mexicano en la época Independiente, le dió primordial atención a su derecho constitucional y administrativo y en el campo penal, sólo impuso una reglamentación sobre portación de armas, bebidas alcohólicas, vagancia y organización policiaca. por lo tanto, los problemas penales debían solucionarse a través de los textos constitucionales.

Al adoptar el Estado el sistema Federal de nacimiento en el artículo 4° constitucional a las legislaciones locales o estatales y a la federal; apareciendo el primer código Penal que se conoció en México, el de 1835 del Estado de Veracruz, que tomó como base fundamental el Código Español de 1822.

Los Constituyentes de 1857 y los legisladores de 1860 y 1864, sentaron las bases para la creación de un derecho Penal propio, al establecer Benito Juárez, el Gobierno Republicano y al poner en vigor en mayo de 1869 en el Estado de Veracruz los Códigos Civil, penal y el de procedimientos, encontrándose por primera vez una unidad legislativa mexicana independiente.

No fué hasta pasados tres siglos de dominación Española y a raíz de la independencia de nuestro país, que comenzó a surgir una verdadera legislación acorde al tiempo y a la realidad del país, una legislación que si bien estaba influenciada por muchas otras, constituía el primer esfuerzo -

patrio por establecer un orden jurídico. Consecuentemente se vió la necesidad de establecer un régimen jurídico especial, dirigido a aquellas personas que tenían a su cargo la salvaguarda de ese orden jurídico, el cual se confía a la administración pública y por obvia importancia se regula y sanciona a sus integrantes a nivel constitucional.

CONSTITUCION DE 1824.

La Constitución de 1824, prevé un régimen de responsabilidad para los servidores públicos en el que cualquiera de las dos cámaras integrantes del Congreso de la Unión, podía conocer, en calidad de gran jurado, sobre las acusaciones del presidente por los delitos de traición, contra la independencia nacional, cohecho y soborno cometidos durante el tiempo de su empleo, así como el impedir la celebración de elecciones de presidente y diputados o que éstos presten sus servicios, así como impedir el ejercicio de cualquiera de las facultades propias de las cámaras. También conocía de las acusaciones contra los miembros de la Corte Suprema de Justicia y los secretarios del despacho, por cualquier delito cometido durante el tiempo de sus empleos.

Asimismo, las Cámaras conocían de las infracciones a la Constitución y a las órdenes del Presidente contrarias a la constitución cometidas por los gobernadores de los Estados o por publicación de leyes o decretos de las legislaturas estatales contrarias a la Constitución (artículo 38).

La Constitución de 1824, ya establecía que en los casos de acusaciones del orden criminal en contra del Presidente de la República, secretarios de Despacho, miembros de la Corte Suprema, y gobernadores de los Estados, senadores y Diputados, la cámara que conociese de la acusación (conocían indistintamente excepción hecha de las acusaciones en contra de los senadores y diputados en cuyo primer caso se presentaría la acusación ante la cámara de Diputados y en caso de acusación en contra de un diputado, debería conocer la Cámara de Senadores), debería declarar por dos tercios de los votos, si había o no lugar a la formación de la causa y; en su caso, si el servidor quedaba separado de su empleo y a disposición de los tribunales correspondientes (artículo 39).

CONSTITUCION DE 1857.

El título IV de la Constitución de 1857, con el epígrafe "De las Responsabilidades de los Funcionarios", señala que los Diputados al Congreso de la Unión, los miembros de la Suprema Corte de Justicia y los secretarios de despacho, son responsables por los delitos cometidos durante el tiempo de su encargo, previa declaración del congreso, por mayoría de votos, de haber lugar a proceder en contra del acusado, al igual que el Presidente de la República pero con la salvedad de que éste sólo podía ser acusado por los delitos de traición a la patria y delitos graves del orden común (artículos 103 y 104).

En cuanto a los delitos oficiales, es decir, aquellos contra la administración o economía públicas, el Congreso -- conocía como jurado de acusación y la Suprema Corte como jurado de sentencia. El jurado de acusación debía declarar, por mayoría absoluta, si el acusado era o no culpable y, en su caso, quedaba separado de su cargo y a disposición de la Suprema Corte DE Justicia para que por mayoría de votos aplicara la sanción de acuerdo con la ley (artículo 105), asimismo, señalaba que una vez pronunciada la sentencia no era posible conceder la gracia del indulto.

1.4 REGULACION DEL PECULADO EN LOS DIVERSOS CODIGOS PENALES.

A lo largo de la historia de México, hemos podido observar que desde la época prehispánica, se han regulado los delitos cometidos por servidores públicos, pero debido a lo extenso que es nuestra historia, en el presente capítulo serán estudiados exclusivamente los ordenamientos que respecto al delito de peculado ha regido desde el movimiento de independencia hasta nuestros días, como son los siguientes:

A) CODIGO PENAL DE 1871.

Al consumarse la independencia; el estado naciente de ésta, tenía como interés primordial el legislar sobre su ser y sus funciones; por tal motivo el empeño legislativo se encontraba dirigido al derecho constitucional y al administrativo, en consecuencia las leyes que resolvían problemas de tipo penal eran escasas, ya que se tomaba como base la legislación heredada de la Colonia.

De esta manera conjunta, tanto los constituyentes de 1857, como los legisladores de diciembre 4 de 1860 y diciembre 14 de 1864; sentaron las bases de nuestro derecho penal; así encontramos que el Estado de Veracruz fué el primero que puso en vigor sus propios códigos, tanto civil, penal y de procedimientos, el cinco de mayo de 1869.

Al ocupar el Presidente Juárez la capital de la República en 1867, encontrándose en la Secretaria de Instrucción pública el licenciado Antonio Martínez de Castro; procedió a organizar y presidir la Comisión redactora del primer código Penal Federal Mexicano, que fué aprobado y promulgado el 7 - de diciembre de 1871; en el cual en la exposición de motivos el licenciado Martínez de Castro manifiesta lo siguiente:

" solamente por una casualidad muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro; según dice Montesquieu; pero puede asegurarse que es absolutamente imposible que ese fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, porque el solo transcurso del tiempo será entonces causa bastante para que por buenas que esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quien se dictaron ".

El Código en cuestión, empezó a regir el primero de abril de 1872, en el Distrito Federal y en el territorio de Baja California. El antecedente de éste, lo encontramos en el Código Español de 1822.

El Código de 1871, se compone de 1151 artículos, en los cuales uno es transitorio y fué decretado por el congreso de la Unión y promulgado por el Presidente Benito Juárez. En él se establece que la moral, fundada en el libre albedrío la inteligencia y la voluntad, constituye la base de la responsabilidad penal; asimismo se catalogan las atenuantes y las agravantes, la pena se caracteriza por tener un carácter retributivo y se acepta incluso la de muerte; de igual manera se formula una tabla de probabilidades de vida para los efecu

tos de la reparación del daño por homicidio.

El Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1871; en su libro III, título undécimo; el cual es relativo a los "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones" capítulo V del "peculado y concusión", se estableció lo siguiente:

Artículo 1026.- " Comete el delito de peculado:

Toda persona encargada de un servicio público, aún que sea en comisión por tiempo limitado y no 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 cualquier otra causa " .

Artículo 1027.- " No servirá de excusa al que cometa el delito de peculado; el haber hecho la distracción con ánimo de devolver con sus réditos o frutos, aquello de que dispuso " .

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 o dos años de prisión y multa de doscientos a mil pesos, cuando el valor de lo sustraído pase de cien pero no de quinientos pesos.

III- cuando pase de quinientos se aumentarán a las penas de la fracción anterior, dos meses más de prisión y cien pesos de multa; por cada cien pesos de exceso; sin que la prisión pueda exceder de doce años, ni de dos mil pesos la multa;

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

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 al castigo, pues entonces, en vez del tiempo de prisión de que habla la fracción susodicha, se le impondrán cuatro años ".

Artículo 1030.- " Las penas de que hablan los artículos anteriores, se reducirán a arresto menor, si dentro de los tres días siguientes a áquel 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 tercera parte de la que corresponda con arreglo a dichos artículos.

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

Artículo 1031.- " El conato de peculado se castigará con la pena de destitución del empleo ".

En 1912; la comisión presidida por el licenciado Miguel S. Macedo, presentó un proyecto de reformas al Código de 1871, el cual quedó de la siguiente manera en lo que respecta al delito de peculado.

A) Toda vez que conforme al artículo 1026, para la configuración del delito de peculado se exigía el dolo; lo cual era sumamente difícil de probar, se hizo necesario suprimir la palabra "dolosamente"; ya que se presume que las personas que cometen este delito tienen pleno conocimiento de sus actos.

B) Asimismo, se adicionó al referido artículo, las cosas pertenecientes a los Estados, ya que antes no comprendía a éstas como objeto del peculado.

C) Por otra parte, el término que se encontraba previsto en el artículo 1030 que es de tres días para que el responsable en la comisión del peculado devuelva lo sustraído; como excusa atenuante, se aumentó hasta diez días para favorecer los buenos resultados prácticos.

D) De igual forma se adicionó al capítulo de peculado una disposición la cual tuvo " por objeto establecer responsabilidad penal para los funcionarios que por falta de cumplimiento de los deberes que les imponen las leyes o reglamentos, o por negligencia grave, dan ocasión a que otros cometan peculado ". (18)

(18) Trabajos de Revisión, Código Penal, proyecto de Reforma y exposición de motivos. Secretaría de Justicia, Comisión revisora del Código penal (1914) T. IV, p. 752.

B) CODIGO PENAL DE 1929.

En 1925, después de las reformas al Código penal de 1871; fueron designadas nuevas comisiones revisoras del Código, que en 1929 concluyeron con su trabajo. De ésta manera el presidente Portes Gil, en uso de facultades conferidas por el Congreso de la Unión; por Decreto del 9 de febrero de 1929; expidió el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, el 30 de Septiembre de 1929, el cual contiene -- 1233 artículos, siendo cinco de estos transitorios.

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo opina que:

" Muy al contrario del Código Penal de 1871, el de 1929 padece de graves deficiencias de redacción y estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos y hasta de contradicciones flagrantes, todo lo cual dificultó su aplicación práctica ". (19)

El licenciado José Almaraz, a quien se le atribuye la creación del Código penal de 1929 (Código de Almaraz), reconoció que el Código, " es un Código de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a encomiendas importantes " .. (20); asimismo, nos señala que dicho código " es el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente-- contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones ". (21)

(19) Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano parte General, p. 128

(20) Exposición de motivos del código penal de 1929, p. 25

(21) Ibidem. p. 25

En este código, se suprime la pena de muerte. En lo referente al Delito de Peculado, el código en comento, en su título vigésimo primero, capítulo I " Del peculado de la Concusión "; reguló al delito que nos ocupa en los términos siguientes:

ARTICULO 1219.- " Comete el delito de peculado: toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario, que - para usos privados o ajenos, distraiga de su objeto el dinero valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente a la Nación, a un Estado, a un municipio o a un particular; si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por cualquier otra causa " .

ARTICULO 1220.- " No servirá de excusa al que, cometa el delito de peculado, el haber hecho la distracción con ánimo de devolver con sus réditos o frutos, aquello de que dispuso " .

ARTICULO 1221.- " El peculado se sancionará del modo siguiente: I.- Con arresto por más de seis meses y multa diez a -- veinte días de utilidad, si el valor de lo sustraído no pasare de cien pesos;

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

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

IV.- Además de las sanciones que hablan las fracciones anteriores, se impondrá en todo caso la 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 ".

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

ARTICULO 1223.- " Las sanciones de que hablan los dos artículos anteriores, se reducirán a arresto hasta por seis meses -si dentro de los diez días siguientes a aquel en que se descubrió el delito, devolviere el reo lo sustraído.

Pero cuando haga la devolución después de ese tiempo -y antes de que recaiga una sentencia definitiva, la sanción -se reducirá a la tercera parte de lo que corresponda con --arreglo a dichos artículos.

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

ARTICULO 1224.- " El conato de peculado se sancionará con --destitución de empleo. "

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

El maestro Carranca y Trujillo, nos dice que " el mérito principal del Código de 1929, no fué otro que el de proyectar la integral reforma penal mexicana, derogando el venerable texto de Martínez de Castro y abriendo cause legal a las corrientes modernas del Derecho penal Mexicano" (22).

C) CODIGO PENAL DE 1931.

Debido a los defectos de funcionamiento del Código -- Penal de 1929, el Licenciado Portes Gil, designó una nueva-comisión redactora; quien elaboró el Código Penal del Distrito Federal en materia de fuero común y de toda la República-- en materia federal; promulgado el 13 de agosto de 1931 por -- el Presidente Pascual Ortiz Rubio.

El Código en cuestión, consta de 404 artículos y tres transitorios, en el no se hace una exposición de motivos.

En cuanto al Código Penal vigente, el capítulo que -- corresponde al peculado, ha sufrido diversas reformas, que -- son originadas por las necesidades prácticas y legales de -- nuestro país. Dichas reformas son las siguientes:

1a. Por decreto de 29 de diciembre de 1943, publicado en el Diario Oficial de la Federación, número 21 de 24 de marzo de 1944, y a fin de " reprimir con mayor severidad la disposición indebida de bienes pertenecientes a aquellas personas --

(22) Carranca y Trujillo, Raul, Ob. Cit. p. 130

morales en las que el Estado tiene un interés cultural o pecuniario ". (23)

El artículo 220 se modificó en la siguiente forma:

ARTICULO 220.- " Comete el delito de peculado: cualquiera -- persona que para usos propios o ajenos, distraiga de su objeto el dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente a alguno de los organismos que a continuación se enumeran, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por cualquier otra causa:

I.- De cualquier institución, empresa, organismo o establecimiento creado por el Estado y en que el mismo se hubiere reservado una participación en la dirección o administración
II.- De las universidades que gocen de subsidio de la Federación, del Distrito o Territorios Federales ". (24)

2a) Por decreto de 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de 3 de enero de 1946, y en virtud de que las conductas peculosas cometidas por los encargados de servicios públicos descentralizados, no quedaban típicamente descritas en el original artículo 220 del Código Penal en referencia, hubo necesidad de reformar nuevamente dicha disposición, quedando como sigue:

- (23) Sesión de la Cámara de Diputados efectuada el 29 de diciembre de 1943, Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, XXXIX Legislatura, - año I, T. I, núm. 37, p. 6-7
- (24) Diario Oficial de la Federación de 24 de marzo de 1944, p. 1 y 28.

ARTICULO 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 propios o ajenos, - distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa " .

En lo que respecta a la penalidad del delito de peculado, se dispuso que:

ARTICULO 219.- " Al que cometa el delito de peculado se le aplicará 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" .

ARTICULO 221.- " La sanción será de uno a seis meses de prisión si, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se descubrió el delito, devolviere el reo lo sustraído .

Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución, de la inhabilidad y de la multa correspondiente " .

" No obstante que la consumación del delito impondría en rigor la aplicación sin variantes de las penas prescritas en el artículo 219 del Código Penal se atenden, exclusivamente por el interés pecuniario del Estado, alentando al agente a reparar el daño, en forma pronta y total, así como porque por el hecho de la devolución de lo sustraído se repara dicho daño, y el agente no obtiene lucro " . (25)

(25) Carrancá y Trujillo Raul y Carranca Y Rivas Radl, Código penal anotado, p. 493-494.

3a) Por decreto de 27 de diciembre de 1979, publicado en el Diario Oficial número 2 de 3 de enero de 1980, nuevamente -- fueron reformados los artículos 219 y 220, quedando de la si guiente manera:

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

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

Mediante esta reforma y debido a que resulta imperan te un aumento cuantitativo de la pena acorde a la realidad, - se estableció para los casos graves de peculado, una sanción corporal de uno a doce años de prisión y una multa pecunia-- ria de mil a cien mil pesos. Asimismo, siguiendo un criterio de proporcionalidad de la pena en relación a la conducta y - al daño causado, se agregó un párrafo al artículo 219, con - el fin de imponer una sanción correlativa en aquellos casos- en que el daño económico no es grave y generalmente el res-- ponsable del delito es un empleado menor, estableciéndose co mo límite económico del daño causado, el equivalente a seis- meses de salario mínimo para evitar la ineficacia de la nor- ma por razón de las fluctuaciones monetarias.

ARTICULO 220.- " Comete el delito de peculado todo funcionario, empleado o encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea por comisión por tiempo limitado y 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.

Este decreto derogó el artículo 221 que imponía una - penalidad sumamente atenuada a los peculadores que devolvían lo sustraído dentro de los diez días siguientes a aquél en - que se descubrió el ilícito, por considerarse que aunque la - devolución de lo sustraído repara el daño pecuniario, con di - cha devolución no se resarce el daño ocasionado por el incum - plimiento de los deberes de lealtad y patriotismo; además de que resultaba injusto que a los funcionarios prevaricadores - se les otorgara un trato más benévolo que el dispensado a - los autores de los delitos patrimoniales. Esta derogación tu - vo como finalidad más que nada, fortalecer el crédito moral - de la autoridad, dado que el tratamiento procesal atenuante - había creado un clima de insatisfacción y desaliento tocante a la administración de justicia.

4a) Por decreto de 30 de diciembre de 1982, publicado en el - Diario Oficial número 3 de 5 de enero de 1983, los dispositi - vos del peculado fueron objetos de un notable cambio, quedand - o tipificado y sancionado en términos del actual artículo - 223, Capítulo XII del "Peculado", título décimo relativo a - " Delitos cometidos por servidores públicos ", Libro segundo del Código Penal, de la manera siguiente:

ARTICULO 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, o a fin de denigrar a cualquier persona.

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

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

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

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente, no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito o no sea valuable, se impondrá de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente

en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito se impondrán de dos 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 ".

En virtud de que la legislación penal federal y del Distrito Federal definió hace más de medio siglo la materia de responsabilidades de los servidores públicos, fué necesario e impostergable modernizarla conforme a los nuevos lineamientos operantes, ampliándose, como consecuencia, el tipo de peculado.

CAPITULO SEGUNDO.

GENERALIDADES DEL PECULADO.

DEFINICION DE PECULADO

NATURALEZA JURIDICA

BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL PECULADO

ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL PECULADO

CARACTER FEDERAL DEL PECULADO, ASI COMO SU PERSECUCION.

2.1 DEFINICION DE PECULADO.

La palabra peculado proviene del latín *peculatus*, de *peculium*, caudal. Su etimología en principio, deriva comúnmente de *pecore* (ovejas) y también de *peculare*, que significa robar del *peculio* ajeno. A su vez *peculium* (caudal) y *pecunia* (dinero) emparentan, siendo *pecus* ganado su raíz común. (1)

Por su parte, el maestro Daniel P. Carrera, menciona en lo que respecta al peculado, " que originariamente fué -- el delito de quien se apoderaba del ganado público, porque -- antiguamente era el ganado el que servía al Estado y a los -- particulares como medio de cambio y común medida de los valores ". (2)

El Diccionario Ideológico de la Lengua Española, señala que el peculado " es un delito que consiste en el hurto -- de caudales públicos, hecho por aquel a quien está confiada -- su administración ". (3)

- (1) Cfr. Juan Palomar de Miguel, Diccionario para Juristas, p. 993; Raul Carrancá y Trujillo, y Raul Carranca y Rivas, Código penal Anotado, p. 494.
- (2) Daniel P. Carrera, Peculado, p. 2
- (3) Julio Cázares, Diccionario Ideológico de la Lengua Española, p. 632.

Teodoro Mommsen en su obra EL DERECHO PENAL ROMANO, señala lo siguiente: " llamábase depeculatus o peculatus, el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado, y se le daba este nombre, porque antes de que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase ". (4)

El antecedente más remoto del peculado lo encontramos en la Ley Julia Peculatus " Lege Julia Pecularit, interceptit " (Libro XLVIII, título 13, L. 4), asimismo, existió la ley Julia de residuis, que fué distinta a la anteriormente referida. La diferencia entre el delito de residuos y el peculado fué, que en tanto el peculado era el hurto del dinero público, de manera contraria se consideraban reos de residuos a los administradores que después de haber hecho las cuentas, hacían la retención del dinero que tenían que presentar, como resto de caja.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 223 del Código Penal Vigente, el delito de peculado puede ser definido en función de:

1) La distracción de su objeto para usos propios o ajenos de dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, -

(4) Teodoro Mommsen, El Derecho Penal Romano, p. 223.

el cual por razón de su cargo los ha recibido en administración, en depósito o por otra causa.

2) La utilización indebida de fondos públicos, o el otorgamiento de algún acto de uso indebido de atribuciones y facultades, hecho por un servidor público con el objeto de promover su imagen política o social, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

3) La solicitud o aceptación de cualquier persona para promover la imagen política o social de un servidor público, la de su superior jerárquico de éste, o de un tercero, o para denigrar a cualquier persona, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades.

4) La distracción de su objeto para usos propios o ajenos, o la aplicación distinta a la debida de recursos públicos federales, realizada por la persona que sin tener el carácter de servidor público federal, tenga obligación legal de custodiarlos, administrarlos o aplicarlos.

El Peculado en su esencia jurídica es el delito que -- consiste en la apropiación de los bienes pertenecientes al patrimonio de la administración pública, la cual es realizada por el servidor público que los tiene bajo su cargo, en razón de la función que desempeña.

2.2 NATURALEZA JURIDICA.

Debido a la evolución histórica que ha tenido la figura del peculado, ha influido de manera notable en las diversas disposiciones doctrinales que al respecto se han emitido, es por esto, que determinar la naturaleza jurídica de dicho delito, resulta complicado.

De esta manera, las tesis doctrinales más importantes - que en torno a la naturaleza jurídica del peculado se han adoptado son las siguientes:

1) Delito Contra la Fé Pública.- En Roma, el peculado se establecía atendiendo a la calidad de los bienes, pero varía, pues considera ya otro valor, la fe traicionada o la facilidad para delinquir.

" La fe pública asume otra forma particular cuando la Nación y sus legítimos representantes han tenido fe en la probidad de algún individuo, y ésta se ha manifestado confiándole el dinero público. Si éste se apropia maliciosamente de todo o parte de ese dinero, quiebra la fe pública, vale decir, la fe que toda la sociedad tuvo en él al poner en sus manos aquellos capitales que provenían del patrimonio de todos los asociados y debían ser utilizados en beneficio de ellos, y así se ha traicionado la fe de todos ". (5)

Esto es lo que nos señala Don Francesco Carrara, en el Tomo 9º correspondiente al "programa de Derecho Criminal", - citado en la obra del maestro Antonio de P. Moreno.

(5) Antonio de P. Moreno. Curso de Derecho Penal Mexicano p. 542.

En Esta doctrina encontramos que lo que se ha violado - en el peculado, no es una confianza privada, si no que por - el contrario, ha sido violada la confianza pública, y de esta manera, el peculado se clasifica dentro de los delitos - contra la fe Pública.

2) DELITO CONTRA LA PAZ PUBLICA.- La doctrina francesa llama al peculado delito de función, toda vez que existen requisitos legales para determinar la calidad del sujeto activo, -- por tal motivo lo ubica como un delito contra la paz pública ya que al cometerse éste el encargado público engaña al go-- bierno y al público.

3) DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA.- Podemos encon-- trar que el peculado en esta doctrina, es clasificado como - un delito que altera el regular desenvolvimiento de la actividad de interés colectivo, que la administración pública de sarrolla.

Afirma Vincenzo Manzini : " que el objeto específico de la tutela penal del peculado, es el interés público concerniente al funcionamiento normal de la administración pública en sentido lato, en cuanto atañe particularmente a la seguridad patrimonial de los bienes pertenecientes a dicha administración pública, encomendados por razón de oficio o ser vicios a oficiales públicos o a encargados de servicio público. Por lo demás, el interés protegido no tiene carácter meramente patrimonial ". (6)

(6) Manzini, Vincenzo, Tratado De Derecho Penal, T. 8 Vol. III, p. 135.

El Código Penal acepta que el peculado es un delito - contra los deberes de la función pública, por lo cual puede apreciarse en el contenido del Título Décimo del Libro Segundo, relativo a los "delitos cometidos por servidores públicos", de esta forma la represión del peculado se orienta a tutelar el debido cumplimiento de deberes que la función pública genera para quienes la ejercen.

Francisco González de la Vega, afirma en lo que respecta a la naturaleza jurídica del peculado " que es infracción de la misma naturaleza que el abuso de confianza, tipificada especialmente: a) por su carácter público, b) para reprimirla con mayor severidad, y c) para demarcar su persecución de --oficio ". (7)

Difiriendo de esta tesis, considero que el abuso de confianza proveniente de cualquier título privado que la transmite, y el peculado se va a referir siempre a la razón del cargo que ocupe la persona, de igual manera el peculado se puede recaer en bienes muebles o inmuebles, en tanto que conforme al artículo 382 del Código Penal, el abuso de confianza es exclusivo de bienes inmuebles.

4) DELITO CONTRA LA PROPIEDAD.- En el pueblo Romano el peculado se presentó como un hurto agravado por la calidad de -- los bienes sobre los cuales recaía, esto propicio que el peculado fuera considerado como un delito contra la propiedad.

(7) GONZÁLEZ DE LA Vega, Francisco, Código Penal Comentado p. 301

5) DELITO CONTRA LA PROPIEDAD QUE ADMITE LA CONCURRENCIA DE OTRO INTERES JURIDICO PREVALECIENTE.- A lo largo del proceso histórico, hemos encontrado que el delito de peculado tutela un interés doble: ya que por un lado protege los interés patrimoniales del fisco, y por el otro el deber de probididad de los funcionario públicos, y esta doctrina sostiene que el deber de probidad que exige la función pública, es lo que en realidad constituye el interés protegido por el peculado.

6) DELITO CONTRA LOS DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA.- Esta corriente tiende a ver en el peculado un quebranto de deberes funcionales, basando su ubicación exclusivamente en la transgresión de las obligaciones inherentes a la relación de servicio y en el abuso del cargo por parte del autor.

7) DELITO EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS.- La doctrina alemana, coloca al peculado en aquellos delitos cometidos en ejercicio de funciones públicas, cuya comisión puede cumplirse por el autor designado en la figura o por otros autores, castigándose más severamente cuando es cometido por el titular del cargo.

La agravación de la pena deviene de la mayor obligación del autor y por el abuso del cargo como medio de comisión del delito. Abuso que la doctrina hace consistir en la degradación del poder del Estado, convirtiéndolo en instrumento del delito.

Respecto de las doctrinas señaladas anteriormente en torno a la naturaleza jurídica del peculado, enunciare las posturas por las que se inclinan diversos juristas.

De esta manera, tenemos que el Dr. Raul Carrancá y Rivas adopta la doctrina que acepta al peculado como un delito contra los deberes de la función pública, al manifestar "que el objeto jurídico del peculado no es precisamente la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública, sino el interés del Estado por la probidad y fidelidad del funcionario público en la tarea que se le ha encomendado"(8)

Antonio de P. Moreno, se pronuncia en favor de la doctrina que considera al peculado como un delito contra la probidad, al sostener que: " la ley tutela de manera especial con severa pena que ordena se imponga, la fe pública, la fidelidad de los encargados de los servicios, centralizado o descentralizado, la confianza en ellos depositada por razón del cargo que desempeñan, y de la que abusan cuando violan la finalidad jurídica de la tenencia con el acto consumativo de la acción, la distracción de la cosa recibida por el encargado de dicho servicio, en razón del cargo que se le asigna, al darle un destino distinto del que fué la finalidad de la entrega de la cosa, en confianza. Se causa el daño patrimonial, con la distracción de la cosa de su objeto y debe procurarse el resarcimiento del daño, consecuencia del ya -

(8) Raul Carrancá y Trujillo y Raul Carrancá y Rivas, Código Penal anotado, p. 495.

consumado delito de peculado; por lo que, de consuno, se protege el patrimonio del Estado, a pesar de que el bien jurídico preferentemente tutelado es la honestidad y fidelidad de quien guarda una posición especial, en relación con el sujeto pasivo del delito ". (9)

Por su parte, Mariano Jiménez Huerta manifiesta que - " en el peculado la calidad personal del sujeto activo engendra UNA MODALIDAD TÍPICA SUI GENERIS, pues sin su concurrencia sería delito de abuso de confianza. Más aunque es evidente que la distracción de bienes realizada por el servidor público que los tiene a su cargo, es una conducta que lesiona también un bien patrimonial, es voluntad de la ley asignar a la misma una objetividad jurídica diversa, habida cuenta - de que se considera como valor jurídico preponderante el deber de fidelidad que vincula al sujeto activo con el Estado - u organismo descentralizado en que desempeña sus funciones..

El bien jurídico protegido es el interés que tiene la administración pública en que los bienes que constituyen su patrimonio y cuyo manejo tienen a su cargo sus servidores no se los apropien éstos con fines personales ". (10)

(9) Antonio de P. Moreno, Ob. Cit. p. 543-544.

(10) Mariano Jiménez Huerta, Suplemento al Tomo V de Derecho Penal Mexicano, p. 50.

2.3 BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL PECULADO.

A través de la historia, el ser humano ha garantizado la protección de sus bienes más importantes, los cuales clasifica y organiza en función de una determinada jerarquía, misma que nace de la valoración que el propio hombre formula de aquellos elementos que le son indispensables para subsistir.

Por lo tanto, se ha considerado importante tutelar penalmente bienes como la vida, la libertad, el patrimonio, -- el honor, etc..

Se hace necesario, dar una definición de lo que es un bien jurídico, de esta manera Edmundo Mezger, considera que " bien jurídico es todo aquello (material o incorporeal, que satisface las necesidades humanas individuales o colectivas) El bien jurídico constituye el objeto de la protección penal y la finalidad del ataque delictivo, para destruirlo, detriorarlo o sencillamente ponerlo en peligro, el conocimiento del bien jurídico del tipo penal es el mejor medio de interpretación de dicho tipo ". (11)

Por bien jurídico debemos entender, todo interés protegido por la ley, que contribuye a los fines perseguidos por

(11) Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal. Tomo I. - p. 383-384.

un orden jurídico, con un mínimo de valor moral. Existencia- que se justifica en tanto contribuye al desarrollo de una comunidad y fundamentalmente por cada uno de sus integrantes, - de esta manera, todas las normas justifican su existencia en cuanto protegen los intereses que cada colectividad considera indispensables.

Franco Sodi, señala que " por objeto jurídico del delito se entiende, la norma jurídica que se viola, mientras que constituye el objeto material del mismo la persona o la cosa en que se concreta la acción punible ". (12)

Mientras tanto, Vincenzo Manzini, establece que " el objeto jurídico del delito no debe confundirse con el objeto - material del mismo delito. El objeto material del delito - (objeto del hecho) es aquel elemento constitutivo de un he-cho delictuoso, en relación al cual tiene lugar la violación del interés protegido, y que representa la entidad material-principal (cosa o persona) a la que se refiere la acción o - la omisión (cosa, en el hurto, hombre en el homicidio, etc..) Mientras todo delito tiene necesariamente y siempre un objeto jurídico, muchos delitos no tienen un objeto material

El objeto jurídico del delito es siempre un bien-interés público, también cuando el sujeto pasivo inmediato de la lesión es un particular ". (13)

(12) Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal.p.66

(13) Vincenzo Manzini, Ob. Cit. p. 16-18.

Conforme a la sistemática y metodología del Código Penal, al peculado se le ubica genericamente como delito contra la sociedad, y específicamente dentro de los "delitos cometidos por servidores públicos".

pero si bien es cierto que nuestra legislación penal clasifica los ilícitos atendiendo al bien jurídico que se pretende salvaguardar; sin embargo, el título que nos ocupa parece romper con este esquema, al agrupar en un solo título delitos que si bien lesionan un bien jurídico, éste parece no ser común con ellos. Aparentemente dentro de este título las conductas descritas no tienen vínculo alguno en cuanto al bien jurídico que protegen, pues el Código Penal exclusivamente los intitula "Delitos cometidos por Servidores Públicos"; podríamos llegar a la conclusión de que el único punto de contacto existente entre ellas sería la calidad del sujeto activo del delito, con lo que dicho ordenamiento clasificaría los ilícitos en función de quien los comete y no al bien jurídico que tutelan, como se pretende en el resto del mismo. Lo anterior se podría justificar en cuanto que le ha resultado más importante o más cómodo al legislador definir los delitos por la cualidad del sujeto activo (servidor público), ante la complejidad de precisar el bien jurídico, en última instancia, los efectos prácticos también son importantes para esa función.

Sin embargo, la ubicación legal del peculado como " Delito cometido por Servidores Públicos ", en el ejercicio de sus cargos, por su esencia, no se agota totalmente bajo -

ese epigrafe, en virtud de que podemos establecer que el objeto del peculado se encuentra gradualmente constituido: en principio, por el interés jurídico objeto de la acción inculpable, que es el deber de probidad de los servidores públicos, y en segundo lugar, por el objeto material, los bienes o valores públicos sobre los cuales recae el delito.

resulta cierto que la ubicación específica del delito - de peculado no sólo encuentra su base en el interés del Estado en el fiel y leal cumplimiento de las funciones por parte de sus representantes (los servidores públicos), sino también en la protección de los bienes o valores públicos en cuanto a destino y aplicación se refiere, que aunque va implícita en la tutela de la función pública, tratándose del peculado adquiere especial importancia.

Por lo tanto, es posible afirmar que el bien jurídico protegido por el peculado, es el deber de probidad de los servidores públicos en el manejo de los bienes que la administración pública les ha confiado. Dicho de otro modo, el objeto específico de la tutela penal en el peculado, es el interés público en el normal funcionamiento de la administración en cuanto atañe particularmente, a la seguridad de los bienes encomendados, por razón del cargo, a los servidores públicos.

De este modo, Rafael Márquez Piñero enumera como bienes tutelados en el peculado los siguientes:

- a) la honestidad en el desempeño de la función pública, -
- b) los fondos públicos, entendiéndolo en amplio - sentido (dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o a un organismo descentralizado)
- c) los bienes particulares en el concreto supuesto de la fracción I del artículo 223 del Código Penal,
- d) el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes, en lo relativo a la parte de la fracción II, que remite al uso indebido de atribuciones y facultades del artículo 217 - del Código Penal,
- e) la rectitud moral en la promoción político-social (última parte de la fracción II) y;
- f) la buena fama y la dignidad de las personas " (14).

(14) Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, T. VIII, p. 73-74.

2.4 ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL PECULADO.

Es necesario hacer una referencia de los elementos - constitutivos o circunstancias constitutivas antecedentes de peculado, antes de iniciar con su estudio dogmático, para poder tener una mejor comprensión.

Don Francesco Carrara, señala que los criterios esenciales del peculado en su verdadero y propio sentido se deben buscar: 1) en la persona, 2) en la cosa, y 3) en las condiciones de la entrega. (15).

Francisco González de la Vega, establece que los elementos constitutivos del peculado son:

- a) La cualidad del agente,
- b) La distracción de bienes o valores públicos, o de particulares y,
- c) La recepción de los bienes o valores por parte del agente a título precario. (16)

De igual manera, Rene González de la Vega, señala como

(15) Citado por Antonio de P. moreno, Ob. Cit. p. 543.

(16) Francisco González de la Vega, Ob. Cit. p. 304.

tales elementos los siguientes:

- a) Sujeto activo cualificado
- b) para usos propios o ajenos
- c) Distracción de bienes o valores públicos, descentralizados o de particulares y,
- d) tenencia precaria de los bienes. (17)

A continuación analizaré los elementos constitutivos-- del peculado siguiendo el primer criterio enunciado, primero sujeto activo, segundo la cosa y tercero el presupuesto lógico material.

1) EL SUJETO ACTIVO : SERVIDOR PUBLICO O UN PARTICULAR.

En primer término, se hace necesario determinar quien es el sujeto; al respecto, Don Francisco Pavón Vasconcelos, establece que: " sólo el hombre es sujeto activo del delito, porque únicamente el se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor)"(18)

(17) Rene González de la Vega p. 339.

(18)Francisco Pavón Vasconcelos, manual de Derecho penal mexicano, p. 157

En el artículo 223 del Código penal, las diversas modalidades del peculado que en él se encuentran contenidas, prevén sujetos activos diferentes, como los que a continuación se mencionan:

A) Sujeto Activo cualificado: las fracciones I y II del citado ordenamiento, requieren que el sujeto activo posea una determinada cualidad o relación personal, que es la de ser un Servidor Público. Por lo tanto sólo la persona que ejerce -- las funciones de servicio público, puede ser sujeto activo -- del tipo descrito en las fracciones mencionadas.

B) Sujeto Activo cualificado por equiparación legal, el cual se encuentra previsto en la fracción IV, aquí el tipo de peculado contempla como sujeto activo a cualquier persona que -- sin tener el carácter de servidor público federal, esté obligado legalmente a la custodia, administración o aplicación -- de recursos públicos federales.

De conformidad con la propia redacción de la fracción, -- parecería en principio, que el sujeto activo señalado en el tipo es indeterminado y que lo puede ser cualquier persona, -- sin embargo, el hecho de que tenga obligación legal de custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, la equipara a servidor público en términos del artículo 212 del Código Penal, que establece que es servidor público -- toda persona que maneje recursos económicos federales.

C) Sujeto Activo Indeterminado: lo encontramos previsto en -- la fracción III, ya que al no destacar en el sujeto activo -- ningún carácter específico, permite su comisión por cualquier persona.

2°.- LA COSA, BIENES PUBLICOS: El objeto material del peculado, se encuentra constituido por bienes públicos, los cuales comprenden:

a) Como lo establece la fracción I del ordenamiento en cuestión, son : dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa -- perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular. Por lo que se desprende que el objeto material -- de este tipo de peculado, lo constituyen, tanto bienes muebles, fungibles o no fungibles, públicos o privados, éstos -- últimos confiados por los particulares a la administración -- pública y afectados al servicio público. Por lo tanto, a -- raíz de la incorporación de los bienes privados a la pertenencia del servicio público, adquiere carácter público.

b) Fondos públicos (que se encuentran establecidos en las -- fracciones II y III). Juan Palomar de Miguel, señala que: - " el concepto de fondos públicos es extenso, y como conjunto de dinero y valores que existen en el erario, abarca las -- obligaciones activas a favor del Estado y las corporaciones-- públicas y los títulos o signos representativos de la deuda-- pública " . (19)

c) Recursos públicos federales (de conformidad con la fracción IV). " Recursos públicos federales son los elementos na -- turales, humanos y económicos, propiedad del Estado Federal-- o de la Nación, de que puede echar mano la federación misma-- para acudir a una necesidad o llevar a cabo una empresa de - naturaleza colectiva ". (20).

(19) Cfr. Juan Palomar de Miguel, p. 606

(20) Ibidem p. 607.

3°.- EL Presupuesto Lógico Material: La tenencia Precaria sada en La Relación Funcional o en la Obligación Legal.- de manera relativamente reciente ha entrado al campo jurídico - penal la teoría de los presupuestos, según parece extraída - de la que ha sido elaborada en el Derecho Civil, distinguién dose entre presupuestos del delito y presupuestos de la conducta o del hecho, siendo éstos últimos, los que por el momento interesan al peculado.

Cabe señalar que presupuestos son las circunstancias - constitutivas antecedentes.

Manzini, establece que los presupuestos del hecho, son aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores a la - ejecución del hecho cuya existencia se exige para que el hecho previsto por la norma constituya delito. Porte Petit por su parte, considera como presupuestos de la conducta o del hecho, " aquellos antecedentes jurídicos o materiales pre- - vios y necesarios para que pueda realizarse la conducta o he- - chos típicos.

Según se observa, los presupuestos de la conducta o - del hecho se dividen en:

- 1) Presupuestos jurídicos.- son las normas de derecho y - - otros actos jurídicos, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para que el delito exista; y,
- 2) Presupuestos materiales.- son las condiciones reales pre- - existentes, en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho" . (21)

(21) POrte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, p. 258-261.

Los tipos previstos en las fracciones I, II y IV del artículo 223 del Código Penal, condicionan al peculado a la existencia de una relación especial entre el autor y el objeto material: la tenencia o posesión precaria de los bienes - en razón del cargo o por obligación legal, que constituye el presupuesto lógico material de este delito. El agente en estos tipos, va a tener sobre las cosas una posesión, la cual es precaria, esto es, que no se posee con ánimo de hacerlas propias.

" La posesión que se da al servidor público sobre la cosa, no se refiere únicamente a su tenencia material o a su simple retención, sino que abarca inclusive la disposición de la cosa, ya que dentro de la administración de la misma, - esto es, dentro de los actos de administración -entendidos - como todos aquellos que sin variar la función económica de la cosa, están dirigidos a procurar a su propietario su legítimo goce-, pueden encontrarse actos que son de disposición - respecto a objetos singulares, pero de administración, respecto a la unidad económica compleja ". (22)

a) La fracción I por cuanto dispone "... si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa ", indica que el agente debe haber recibido - por razón de su cargo, a título precario, es decir, en posesión derivada, los bienes o valores que ha distraído, ya que

(22) Fernández Doblado, Luis. El Delito de Peculado, Revista Criminalia, p. 241-242.

el factum delictual supone la tenencia provisional con obligación reparatoria o de rendir cuentas o de darles un fin determinado.

Por lo tanto, el servidor público, es a nombre de la administración pública, poseedor precario, cuando recibe del dueño (Estado, organismo descentralizado o un particular), el bien (dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa), con derecho de retenerlo temporalmente en su poder en calidad de administrador, depositario o de cualquier otro título, pero no puede ejercer sobre el ningún acto de dominio. En tal virtud, la tenencia de los bienes constituye un presupuesto referido a la conducta del agente de naturaleza material.

La tenencia de la cosa en el peculado, queda calificada " por razón del cargo ", por tal motivo, la posesión precaria debe corresponder a la competencia aún que sea genérica, del servidor público. En este sentido y desde un punto de vista restringido, se habla de una competencia funcional y legal, que implique una relación de dependencia entre la función pública o el público servicio y la cosa.

Como ya se mencionó, la tenencia de la cosa debe originarse en "razón del cargo" y no en ocasión del mismo, siendo inexacto como afirma Levi que, para que exista la " razón del cargo " en la tenencia, es suficiente que el cargo haya dado solamente ocasión para poseer, ya que ante tal supuesto se llegaría al absurdo de considerar que cualquier posesión precaria en atención a las cualidades particulares del agente, es decir, por cualquier motivo, pudiera considerarse como razón del cargo.

Podemos sintetizar que en el tipo de peculado previsto en la Fracción I del artículo 223 del Código Penal, la posesión precaria del objeto material constituye un presupuesto de la conducta en que consiste, significando ello que el peculado presupone la tenencia de los bienes por parte del servidor público, precisamente en razón de su cargo si los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.

b) La fracción II, establece: " El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos... con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona "

Según la propia fracción, este tipo de peculado, aparentemente no exige para su configuración el presupuesto consistente en la posesión precaria del objeto material. Sin embargo, dada su naturaleza, también requiere como antecedente de la conducta la tenencia de los fondos públicos por parte del sujeto activo y precisamente en razón del cargo, pues si el servidor público no los poseyera de manera derivada, cometería el delito de robo, o tal vez de fraude, o eventual abuso de autoridad en términos de la fracción VIII del artículo 215 del Código Penal, pero no peculado.

Para poder tener una mejor apreciación de este planteamiento, es necesario hacer una transcripción del artículo -- antes referido en su fracción conducente:

Artículo 215.- " Cometén el delito de abuso de autoridad, los servidores públicos que incurran en alguna de las infraccio-

nes siguientes: VIII.- Cuando haga que se le otorguen fondos valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente". (23)

c) Por último, la fracción IV, señala " ... estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales... ". Consiguientemente, también presupone la tenencia del objeto material; en este caso, tenencia originada por la obligación legal a que está sujeto el agente a virtud de la ley, reglamentos, decretos e incluso de disposiciones de orden interno de la administración pública.

El tipo de peculado que se encuentra previsto en esta fracción, presupone la tenencia de recursos públicos federales por parte de la persona que sin tener el carácter de servidor público federal, tenga obligación legal de:

CUSTODIA.- La custodia como guarda cuidadosa y vigilada de una cosa, implica no solo el tenerla a cargo; sino también el cuidar su conservación. En consecuencia, la relación de custodia, se establece cuando la administración pública pone los recursos públicos federales a cargo de una persona (particular o servidor público), para que los vigile y cuide de su conservación.

ADMINISTRACION.- En el caso concreto, es la actividad encauzada al cuidado y conservación de los recursos públicos federales, la facultad de disposición de los mismos conforme a los fines previstos.

APLICACION.- En un aspecto, la aplicación de recursos públicos (23) Código Penal para el D.F.. p. 71-72.

cos federales a que se refiere la fracción IV, es el empleo diligente de los mismos a los fines señalados por la administración pública. En otro aspecto, en virtud de que la persona no servidor público federal, obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, comete el delito de peculado cuando les da una aplicación distinta a las que se les destinó, y por cuanto el peculado consiste en la apropiación de bienes públicos, por aplicación se entiende la adjudicación de tales recursos o de sus efectos al patrimonio del propio obligado legal o al de un tercero. En este sentido, aplicar indebidamente es distraer, ya que no se da a los referidos recursos el destino que les fija la administración pública.

Es así, como todos los elementos constitutivos a que me he referido deben preexistir al hecho material (distracción), para que este pueda configurarse como peculado.

2.5 CARACTER FEDERAL DEL PECULADO, ASI COMO SU PERSECUCION.

El peculado, es en principio, un delito federal, por-- que se encuentra previsto por una ley del fuero federal, pe- ro ante todo, porque encuadra en lo dispuesto por el articu- lo 51 de la ley Orgánica del poder Judicial de la Federación que señala:

ARTICULO 51.- "... Son delitos del orden federal ".

- a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados,
- b) los señalados en los artículos 2° a 5° del Código Penal,
- c) aquellos en que la federación sea sujeto pasivo,
- d) los cometidos por un funcionario o empleado federal, en - ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
- e) los perpetrados en contra del funcionamiento de un servi- cio público federal o en menoscabo de los bienes afectos a la satisfacción de dicho servicio aunque éste se encuen- tre descentralizado o concesionado ". (24)

El Peculado tiene un carácter oficial " porque lo come te un funcionario o empleado público, relacionado directamen te con la función inherente al cargo que desempeña, de modo- que se configura por la actividad ilícita del funcionario o - empleado público, realizada dentro de la función o con moti- vo del ejercicio de ella - o como manifiesta Fernando Caste- llanos, mejor dicho en su abuso -, y que viola la ley que

(24) Ley de Amparo, p. 212-213.

señala las atribuciones inherentes al cargo que desempeña"25

En virtud de que el peculado afecta al interés público en cuanto causa grave perjuicio al patrimonio colectivo, es perseguible a petición de cualquier particular que tenga conocimiento de su comisión, lo cual basta para que el Ministerio Público Federal, proceda penalmente en contra del servidor público inculcado. Salvo la denuncia presentada en contra de alguno de los servidores públicos a que se refiere el primer párrafo del artículo 111 de la Constitución General de la República, que debe satisfacer previamente al ejercicio de la acción penal, con el requisito procedimental para la declaración de procedencia, a efecto de determinar si ha o no lugar a proceder penalmente en contra del inculcado.

ARTICULO 111.- " Para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de -- Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los representantes a la asamblea del Distrito Federal, El Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará -- por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculcado ".

(25) Cfr. Alvaro Bunster, José Barragán, Héctor Fix-Zamudio, Manuel González Oropeza, José de Jesús Orozco Henríquez José L. Soberanes Fernández. Las responsabilidades de los servidores públicos. p. 98.

CAPITULO TERCERO:

CARACTERISTICAS GENERALES DEL SERVIDOR PUBLICO.

DEFINICION DE FUNCIONARIO PUBLICO.

DEFINICION DE SERVIDOR PUBLICO.

ORDENAMIENTOS JURIDICOS QUE REGULAN Y LIMITAN

LAS ACTUACIONES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.

- A) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- B) Código Penal Vigente.
- C) Ley de Responsabilidades de 1939.
- D) Ley de Responsabilidades y empleados de la Federación, del D.F. y de los altos funcionarios de los Estados.
- E) Ley Federal De responsabilidades de los Servidores Públicos.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.

3.1 DEFINICION DE FUNCIONARIO PUBLICO.

Antes de definir al funcionario público, daremos la acepción de funcionario que establece el Diccionario de Derecho usual, y de esta manera, tenemos que:

" Aunque la palabra funcionario, es muy difícil de -- concretar, por las diversas opiniones a cerca de su amplitud cabe establecer provisionalmente, que funcionario es toda - persona que desempeñe una función o servicio por lo general- públicos. La academia se inclina resueltamente a la equipara ción de funcionario como empleado público ". (1).

De esta manera, por ser recientes las reformas legisla tivas que crean el término Servidor público, de ahí la necesidad de referirse primero al concepto de funcionario y em- pleado público:

Así, encontramos que Enrique Sayagués considera como:

FUNCIONARIO PUBLICO.- " A todo individuo que ejerce funcio-- nes públicas en una entidad estatal, incorporado mediante de signación u otro procedimiento legal " . (2)

(1) Diccionario De Derecho usual T. II. p. 240

(2) Sayagués, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo- T. I, p. 255.

Observamos, que este concepto tiene tres elementos:

1) Ejercicio de funciones públicas, cualesquiera que sean. - Es diferente de su naturaleza. Son igualmente funcionarios - los que ejercen funciones administrativas, como los que tienen a su cargo funciones legislativas o jurisdiccionales, - los agentes políticos como los que no lo son, los funcionarios con carácter transitorio o accidental, los que actúan - mediante retribución o los meramente honorarios.

2) La actividad debe prestarse en entidades estatales, es -- decir, incorporados a ellas, constituyendo uno de sus elementos integrantes. Dicha incorporación, se realiza por los distintos procedimientos que el derecho prevé, designación, -- elección, etc.. No interesa que la incorporación sea voluntaria o forzada.

3) La prestación debe realizarse en una entidad estatal, -- cualquiera que sea esta; Estado, provincias, municipios, etc. Por consiguiente, no son funcionarios públicos los empleados de las empresas concesionarias de servicios públicos.

Otra acepción que encontramos, es la siguiente:

" Por funcionario público, se entiende el servidor del Estado, designado por disposición de la ley para ocupar grados - superiores de la estructura orgánica de aquél y para asumir funciones de representatividad, iniciativa y decisión de mando ". (3).

(3) Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV, p. 495.

Esta definición se basa en un criterio orgánico de -- jerarquía y de potestad pública, que da origen al carácter -- de autoridad que reviste a los funcionarios públicos para -- distinguirlos de los demás empleados o personas que prestan -- sus servicios al Estado, ejecutando las órdenes de la supe-- rioridad y además de carecer de representatividad del órgano -- a que esta adscrito.

Por empleado público, se entiende toda persona que -- presta un servicio físico o intelectual o ambos, al Estado;-- a cambio de una contraprestación pecuniaria, cuyos derechos-- y obligaciones nacen de un nombramiento o por figurar en la-- lista de raya. (4)

Por lo tanto, la diferencia entre funcionario y empledo público, radica por una parte en las características particulares del trabajo que desempeña uno y otro, y por otra -- que el ejercicio de las funciones del primero no es permanente, pues su designación y revocación está a cargo del titular del ejecutivo federal, en cambio, los empleados públicos son meros auxiliares y únicamente ejecutan una actividad administrativa sujeta a las órdenes de un funcionario público-- garantizándole estabilidad en el empleo.

(4) Op. Cit. p. 30

3.2 DEFINICION DE SERVIDOR PUBLICO.

Para poder establecer que es el Servidor público, la Constitución Política, en forma enunciativa nos señala a -- quienes se les puede atribuir tal carácter, y de esta manera tenemos que en su Título Cuarto, denominado " De las Responsabilidades de los Servidores Públicos ", establece:

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

Por su parte, el Código Penal establece en su Título Décimo " Delitos cometidos por Servidores Públicos " , quienes son servidores Públicos, al establecer en su:

ARTICULO 212.- " Para los efectos de este titulo 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 de las legislaturas locales y a los magistrados de los tribunales de justicia locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal.

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

Cabe mencionar, que en 1982, se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, empleando el término de Servidor Público en lugar de Funcionario y Empleado o encargado público.

La razón primordial de estas reformas, fué el evitar referirse con distingo a los Altos Funcionarios y Encargados de la Administración Pública Federal, responsables de la comisión de algún delito, abarcando con el término Servidor Público a todos ellos.

Nuestra Carta Magna, se refiere a los Servidores Públicos en sus artículos 108, 110, 111 y 114, aunque en sus preceptos 110 y 111, se refiere a los que tienen una Mayor jerarquía dentro De la Administración Pública, y por último, en el artículo 123, señala quienes son los servidores públicos con cargos de confianza.

La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del "Apartado B" del artículo 123 Constitucional, divide a los Servidores Públicos en trabajadores - de base y trabajadores de confianza, excluyendo a éstos últimos en su artículo octavo de las disposiciones relativas a los de base, de ahí que el calificativo de trabajador de confianza coincide con la categoría de funcionario público.

Sin embargo, la fracción XIV del Apartado "B" del referido artículo 123 constitucional, garantiza para el trabajador de confianza las medidas de protección al salario y a los beneficios de la seguridad social. Por ello, les es aplicable la Ley del Instituto de Seguridad y Servicio Social de los Trabajadores al Servicio del Estado.

La confusión es en torno a si deben considerarse funcionarios públicos o empleados de confianza a los servidores públicos que prestan un servicio en un órgano descentralizado, empresas de participación estatal mayoritaria o Fideicomiso, en virtud de que estos forman parte de la Administración pública Federal, según se dispone en el artículo tercero de la Ley Orgánica de La Administración Pública Federal.- Esta interrogante queda subsanada por una parte con lo que establece el artículo quinto de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, que determina quienes deben ser considerados empleados de confianza, además de aquellos cuyo nombramiento o ejercicio requieren de la aprobación expresa del presidente de la República. La fracción V del mismo artículo, se refiere a diversos órganos descentralizados a los cuales son aplicables la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

3.3 ORDENAMIENTOS JURIDICOS QUE REGULAN Y LIMITAN LAS ACTUACIONES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.

A) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Un efectivo sistema para exigir responsabilidad comprende necesariamente según nuestro análisis de tres aspectos: la existencia de leyes que establezcan figuras delictivas, conforme a los estrictos requerimientos constitucionales, de Tribunales que gocen de una idónea competencia, es decir, que legal y materialmente estén capacitados para conocer de la responsabilidad de altos, medianos y bajos funcionarios, y, por último, de un efectivo sistema de acusación, que debe reunir las condiciones necesarias para que el acusador oficial o particular, no se inhíba de hacerlo por temor a represalias de parte de los acusados.

El establecimiento de un régimen adecuado de responsabilidades de los servidores públicos, así como de un sistema de control de su actuación, que tienda a evitar el abuso del poder ha sido, en mayor o menor grado, una preocupación constante de casi todos los sistemas democrático-constitucionales, y es una característica fundamental de todo Estado de Derecho, entendiéndose este último como la organización del poder público basada en los principios de que la ley se debe aplicar por igual a gobernantes y gobernados; que las funciones del Estado quedan repetidas en cuerpos distintos y éstos conservan su independencia dentro de una armónica colabora-

ción, que la propia autoridad estatal está limitada en su actuación por la propia ley, que el gobernado puede pedir la protección de las leyes si ve lesionados sus derechos por otros o por el poder mismo, que el juzgador no puede negarse a resolver los litigios que se planteen ante él y debe ajustarse en sus resoluciones a las leyes vigentes. (1)

Nuestra Constitución política, atendiendo a los principios señalados anteriormente, pero sobre todo al principio de igualdad ante la ley de gobernantes y gobernados, considera a todos los servidores públicos de la esfera federal y algunos de la esfera estatal, independientemente de su jerarquía, rango, origen o lugar en que desempeñen su empleo, cargo o comisión, responsables de sus conductas ilícitas que constituyan delito o redunden en perjuicio del interés público, dada la característica esencial de servicio a la sociedad que implica el ejercicio de cualquier empleo, cargo o comisión dentro de la administración pública.

Es por esto que nuestra Carta Magna regula la actividad de los servidores públicos, por ser ellos a través de quienes se identifica la voluntad del Estado; y éstas respon

(1) Caballero Cárdenas, José Luis, " Breves consideraciones sobre las recientes reformas a la ley de amparo ".

sabilidades se encuentran fundamentadas en su Título CUarto, el cual no se había actualizado desde 1917; en uno se sus -- siete artículos, el decreto de reformas y adiciones constitu- - cionales, fué publicado en el Diario Oficial de la Federa- - ción, el 28 de diciembre de 1982, comprendiendo independien- - temente de los artículos 108 al 114 del Título CUarto, los - artículos 22, 73 fracción VI, 74 fracción V, y 76 fracción - VII, 94, 97, 127 y 134 de la ley fundamental.

En los artículos 108 al 114 integrantes del Título -- Cuarto, se precisan las circunstancias, sanciones y el proce- - dimiento a seguir en los casos de responsabilidad de los Ser- - vidores Públicos, la cual puede ser política, administrativa civil o penal.

González de la Vega, respecto al título constitucio- - nal en cuestión, nos dice: "... ha de ser en rigor modelo de modernidad y eficacia judicial, puesto que más allá de ser - un mero catálogo de prohibiciones y procedimientos, tiene el singular carácter de contener una garantía fundamental, el - derecho de los pueblos a contar con gobiernos probos y cali- - ficados, y, en su caso, persigue y sanciona a quien actúe i- - lícitamente desde el servicio público ". (2)

(2) González de la Vega, Rene, " Nuevo Derecho Constitucional Mexicano " p. 391.

Los artículos 108 al 114 de la Constitución, contienen las reglas que operarán en los casos de responsabilidad de los Servidores Públicos, conforme a los siguientes principios:

a) Todo Servidor público puede ser sujeto de Responsabilidad, en algunos casos de naturaleza política y en otros -- puede ser penal, administrativa o civil.

- b) Existen diferentes procedimientos y sanciones según sea la naturaleza de la responsabilidad; pero no podrán imponerse por una conducta sanciones de la misma naturaleza.

c) El juicio político no procede por la mera exposición de ideas, ya que opera cuando los servidores públicos incurren en actos y omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales, Vgr. el ataque a la forma de gobierno, las violaciones graves a las garantías individuales o sociales.

d) El artículo 110, nos señala que son sujetos de juicio político: los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Secretarios de Despacho, Jefes de Departamento administrativo, Jefe del Departamento del Distrito Federal, Magistrados de circuito, Jueces de Distrito, Magistrados y jueces del Distrito Federal, Directores Generales o equivalentes de organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria y sociedades asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

e) El procedimiento relativo al juicio político, permi-

te a la Cámara de Diputados formular la acusación ante la de Senadores, dando oportunidad de defensa al servidor público; el Senado en su calidad de Juzgado de sentencia, dictará una resolución que puede ser obsolutoria o condenatoria, y si es en éste sentido; las sanciones pueden consistir en la destitución del Servidor público y la inhabilitación para desempeñar funciones o cargos públicos.

B) CODIGO PENAL VIGENTE.

El Código Penal de 1931, en el título Décimo, agrupa las conductas delictivas de los servidores públicos, y se intitulaba " De los delitos cometidos por funcionarios públicos "; mismo que en cinco capítulos reunía los delitos que cometen todos los funcionarios, altos o no y por virtud de los cuales podían ser sometidos a procesamiento:

CAPITULO I. _ Ejercicio indebido o abandono de funciones públicas.

CAPITULO II- Abuso de autoridad

CAPITULO III Coalición de funcionarios

CAPITULO IV. Peculado y Concusión.

En el Decreto de Reformas publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 5 de enero de 1983, se modificaron

los artículos 24, 30, 52, 85 y 90. Y respecto de los delitos cometidos por servidores públicos, se adecuó el título Décimo del Código, tipificándose los siguientes ilícitos penales:

- Capítulo II.- Artículo 214. Ejercicio Indevido de servicio público.
- Capítulo III.- Artículo 215, Abuso de autoridad
- Capítulo V.- Artículo 217, Uso indevido de atribuciones y facultades
- Capítulo VI.- Artículo 218, concusión
- Capítulo VII.- Artículo 219, intimidación
- Capítulo VIII.- Artículo 220, Ejercicio abusivo de funciones.
- Capítulo IX.- Artículo 221, tráfico de influencia
- Capítulo X.- Artículo 222, Cohecho
- Capítulo XI.- Artículo 223, Peculado
- Capítulo XII.- Artículo 224, Enriquecimiento ilícito. (3)

En 1931, se elaboró el vigente Código Penal en materia del Fuero común y Federal, el cual fué promulgado el 13- de agosto de 1931, por el presidente Ortiz Rubio y contiene en sus títulos décimo y Décimo primero, disposiciones relativas a la responsabilidad de los funcionarios públicos, previniendo entre otros, los delitos de Peculado, concusión, abuso Indevido y Cohecho.

(3) Diario Oficial de la Federación, 5 de enero de 1983.

Por cuanto hace al delito de peculado, en su redacción original, estaba contemplado en el capítulo quinto del título décimo que comprendía los delitos por funcionarios públicos, en el siguiente texto:

Título Décimo " Delitos cometidos por funcionarios públicos, capítulo V, Peculado y Concusión ".

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

Más de 48 años se conservó la redacción del artículo-- 220 sin reformas, siendo hasta el 27 de diciembre de 1979, - que sufre la primera para quedar como sigue:

Artículo 220.- " Comete el delito de peculado, todo funcionario, empleado o encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado, aun que sea en comisión de tiempo limitado y que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado a un órgano descentralizado o a un particular si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por cualquier otra causa ".

Como se observa, tiene dos reformas importantes, una de ellas substancial, pues por una parte se refiere con más propiedad al sujeto activo del delito sustituyendo los términos "toda persona encargada de un servicio público" por "todo funcionario, empleado o encargado de un servicio público"; y por otra parte, además de los funcionarios, empleados o encargados de un servicio público del Estado, comprende a los de los organismos descentralizados, creados en la ley de la Administración Pública Federal.

A raíz de las reformas a la Ley de Responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación del Distrito Federal, y de los altos funcionarios de los Estados de 1982, cuyo estudio se hará posteriormente; el 30 de diciembre del mismo año se reformó por segunda ocasión el artículo en cita, substituyéndose los términos de "Funcionario, empleado o encargado Público" por el de " Servidor Público ", para quedar como sigue:

ARTICULO 223.- " Comete el delito de peculado todo servidor público, que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto, dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, o a organismos descentralizados o a un particular, si por razón de su encargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa ".

C) LEY DE RESPONSABILIDADES DE 1939.

Antes de analizar la ley referida, estudiaremos su antecedente que fué la Ley del Congreso General Sobre los Delitos Oficiales de los Altos Funcionarios de la Federación de 1870.

El 3 de noviembre de 1870, se creó, con apoyo en el artículo 103 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, la ley antes mencionada, siendo la primera, -- que se expidió sobre tan importante tema.

Si bien ésta ley en su artículo primero, hacia refe--rencia a los delitos oficiales, las conductas descritas son - vagas y no configuraban los delitos propiamente dichos, sin - embargo, su artículo cuarto señalaba la sanción que se aplica--ba a los altos funcionarios públicos, que cometían un delito- oficial que iba desde la destitución a la inhabilitación has- ta por diez años.

El artículo siete, establecía que los funcionarios - que incurrieran en delitos, faltas u omisiones deberían ser - juzgados y castigados en los términos de esa ley, a estos mismos funcionarios se refería el artículo 103 Constitucional, - prescribiendo que el término que se le podía exigir su responsabilidad oficial era hasta un año después de haber dejado el cargo, según el artículo 107 de la Carta Magna de referencia.

El artículo noveno, establecía que siempre que se co

metiere un delito común y un delito, falta u omisión oficial, una vez sentenciado el reo por responsabilidad oficial, sería puesto a disposición del Juez competente para que se juzgase por el delito común, con la inteligencia de que se refiere al delito común para distinguirlo del delito oficial no así para diferenciar el delito del orden federal del delito del fuero común o local.

Por último, el artículo 10° señalaba que sería el Gran Jurado quien debía dictaminar sobre la responsabilidad del funcionario por la comisión del delito oficial y respecto al delito común, consultaba si había lugar o no a proceder en su contra.

Ahora bien, con anterioridad a la ley de responsabilidades de 1939, entró en vigor la Ley Reglamentaria de los artículos 108 al 114 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que cumplió con las obligaciones impuestas al Congreso para publicar en los términos del párrafo quinto del artículo 111, a la mayor brevedad, una ley de Responsabilidades de todos los empleados de la Federación y del Distrito Federal.

Es así, como en cumplimiento del mandato legal referido, el 30 de diciembre de 1939, el Presidente Lázaro Cárdenas, promulgó la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, publicada el 21 de febrero de 1940, la cual deroga a la ley de Juárez de 1870 o del Congreso General, sobre los delitos oficiales de los Altos funcionarios de la Federación, y a la-

Ley reglamentaria de los artículos 104 y 106 Constitucionales.

La Ley de Responsabilidades en estudio, a diferencia de la de 1870, comprendía ya figuras típicas en sus artículos 13, 14 y 18. Además, por primera ocasión aparece el delito de Peculado, previsto en el artículo 18 fracción XXVII.

Es conveniente señalar que tanto a los altos funcionarios, Gobernadores y Diputados de las Legislaturas locales como a los funcionarios y empleados públicos, les era aplicable el Código Penal por la comisión del delito de peculado.

Los numerales 13 y 14 de la ley, que prevenía delitos oficiales dentro de los cuales no se comprendía al Peculado, sólo podía ser aplicado a los altos funcionarios de la Federación, Gobernadores y Diputados de las legislaturas locales.

Por su parte, el artículo 18 del ordenamiento en cuestión, reprodujo en sus 72 fracciones, todas las infracciones penales que bajo el rubro de " Delitos cometidos por los Funcionarios Públicos ", contenía el entonces Código Penal - de 1931, entre ellos el delito de peculado, el cual sólo era aplicable a los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, quedando excluidos a los Altos Funcionarios, Gobernadores y Diputados de las legislaturas locales quienes solo eran responsables de los delitos previstos en los artículos 13 y 14 ya citados.

En esas condiciones, a los Altos Funcionarios de la -

Federación, Gobernadores y Diputados de las Legislaturas locales que -- cometieren el delito de Peculado se les aplicaba el Código Penal; y por lo que hace a los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, pudiera pensarse que igualmente les era aplicable dicho Código, sin embargo, el artículo 6º transitorio de la Ley, derogó las leyes y disposiciones federales referentes a la responsabilidad de los Funcionarios y empleados públicos, dejando de este modo sin aplicación para ellos el Título Décimo, Capítulo I del Código Penal, comprendido en el artículo 18 de la Ley, que hasta entonces había sido aplicado tanto a los altos funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, y a partir de esta fecha solo tuvo vigencia para los Altos Funcionarios, Gobernadores y Diputados de las Legislaturas Locales.

Así entonces, los Altos Funcionarios, Gobernadores y Diputados de las Legislaturas Locales, eran responsables por la comisión del delito de Peculado, previsto en el artículo 220 del Código Penal, comprendido en el título vigésimo, Capítulo V, denominado " De los Delitos Cometidos por los Funcionarios públicos "; y a los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, les era aplicable la fracción XXVII del artículo 18 de la Ley de Responsabilidades en cuestión, ya que para ellos se derogó el artículo 220 del Código Penal.

Procedimentalmente, los Altos Funcionarios, Gobernadores y Diputados de las Legislaturas locales referidos, eran juzgados por delitos oficiales que se encontraban previstos en los artículos 13 y 14 de la Ley, por los Tribunales Federales.

rales, previo el conocimiento de los hechos por el Gran Jurado en los términos de los artículos 23 y 25 de la Ley aludida. En lo que hace al delito de Peculado, previsto en el Código Penal, se sometían únicamente a la jurisdicción de los Tribunales Federales.

El Jurado popular o Jurado de Responsabilidades oficiales, de conformidad con lo establecido en los artículos 77, 78 y 79, conocía de los delitos cometidos por los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, previstos en el artículo 18 de la Ley en estudio.

Antes de concluir con este punto, es pertinente mencionar que la ley en comento, se encontraba dividida en seis títulos, los cuales contenían un total de 111 artículos, y seis artículos transitorios.

El título primero, denominado " Disposiciones preliminares ", tiene un capítulo único y doce artículos; en el artículo primero dispone que los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito y Territorios, son responsables de los delitos y faltas que cometan en el desempeño de su cargo, en los términos de dicha ley. El artículo segundo limita a quienes, para los efectos de la ley deben conceptuarse como altos funcionarios de la Federación, agregando, los que menciona el artículo 108 constitucional.

Esta ley estuvo en vigor cuarenta años hasta su derogación en 1979, en que se promulgó la nueva Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal.

Resumiendo, Raúl F. Cárdenas, considera que la ley de Responsabilidades de 1939, recoge la distinción que tanto la Constitución de 1857, como la de 1917 establecen entre la -responsabilidad de los altos funcionarios de la Federación,- como la comisión de delitos oficiales en el desempeño del mismo, pero como se refiere en concreto a la Constitución del -17, distingue también los delitos oficiales de los Altos Funccionarios, que menciona sin tipificarlos en el artículo 13,- de los delitos oficiales de los demás funcionarios y empleados de la Federación y empleados federales y del Distrito Federal, que define en el artículo 18 de la citada ley, delitos que no pueden cometer los altos funcionarios. (4)

(4) Cárdenas F., Raul, " Responsabilidades de los Funcionarios Públicos ", p. 106.

D) LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA FEDERACION, DEL DISTRITO FEDERAL Y DE LOS ALTOS - FUNCIONARIOS DE LOS ESTADOS.

La iniciativa de esta ley, se debatió y aprobó en la Cámara de Diputados el 19 de diciembre de 1979, sobresaliendo en el debate General, la ponencia del Diputado Luis Octavio Porte Petit, quién opinó acertadamente, que debían suprimirse de la ley los delitos que se encontraban tipificados en el código penal o en otras leyes, para que se sancionaran conforme a las mismas, por los Tribunales comunes y conservar en la ley sólo los delitos oficiales que debían comprender exclusivamente las acciones u omisiones de los Funcionarios y empleados públicos cometidos durante su encargo y que redundaron en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho. En los delitos comunes el procedimiento para los Funcionarios y Empleados públicos debían ser igual a un particular, salvo cuando debiera previamente satisfacer un requisito de procedibilidad. (5)

Por último, el Diputado referido, señalaba que era indebido que la Ley de Responsabilidades tipificara los delitos considerados como oficiales, ya que de hecho, por su naturaleza, debían ser comunes, aún que el responsable fuere un funcionario, debiendo suprimir por otra parte el Jurado Popular, en el cual se ventilaban esos asuntos, por ineficaz

(5) Revista de Justicia de la P.G.R.- Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y empleados públicos, p. 303.

ya que era un órgano colegiado formado por un grupo de personas bien intencionadas pero que desconocían la técnica jurídica y carecían de los elementales conocimientos de investigación criminal, no pudiendo dictaminar un caso con equidad, - pues se convirtieron en Tribunales de conciencia, que resolvía favorablemente para el procesado. (6)

Por otra parte, ésta ley fué publicada en el Diario - Oficial de la Federación el 4 de enero de 1980, la cual consta de 92 artículos, contenidos en cinco títulos, que a su vez se subdividen en varios capítulos y dos artículos transitorios; el título primero de la ley comprende 18 artículos, - y es el único que no se subdivide en capítulos, el Título segundo, denominado " Del Procedimiento respecto de los funcionarios que gocen de fuero " , se subdivide en cinco capítulos, el capítulo I, se denomina "de las secciones instructoras", el capítulo II, "Del procedimiento en los casos de delitos comunes", el capítulo III, " DEl jurado de Acusación", el capítulo IV, "Del Jurado de Sentencia", y el capítulo V, - "Disposiciones Generales".

El título tercero, denominado " Del procedimiento en los delitos y faltas oficiales de los funcionarios y empleados que no gocen de fuero ", se subdivide en dos capítulos: - el capítulo I intitulado "De la incoación del procedimiento" y el capítulo II " Disposiciones Generales ".

* (6) Op. Cit. p. 304-305.

El título cuarto denominado " Del Jurado de Responsabilidades oficiales de los funcionarios y empleados públicos por delitos y faltas oficiales ", comprende dos capítulos: - I " De la integración del jurado " y II " DE la competencia del Jurado " .

Finalmente, el título quinto contiene las " Disposiciones complementarias " y consta de dos capítulos, el primero de ellos denominado " De la remoción de los funcionarios judiciales " y el segundo, " Investigaciones del enriquecimiento inexplicable de los funcionarios y empleados públicos ". (7)

De ésta manera, en la nueva ley se suprimieron los tipos penales que contenía el artículo 18 de la ley derogada, adquiriendo vigencia de nueva cuenta el código penal, que se aplicaría desde esa fecha a todos los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal.

Con las reformas a la ley, desaparece el Jurado Popular que conocía de los delitos previstos en la misma, siendo también reformada la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que imponía la existencia de un Jurado Popular para conocer de los delitos ejecutados por funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal.

(7) Cárdenas F., Raul, op. Cit, p. 499-500.

A diferencia de la ley de 1939, la nueva ley de Responsabilidades de 1979, señalaba lo que debía entenderse por delitos oficiales, y así, su artículo tercero, nos habla de los delitos referidos, en que pueden incurrir todos los funcionarios y empleados públicos, tanto Federales como del Distrito Federal, como los gobernadores y diputados locales, y que da lugar a dos distintos procedimientos. En esta ley se preveen como delitos oficiales de todos los funcionarios y empleados públicos, aquellos que la ley anterior establecía como delitos de los altos funcionarios, y en ella se regulan como posibles sanciones solo la destitución e inhabilitación (artículos 3° y 10°).

El mencionado artículo tercero, dice que los delitos oficiales, eran los actos u omisiones cometidos por funcionarios o empleados referidos, durante su encargo o con motivo del mismo, y que redundaran en perjuicio del buen despacho y para evitar conflictos normativos, precisa que éstos delitos serán considerados oficiales, siempre que no estuvieran tipificados en el código penal o en otra ley, pues en tal caso, serían considerados como delitos comunes y sujetos al ordenamiento correspondiente, así como a los Tribunales penales respectivos.

E) LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS, DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1982.

En fecha 31 de diciembre de 1982, se derogó la Ley de Responsabilidades de 1979, promulgándose la actual Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

En el Diario de Debates del Senado de la República, - se asienta el propósito de esta ley, jurídicamente establecida para reglamentar el título IV de la Constitución General de la República, es precisar quienes son sujetos de responsabilidad en el servicio público, sus obligaciones y sanciones administrativas y aquellas que deben resolverse mediante juicio político, las autoridades competentes y los procedimientos a seguir para aplicar sanciones y para declarar la procedencia del procedimiento penal de los servidores públicos - que gozan de fuero, así como regular el registro patrimonial de los propios servidores públicos

Esta ley se realizó sobre la base de que la igualdad de todos ante la ley no da cabida a fueros, distinciones ni tratos especiales o preferenciales, englobando en el rango de servidores públicos a todos aquellos que desempeñan dentro de los organismos estatales contemplados en el proyecto así como de los organismos paraestatales, todo ello con la idea toral, es el servicio a la comunidad.

No obstante lo anterior, la ley en referencia, reconoce la existencia de jerarquías y diferencias funcionales -

que justifiquen la presición con que distingue procedimien--
tos diversos para sancionar las conductas de los servidores-
públicos, según sus diversas categorías. Es así, como preveé
el procedimiento necesario para establecer las sanciones en-
el juicio político, el correspondiente a la declaratoria de-
procedencia, a fin de sancionar penalmente a aquellos servi-
dores públicos que por su alta jerarquía están protegidos -
por inmunidad constitucional para enjuiciarlos penalmente --
por la comisión de delitos, y finalmente el relativo a la im-
posición de sanciones administrativas por la comisión de fal-
tas previstas en el propio texto legal.

De igual manera, esta ley establece con fundamento en
el artículo 108 Constitucional, quienes son los sujetos de -
responsabilidad política, penal y administrativa, es decir,-
se refiere a la administración pública federal o a la del --
Distrito Federal en un sentido amplio que comprende a los or-
ganismos Descentralizados, paraestatales, organismos y aso-
ciaciones asimiladas a éstos, como son los fideicomisos pú-
blicos.

La Constitución, establece en su artículo 113, las --
obligaciones de los Servidores Públicos: legalidad, honradez,
lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus -
funciones, empleos , cargos y comisiones. También señala las
sanciones por actos u omisiones así como los procedimientos-
de la autoridad para aplicarlos, que pueden consistir en sus-
pensión, destitución e inhabilitación, así como sanciones -
económicas. En este orden de ideas, la Ley en cuestión, en -

su artículo 47 reitera el precepto constitucional referido, y fija en 23 fracciones la conducta de los servidores públicos. EL Título III, señala la Responsabilidad administrativa de éstos.

En el artículo 47 antes referido, se establecen más que normas simplificadas, postulados o deberes del servidor público, con el fin de orientar debidamente sus acciones con el cumplimiento cabal de sus tareas. Por tal motivo, el Servidor Público tiene los siguientes deberes:

Actuar con la máxima diligencia en su empleo, cargo o comisión, evitar el abuso o ejercicio indebido, formular y ejecutar planes y programas, presupuestos, leyes y normas relativas al manejo de los recursos económicos públicos, utilizar los recursos e información para los fines previstos; observar buena conducta, tanto para con el público, como para con sus superiores e inferiores jerárquicos, excusarse en los casos de intereses familiares o personales, informar sobre el cumplimiento de los asuntos en los que no pueda abstenerse de intervenir; presentar su declaración de situación patrimonial, atender las instrucciones, requerimientos y resoluciones que reciba de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación; informar al superior jerárquico de todo acto u omisión de inobservancia a los preceptos del artículo 47, y cumplir con las disposiciones jurídicas relacionadas con el servidor público.

Por otra parte, al servidor público se le tienen prohibidas ciertas conductas como: continuar en un cargo después de su separación, autorizar inasistencias prolongadas y otorgar -

licencias, permisos o comisiones ilegales, tener otro empleo prohibido por la ley, participar en cualquier acto que culmine con el nombramiento de quienes estén inhabilitados, obtener cualquier beneficio para sí o para con quien tenga relaciones familiares, personales o de negocios, desempeñar su cargo con beneficios adicionales a las prestaciones legales, y, beneficiar con empleos a familiares, socios u otros de naturaleza semejante.

Esta ley, al ser reglamentaria del título IV constitucional, lógicamente señala como sujetos de la misma a todos los servidores públicos mencionados en los párrafos primero y tercero del artículo 108 de la Carta Magna y, de una manera no muy clara en su artículo segundo, amplía su ámbito personal de aplicación a todas las personas que manejen o apliquen recursos económicos federales.

Por tal motivo, algunos autores han afirmado que el contenido de esta ley, es aplicable incluso a particulares que bajo cualquier circunstancia maneje recursos económicos Federales. Incluso anteriormente, cuando existían las denominaciones de delitos oficiales y delitos comunes, algunos agentes del Ministerio Público que compartían esta tesis, llegaron a consignar ante los tribunales a particulares como presuntos responsables de delitos oficiales.

Sin embargo, considero que una interpretación lógica nos llevaría a deshechar de plano esta teoría, en virtud, de que primero, ningún particular en su carácter de tal debe manejar recursos económicos del Estado, segundo, si algún particular tiene que manejar recursos económicos federales, por

ese simple hecho debería perder su carácter de particular y, - de una u otra forma, pasar a formar parte de la amplia gama de los Servidores públicos. Por último, debemos tomar en -- cuenta que la Ley que comentamos es de las que en cierta medida, podemos llamar especial o propia, cuya aplicación se - restringe, como su nombre lo indica, a quienes tienen el carácter de Servidores Públicos.

3.4 RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.

La Responsabilidad administrativa, deriva del irregular desempeño del empleo, cargo o comisión dentro de la Administración pública Federal o estatal. Por tal motivo, es elemento necesario que el sujeto que incurre en ella, se encuentre desempeñando ese empleo, cargo o comisión y no cumpla con los requisitos ético-jurídicos señalados en la fracción-III del artículo 109 Constitucional, como supuestos para la aplicación de sanciones administrativas:

ARTICULO 109 Fracción 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 ".

Como podemos observar, la responsabilidad administrativa surge con motivo de cualquier falta cometida por el servidor público en razón de sus funciones, pudiendo ser concomitante con la responsabilidad civil o penal.

En algunos casos, la responsabilidad administrativa no trasciende fuera de la administración pública, la falta que la origina se llama disciplinaria y la autoridad que la impone, se llama superior jerárquico del empleado que la ha cometido.

Con fundamento en lo establecido en el artículo 113 -

de la Ley Suprema, reglamentado en el artículo 53 de la Ley-Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos vigente, establece que las sanciones disciplinarias aplicable a los Servidores públicos que incumplen con sus obligaciones son:

- A) Apercibimiento Privado o público
- B) Amonestación Pública o Privada,
- C) Suspensión,
- D) Destitución del puesto,
- E) Sanción económica
- F) Inhabilitación temporal, para desempeñar cualquier cargo o comisión en el servicio público.

El apercibimiento, es una amonestación calificada, ca si siempre va precedida de una amonestación; es decir, se se ñala al agente transgresor, las consecuencias que seguirán a la repetición de los hechos calificados como faltas.

La amonestación es una llamada de atención al Servidor Público, para que vuelva al orden.

La Suspensión es la prohibición que se hace al Servidor público de ejercer sus funciones por un tiempo determina do, teniendo como consecuencia la privación del sueldo duran te el período que señala la sanción.

La destitución, consiste en la revocación del nombramiento por medio del cual prestaba sus servicios el trabajador.

Y por último, tenemos la inhabilitación temporal para

desempeñar cualquier cargo o comisión en el Servicio Público que es la imposibilidad del elemento que incurrió en la responsabilidad, para obtener otro puesto dentro de la administración pública, hasta después de haber transcurrido el tiempo durante el cual no se le pueda contratar en la administración pública.

Resumiendo, La Ley Federal de REsponsabilidades de -- los Servidores Públicos, establece tanto los requisitos éticos como las obligaciones que todo servidor público debe cumplir en el desempeño de sus funciones, su incumplimiento generará la imposición de una sanción. Por lo tanto, para la ley en cita, un Servidor público incurrirá en responsabilidad, cuando incumple con alguna de las obligaciones correspondientes al servicio público.

Podemos establecer que, el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, garantizan el buen funcionamiento del servicio público; en cambio, su incumplimiento -- acarrea su mal funcionamiento y la aplicación de una sanción al final de su procedimiento, en que se haya determinado que efectivamente hubo incumplimiento de obligaciones a cargo de un servidor público en el desempeño de las funciones inherentes a su cargo.

3.5 RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS
SERVIDORES PUBLICOS.

La responsabilidad penal de los servidores públicos, - se origina por la comisión de delitos que sólo con esa calidad pueden ser cometidos, o bien, por la comisión de actos - en los que se considera que esa cualidad viene a ser una a--gravante al desempeñar su autor una función dentro del servicio público.

Dicha responsabilidad que se puede exigir a los Servidores públicos, deriva de la Constitución General, en el capítulo respectivo, así como de la ley reglamentaria del mismo, y del Código Penal, donde se enumeran los delitos cometidos por dichos sujetos.

En términos generales, responsabilidad, es el deber - jurídico del sujeto de soportar las consecuencias del delito. El Código Penal Federal, establece como responsables de los delitos:

ARTICULO 13.

- 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 intencionalmente a otro a cometerlo,
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien al delincente, en cumplimiento de una promesa anterior al -delito; y

VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aún que no conste quién de ellos produjo el resultado.

Alfonso Nava Negrete, señala que " Es de extraordinaria importancia que las constituciones y legislaciones penales modernas acojan la responsabilidad penal de los funcionarios del Estado, no sólo por su inicial significado como medida de orden preventivo contra los funcionarios, sino, como principio depurativo o corrector de la conducta pública, cuya presunta delictuosidad, predica la existencia de normas protectoras de los órganos administrativos y en general de la sociedad.

Pero todo este derecho penal que fustiga la conducta delictuosa del funcionario, se da únicamente para la protección de los particulares y garantía de la sociedad, él contiene también normas que amparan al funcionario, de toda acción acusatoria, temeraria o falsa, fácil y frecuente escondido de políticas malhechoras y anárquicas que pretenden el desprestigio moral del funcionario para el logro de fines inconfesables. " (8)

Se hace necesario, al hablar de la responsabilidad penal en que pueden incurrir los sujetos que intervienen en el servicio público, hacer una primera determinación, de lo que se entiende por responsabilidad penal en su aspecto procesal y posteriormente en su fase de certeza.

(8) Nava Negrete, Alfonso, Revista Mexicana de Derecho penal, p.74-75 .

La responsabilidad penal en su fase de probabilidad o presunción; denominada también así en la práctica, significa lo fundado en la razón o de lo que se sospecha por tener indicios.

En principio, la probable responsabilidad del procesado es otro de los requisitos de fondo exigidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que legalmente proceda una orden de aprehensión o un auto de formal procesamiento (artículo 16 y 19).

Por lo tanto, existe probable responsabilidad cuando concurren elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación, ejecución o cualquiera de los supuestos enunciados en el artículo 13 del Código penal, por lo que debe serle instaurado el proceso correspondiente.

Para José González Bustamante, la responsabilidad consiste "...en la obligación de responder a la imputación. Los hechos no son imputables, cuando podemos responder a ellos.- Como la determinación de que una persona es responsable se establece hasta la sentencia, es conveniente no incurrir en la confusión de pretender comprobar la responsabilidad penal desde el auto de formal prisión ". (9)

El término probable, viene del latín "probabilis", -

(9) González Bustamante, José, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, p. 187.

que significa aquello de que hay buenas razones para creer - lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente, que tiene más probabilidades de ser, que de no ser. Lo "probable" es "posible", y merece ser más creído que la opinión contraria. La posibilidad es base y principio de toda hipótesis, - implica más en el orden especulativo que en el práctico.

Por su parte, Alberto González Blanco, expresa: " que para fundamentar un acto de procesamiento la responsabilidad que se requiere es la presunta, y que ese carácter solo se - desprende de los indicios y sospechas que arrojen los elementos que se hubieren aportado hasta el momento en que se dicten esos mandamientos, que hagan suponer fundamento para que el sujeto a quien se le atribuye el hecho delictuoso le sea imputable, y por lo mismo, que deba responder de él, a juicio de la autoridad que los dicta ". (10).

Franco Sodi, concluye "... habrá indicios de responsabilidad y por tanto responsabilidad presunta cuando existan hechos o circunstancias accesorias al delito y que permitan suponer fundamentalmente que la persona de que se trate ha - tomado participación en el delito, concibiéndolo, preparándolo o ejecutándolo, ya prestando su cooperación de cualquier especie por acuerdo previo o posterior o ya conduciendo a alguno a cometerlo ". (11)

- (10) González Blanco, Alberto. El procedimiento penal Mexicano en la -- Doctrina y en el Derecho Positivo. p. 104
(11) Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal. p. 201

Ningún Código penal o de procedimientos, definen la -
responsabilidad penal, sino que simplemente señalan quienes-
pueden resultar responsables y cuales son las conductas cong-
titutivas de delitos, causa de esa responsabilidad, podemos-
aceptar como tal responsabilidad la obligación de la autori-
dad competente de imponer una pena a los individuos imputa-
bles a quienes la autoridad judicial determinó como autores-
de una conducta típica, si no existe causa legal que justifi-
que su proceder y por haber actuado con culpabilidad.

Resumiendo, sólo puede hablarse de responsabilidad --
hasta en tanto se dicte sentencia condenatoria, antes de és-
ta únicamente existe probable responsabilidad.

Ahora bien, una vez que se ha determinado la idea de-
responsabilidad penal, a continuación la ubicaremos dentro -
del ámbito del servicio público.

Una determinada función pública dentro de un grupo so-
cial, pone al individuo por encima del resto de los sujetos,
y da lugar a un trato diferente que constituye el antecedente
de los privilegios que en la actualidad gozan algunas per-
sonas que desempeñan alguna función dentro de la administra-
ción pública.

Por lo anterior, es posible afirmar que dicho trato se otor-
ga en razón de la función encomendada y no del sujeto que la
desempeña, esto es, para proteger las funciones importantes-
para el grupo social, se otorgaba un trato especial a quie-
nes las desempeñaban.

En consecuencia, nuestro régimen Constitucional ha establecido, como medio para lograrlo, cierta inmunidad a la que tradicionalmente se ha denominado "fuero", sin que ello contradiga el principio de igualdad ante la ley. Aquellos servidores públicos, que gozan de estos privilegios, serán penalmente responsables por los delitos que cometan en el desempeño de sus funciones, al igual de quienes no los gocen, pero con la salvedad de que, a los primeros, se les deberá seguir un juicio previo, el de procedencia, en tanto que respecto a los segundo, el Ministerio Público podrá actuar de inmediato.

La comisión de delitos del fuero común por un servidor público, es decir, la comisión de un ilícito de sujeto común e indiferente y susceptible de ser cometido en cualquier momento durante el tiempo de encargo, sin requerirse ninguna circunstancia o modalidad, esto es, los comete el servidor público en tanto sujeto general de derecho penal, supone la previa declaración de procedencia si así lo requiere la función que desempeña, en cuyo caso, la Cámara de Diputados por mayoría de votos decidirá si se procede o no en contra del inculcado, y en caso afirmativo el servidor público queda suspendido de su cargo y a disposición de las autoridades correspondientes.

Ahora bien, los delitos propios de los servidores públicos, es decir, aquellos consignados en la ley, como cometidos en el ejercicio de su encargo, son figuras penales cuyo bien jurídico no se ha determinado y tan sólo se les distingue por el sujeto cualificado (Servidor Público).

La comisión de algún ilícito de esta naturaleza viene en algunos casos, a ser una agravante de un delito más genérico y en otros, la infracción a los lineamientos que debe observar un servidor público en el desempeño de su encargo, de tal forma, que aprovechando esa calidad pretende obtener u obtiene un beneficio ilícito. Su persecución requiere la declaración de procedencia cuando así corresponde al cargo que desempeña.

En virtud de la declaración de procedencia, se suspende al servidor público en el desempeño de su encargo pues, se protege al cargo y no al individuo, la suspensión durará el tiempo requerido para ser restituido si se pronunciara en su favor una sentencia absolutoria.

Por último, es oportuno señalar que García oviedo, -- establece que la responsabilidad penal sobreviene en los casos en que los servidores públicos en el desempeño de sus funciones, comete verdaderos actos delictivos, y agrega que un funcionario puede realizar los siguientes delitos:

- a) Delitos Comunes, sin más circunstancia (robo),
- b) Delitos comunes prevalecientes de su carácter, como puede ser el allanamiento de morada.
- c) Delitos especiales, conocidos aquí en México, como delitos oficiales (peculado). (12)

Luego entonces, la responsabilidad penal de los servidores públicos tiene lugar por delitos que sólo con esa cali

(12) García oviedo, Carlos, Derecho Administrativo, p. 100.

dad se pueden cometer, por actos agravados por la circunstancia de que su autor desempeñe una función pública.

CAPITULO CUARTO:

DELITO DE PECULADO

Concepto de Delito en general.

El elemento Objetivo del peculado, la conducta.

Clasificación del peculado de acuerdo a la conducta y al resultado producido.

Consumación del Peculado.

Causas de Ausencia de Conducta.

EL Tipo en el Peculado.

Clasificación del Peculado en orden al Tipo.

Elementos del Tipo en el Peculado.

Atipicidad en el Peculado.

Antijuridicidad en el delito de Peculado.

Causas de Justificación.

Imputabilidad.

Inimputabilidad.

Culpabilidad.

Inculpabilidad.

Punibilidad en el Peculado.

Excusas absolutorias.

En la regulación de la conducta social humana, se tiene la tendencia a prevenir conductas que, de acuerdo a las características de tiempo y lugar, se consideran como alteradoras del orden social; esto es, conductas lesivas de los intereses de la colectividad y, que de acuerdo a su naturaleza van en contra de la ética y de la esencia del ser humano en sí mismo, o como ente social.

La raíz latina de la palabra delito; se encuentra en el verbo "delinquiere", que significa apartarse del buen camino o alejarse del sendero señalado por la ley.

Encontramos que existe un problema en cuanto a poder determinar un concepto valadero para todos los tiempos y los diferentes lugares, o sea, permanente y universal, de cuando una conducta es o no delictiva, este problema no se ha podido resolver aún, debido a la gran dinámica de los cambios sociales y a la falta de determinación de los bienes jurídicos lo considerado antes como delito puede actualmente no serlo y viceversa.

Existe una solución formal, que consiste en describir conductas en determinadas leyes que, en ocasiones, llegan también a dar una connotación estigmatizante para quien las realiza, tales descripciones se agrupan en un cuerpo legal que los determina como delitos. La formulación de un concepto de delito es y ha sido desde siempre, preocupación de los estudiosos del Derecho.

Jiménez de Asúa, al hablar de la concepción esencial del delito, nos refiere al pensamiento de varios autores, y de esta forma cita que para Frank, es la violación de un hecho o un deber; para Wundt Wolfen es no solamente la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho; sino también la oposición al deber, que para Maggiore, es toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de una pena, en un determinado momento y, desde el ángulo valorativo, una expiación consistente en la pena. (1)

Castellanos Tena, menciona que Francisco Carrara define al delito como " la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. "

Por su parte, Rafael Garófalo, citado también por Castellanos Tena, define al delito como "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad ". (2)

Edmundo Mezger, considera que " delito es la acción típicamente antijurídica y culpable ". (3)

(1) Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal. T. II, p.22

(2) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho penal. p. 125-126

(3) Op. Cit. p. 129

Por otra parte, Pavón Vasconcelos considera que un concepto substancial del delito solo puede obtenerse dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico-penal. Por lo que al considerar que delito es una conducta o hecho antijurídico, culpable y punible, se adhiere a un criterio pentatómico. El mismo autor explica que: " EL artículo 7 precisa el acto u omisión como formas de expresión de la conducta humana, en la que en ocasiones se viene a sumar aquella mutación del mundo físico en que consiste el resultado, integrando así un hecho (conducta-resultado-nexo causal) deben estar amenazados de una sanción penal (acto u omisión que sancionan las leyes penales) ". (4); así de la propia definición surge el elemento punibilidad.

Carrancá y Trujillo considera al delito "como el acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal ", asimismo, cita a Eduardo Monreal quien fórmula una noción del delito desde el punto de vista de la ciencia jurídica, tomando en cuenta dos aspectos que deben distinguirse claramente; una la realidad de un hecho contradictorio con el Derecho, ejecutado por un ser humano culpable; y el otro, una valoración política del legislador que decide que esa realidad debe ser sancionada penalmente para mayor convivencia social. (5)

- (4) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual De Derecho Penal. p. 59
(5) Carrancá y Trujillo, Raul. Derecho Penal Mexicano. p. 222-223.

Ya sea que se considere al delito como la violación de un deber o de un derecho, o como un acto que lesiona la coexistencia social, debemos destacar que todo delito atenta contra un bien jurídico tutelado y ante la ausencia de éste se imposibilita su comisión, lo que nos permite inferir que no existe delito si no existe un bien jurídicamente tutelado.

Y si toda norma justifica su existencia al tutelar bienes jurídicos, esto nos lleva a la conclusión de que las figuras descritas en el Capítulo Décimo de nuestro Código Punitivo, denominado "Delitos Cometidos Por Servidores Públicos", deben fatalmente salvaguardar un bien o bienes considerados jurídicamente valiosos por el legislador, cuya naturaleza puede ser distinta entre ellas pero que su esencia justifica su agrupamiento en un solo capítulo.

Del Concepto substancial del delito, podemos mencionar los siguientes elementos que lo integran:

ELEMENTOS POSITIVOS

Conducta
Tipicidad
Antijuridicidad
Imputabilidad
Culpabilidad
Punibilidad

ELEMENTOS NEGATIVOS

Ausencia de Conducta
Atipicidad
Causas de Justificación
Inimputabilidad
Inculpabilidad
Excusas Absolutorias.

En lo que respecta al delito de peculado; serán analizados cada uno de sus elementos en el presente capítulo.

4.2 EL ELEMENTO OBJETIVO DEL PECULADO, LA CONDUCTA.

" Lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana. La conducta es, así, el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, - positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. y si es - negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado"(6)

El delito es ante todo, una conducta humana. Para expresar este elemento esencial del delito, se han usado diversas denominaciones tales como: acto, acción, hecho.

El Dr. Castellanos Tena, utiliza el término conducta - porque, dentro de el se pueden incluir correctamente tanto - el hacer positivo como negativo; con lo que se adhiere a la posición de Radbruch, quien considera que no es posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una - de las dos categorías, dentro del concepto conducta, en cambio, pueden comprenderse la acción (el hacer positivo) y la omisión (el hacer negativo), es decir, el actuar y el abstenerse de obrar.

Luis Jiménez de Asúa, explica que emplea la palabra - "acto" en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo "acción" y del negativo "omisión".

(6) Carranca y Trujillo Raul. Op. Cit. p. 261

Por su parte, CElestino Porte Petit, opta por los términos conducta y hecho para denominar al elemento objetivo - del delito y afirma " que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo, - según la descripción del tipo, dando lugar a este punto de -- vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y - de resultado material ". (7)

De conformidad con ésta última terminología, cuando - el tipo legal describe simplemente una acción (como es el ca so del artículo 223 Del Código Penal), o una omisión, el -- elemento objetivo del delito es la conducta y, cuando la ley requiere además de la acción o de la omisión que se produzca un resultado material, unido por un nexo causal, lo es el he cho.

La conducta es un elemento del hecho cuando según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un determinado resultado material.

En este sentido, convencionalmente se habla de conduc ta cuando el tipo solo exige un acto o una omisión, y de he cho cuando requiere una conducta, un resultado y su necesario nexo causal. Desde luego, únicamente existe nexo causal en los ilícitos de resultado material, puesto que los de sim ple actividad o inactividad comportan solo resultado jurídico. (8)

(7) Porte Petit Candaudap, Celestino. "apuntamientos de la - parte General del Derecho Penal". p. 287

(8) Cfr. Castellanos Tena, op. Cit. p. 148

Porte Petit, nos señala que " no se puede adoptar uno solo de dichos términos para hacer referencia al elemento objetivo o material del delito, pues si se aceptara el de conducta, sería reducido e inapropiado para los casos en que hubiere un resultado material, y si se admitiera el de hecho, -resultaría excesivo porque comprendería además de la conducta, el resultado excesivo, esto es, el resultado material -- consecuencia de aquella ". (9)

Por tal motivo; ya se trate de la conducta o ya del hecho, según la hipótesis típica, ambos guardan un lugar primario de la teoría del delito y constituye el elemento mate- -rial de éste.

De ésta manera, tenemos que el Dr. Castellanos Tena, -establece que la conducta es " el comportamiento humano vo- -luntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito"(10)

Como podemos apreciar, la conducta puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos, es decir, por actos-o por abstenciones, comprende tanto la acción como la omisión.

Por lo tanto, la conducta puede asumir dos formas di-versas: una positiva (consistente en un hacer) o una negati-va (consistente en un no hacer). En el primer caso se presenta la acción en sentido estricto o acción positiva, en el segundo, la omisión o acción negativa, comprensiva de la comi-

(9) Porte Petit Candaudap, Celestino, Op. Cit. p. 293

(10) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 149

sión por omisión (que constituye propiamente un hecho).

1) La acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios dirigidos a la producción de un resultado típico - o extratípico (como en el caso del peculado). Y en virtud de que en los delitos de acción se hace lo que esta prohibido, - la acción da lugar a un tipo de prohibición.

Porte Petit, nos señala que " por integrarse la acción mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), señala como sus elementos: a) la voluntad o el querer, b) la actividad y, c) el deber jurídico de abstenerse ". (11).

La forma de conducta que se presenta en el peculado, es precisamente la de acción.

2) La Omisión.- " radica en un abstenerse de obrar, - simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción De acuerdo con Cuello Calón, la omisión consiste en una actividad voluntaria cuando la ley impone el deber de ejecutar - un hecho determinado. Para Sebastián Soler, el delincuente - puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención.

Según Eusebio Gómez, son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia - por parte del sujeto de un precepto obligatorio " (12)

(11) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. p. 300-302

(12) Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. 152-153

En la acción, se infringe una ley prohibitiva, en la omisión una dispositiva.

La omisión es de dos clases: 1) la omisión simple o propia y b) la comisión por omisión u omisión impropia.

La omisión simple o propia, consiste en el no hacer voluntario o involuntario (culpa). Este tipo de omisión, se conforma cuando existe una inactividad que ocasiona la violación de un deber jurídico de obrar. por lo que los delitos de omisión, se originan cuando no se hace lo que la ley ordena, infringiéndose de esta manera una ley dispositiva, produciéndose un resultado típico; los elementos de la omisión propia, de acuerdo con Porte Petit, son: A) la voluntad o no voluntad (culpa), B) la inactividad o no hacer; C) el deber jurídico de obrar y D) el resultado típico o jurídico.

La comisión por omisión u omisión impropia tiene lugar cuando se produce un resultado típico y material, que se origina por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa) que viola una norma preceptiva o dispositiva y una prohibitiva. También se integra por una inactividad y se violan con esto dos deberes, a saber, uno de obrar y uno de abstenerse.

Los elementos de la comisión por omisión son: a) la voluntad o no voluntad (culpa); b) una inactividad; c) un deber de obrar (acción esperada y exigida) y un deber de abstenerse; y, d) un resultado típico y material.

" En los delitos de omisión propia el tipo se colma con la falta de la actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio, en los de co

misión por omisión es necesario un resultado material, una -- mutación en el mundo exterior, mediante no hacer lo que el -- derecho ordena.

En otro sentido, en los delitos de omisión propia, el tipo se llena con la inactividad, en los de comisión por omisión en cambio, cuando emerge el resultado material ". (13)

En lo que respecta al delito de peculado, en virtud-- de que la descripción contenida en el artículo 223 del Código penal no comprende un resultado material, la conducta -- constituye el elemento objetivo del delito, asumiendo únicamente la forma de acción positiva, el hacer, que puede manifestarse mediante cualquiera de los siguientes comportamientos:

1) Distraer de su objeto para usos propios o ajenos, dinero valores, fincas, o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo el servidor público -sujeto activo del tipo contenido en la fracción I- los hubiera recibido en administración, en depósito o por otra causa.

Debemos entender por distraer para usos propios o ajenos, que el agente se aduene de los bienes obrando como si fuera su propiedad, ya sea para apropiárselos o para utilizarlos en su beneficio personal o de otra persona, violando de ésta manera la finalidad jurídica de la tenencia; por lo que la distracción implica un injusto cambio de destino del objeto.

(13) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. p. 153-154

El servidor público, en razón de su cargo, detenta bienes o valores públicos afectos a una finalidad jurídica determinada y basta la variación de su destino, en beneficio propio o de un tercero, para cometer peculado.

El Distraer bienes públicos del objeto a que están -- destinados, implica realizar un movimiento corporal, desplegar una actividad para obtener el propósito deseado, que es el separarlos del patrimonio de la administración pública, - para usos propios o ajenos. Este actuar positivo dirigido a la abstención del fin señalado, es lo que les da sustantividad, propia al peculado. La distracción de la cosa pública - parte de la determinación voluntaria del agente.

2) Utilizar indebidamente fondos públicos u otorgar - algún acto de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de que el servidor público -sujeto activo del tipo descrito por la fracción II- promueva su imagen política o = social, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o - con el fin de denigrar a cualquier persona.

El elemento objetivo o material de la fracción II del artículo 223 del Código Penal, contempla dos hipótesis alter nativas:

a) Utilizar indebidamente fondos públicos, que significa aprovecharse de ellos, disiparlos en beneficio propio o de un tercero, en concreto en las promociones o denigraciones mencionadas.

b) El otorgar algún acto de uso indebido de atribuciones y facultades, " es dar o dictar en favor de particulares concesiones de explotación y de franquicias económicas de --

diversa índole que importan el aprovechamiento o uso irregular de bienes del dominio de la Federación, el riesgo de los recursos económicos públicos o la merma del erario en la recaudación de impuestos, derechos y utilidades ". (14)

3) Solicitar o aceptar promover la imagen política o social de un servidor público, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o denigrar a cualquier persona, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades a que se refiere la fracción I del artículo 217 del Código penal.

Esta conducta, a diferencia de las referidas anteriormente, puede ser cometida por "cualquier persona", según lo dispone la fracción III, que igualmente admite actividades alternativas para su configuración, consistentes en:

1) Solicitar promover la imagen política o social de un servidor público, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o denigrar a cualquier persona, o

2) aceptar promover la imagen política o social de un servidor público, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o denigrar a cualquier persona.

En cuanto al contenido de la fracción III del artículo 223 del Código Penal, es conveniente hacer dos comentarios

1) Según se observa, las conductas que describe técnicamente se identifican en cuanto a propósito, por las contem-

(14) Cfr. Alvaro Bunster y Co. Las Responsabilidades de los Servidores Públicos. p. 20

pladas en la fracción II, resultando innecesaria su inclusión como otra modalidad de peculado, ya que como establece el párrafo segundo del artículo 212 del mismo Código: Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito cometido por un servidor público, de que se trate a cualquier persona que participe en su perpetración.

2) Por otra parte, de conformidad con su redacción, aparentemente el tipo se configura con la simple solicitud o aceptación de cualquier persona para realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción II, sin embargo, debe entenderse que el tipo se colma hasta que el sujeto activo recibe los fondos públicos, o los beneficios aludidos, de lo contrario, únicamente habría peligro de obtención del objeto material pero no el resultado propio del delito en cuestión.

4) Distraer de su objeto para usos propios o ajenos o aplicar a un destino distinto recursos públicos federales sobre los que el sujeto activo configurado por cualquier persona que sin revestir el carácter de servidor público federal, -- tenga obligación legal de custodia, administración o aplicación.

De igual manera, la fracción IV, supone dos hipótesis

a) Distraer de su objeto recursos públicos federales para usos propios o ajenos, significando con ello que el obligado legal se los aduñe.

b) Aplicar recursos públicos federales a un destino distinto del legal, aquí, debemos entender que el obligado legal incurre en peculado, cuando la aplicación que realiza es no solo

diferente a la prevista, sino que implica quebrar los límites del público orden administrativo y tiene el carácter de una aplicación privada, pues la aplicación distinta derivada de una incompetencia (referida a aptitudes) del sujeto activo no es suficiente para integrar la conducta peculosa, ya que no existió en él la intención de realizarla ni orientó su voluntad a la obtención de un lucro.

Estas conductas que pueden ser realizadas por cualquier persona que no tenga el carácter de servidor público-- (considerada como tal por el artículo 212 del Código Penal), requieren para ser constitutivas de peculado la tenencia precaria de los recursos derivada de la obligación legal de custodia, administración o aplicación.

Hablando de una manera genérica, el artículo 223 del Código Penal se quebranta con la distracción de bienes públicos de la actividad patrimonial de la administración pública, mediante cualquiera de las conductas descritas: la distracción propiamente dicha; la utilización indebida de fondos públicos o el otorgamiento de alguno de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades (que por cuanto crean un detrimento del erario, se equiparan a los fondos públicos); la solicitud o aceptación de los fondos públicos o de su equivalente; o de la aplicación distinta a la prevista.

En su esencia jurídica el peculado consiste en la distracción o indebida utilización de recursos públicos.

En virtud de que las conductas descritas por el tipo en estudio se integran mediante un simple comportamiento externo, sin exigir como complemento una modificación en el mundo exterior, el peculado es un delito de simple conducta-

o de actividad. En efecto, de conformidad con la descripción legislativa, el peculado se perfecciona con la simple acción del sujeto activo, sin precisar para su integración determinada conducta fáctica. Esta característica del peculado es sumamente importante en materia de tentativa, ya que su configuración de delito formal o de mera conducta, excluye por naturaleza la hipótesis del delito frustrado.

En el peculado, la propia acción constituye el punto-final del tipo, pues actividad y resultado coinciden y se --sueldan intimamente.

Lo que se quiere significar con la expresión de "delitos de mera conducta" es que los efectos naturales que el --comportamiento del hombre puede producir en el mundo exte--rior, son excluidos del ámbito de la figura delictiva y por--consiguiente, carecen de relevancia penal. Por esta razón, --ya Antolisei separaba claramente los efectos físicos, fisio--lógicos y psíquicos, esto es, los efectos naturales de la acción, de los efectos jurídicos del delito.

4.3 CLASIFICACION DEL PECULADO DE ACUERDO A LA CONDUCTA Y AL RESULTADO PRODUCIDO.

El Peculado se clasifica en orden a la conducta, como un delito de:

A) ACCION.- toda vez que la conducta se manifiesta mediante movimientos corporales constituidos de una actividad o un hacer. Por tal motivo, el peculado se comete mediante un comportamiento positivo, violándose una ley prohibitiva.

Los verbos (distraer, utilizar, solicitar o aplicar), que utiliza la ley penal para referirse a la conducta que integra el peculado, implican una actividad (elemento físico)-voluntaria (elemento psíquico) por parte del sujeto que tiene, en razón del cargo o por obligación legal, la posesión precaria de la cosa ajena; en tal virtud, la conducta del peculado se ha expresado en el plano material, en forma de acción, excluyéndose la omisión como forma de conducta.

En atención al número de actos integrantes de la acción típica, el delito de peculado es: UNISUBSISTENTE, en virtud de que es esencialmente de acto único; por no permitir la actividad típica fraccionamiento en varios actos, sino que se consuma en un solo acto, el cual forma o constituye la acción.

Excepcionalmente en el peculado puede existir pluralidad de distracciones unidas por la misma intención y la misma lesión jurídica, caso en que se admite su carácter pluri-

subsistente y por ende, de delito continuado. En este sentido, quien distrae para usos propios o ajenos, en diversas partidas, cantidades cuya tenencia le estaba conferida funcional o legalmente, no comete varios delitos de peculado, sino solo un único delito, pues toda la actividad sucesiva es continuación e integración de la misma conducta típica principal.

El elemento objetivo del peculado puede manifestarse mediante un movimiento único o por varios, acarreado el conjunto la distracción total.

El peculado se clasifica en orden al resultado como un delito de:

A) MERA CONDUCTA, FORMAL O DE RESULTADO MATERIAL, toda vez que se consuma con la simple realización de la conducta, la cual basta sin más para violar la ley.

Daniel P. Carrera, establece al respecto que " el peculado es un delito formal por que no requiere la necesaria presencia de una lesión patrimonial, se configura aún sin ella, pero no lo independiza sin embargo de un resultado. El resultado que el peculado requiere, dada su objetividad jurídica, es el quebrantamiento del regular desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública, -- que el funcionario ejecuta al faltar al deber de probidad, -- se siga o no de un lesión al patrimonio de la administración pública. Tampoco integra su noción el daño o entorpecimiento del servicio a que los bienes estuvieren destinados.

(14)

(14) Cfr. P. Carrera Daniel, Peculado, p. 139-140.

INSTANTANEO.- el peculado por su duración es un delito instantáneo por que la acción que lo consume se perfecciona en un solo momento, esto es, tan pronto como se efectúa se agota la consumación.

El peculado consiste en un acto que al ser ejecutado cesa por si mismo sin poder prolongarse, su duración concluye en el momento mismo en que el servidor público distrae para sí o para otro, el bien público.

El delito de peculado atendiendo a su duración puede eventualmente presentarse como un delito continuado, cuando se comete mediante varias acciones que ocasionan una sola lesión jurídica. Al respecto, Luis Fernández Doblado, señala que: " la posibilidad de un peculado continuado, en el caso de repetidas sustracciones de cosas o caudales hechos con un mismo designio criminal por parte del encargado de un servicio público, habiéndolas recibido por el mismo concepto"(15)

El delito continuado es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución, debiéndose buscar la continuidad en esta clase de delitos, en la discontinuidad de la acción.

Ahora bien, con relación al daño resentido por la víctima, es decir, en razón del bien jurídico, el peculado es un DELITO DE LESION, ya que consumado causa un daño directo-

(15) Fernández Doblado, Luis. El Delito de Peculado. Criminalia. p.247.

y efectivo a los intereses jurídicamente tutelados por el artículo 223-- del Código Penal.

Para que el peculado pueda integrarse, es indispensable que el acto de distracción se traduzca en un perjuicio patrimonial ocasionado al sujeto pasivo, pues el tipo se satisface con la lesión efectiva al patrimonio público, y no con que simplemente se ponga en peligro éste. Esa disminución patrimonial que corresponde a un provecho injusto, es el fin perseguido por el agente, y su momento sirve de base para graduar la pena.

por otra parte, debemos tener presente que con la distracción, no solamente se ocasiona un daño patrimonial a la administración pública, sino también un daño de probidad a que están sujetos los servidores públicos.

4.4 CONSUMACION DEL PECULADO.

Se han elaborado diversas teorías para determinar el momento de ejecución del delito, de las cuales veremos las siguientes:

A) Teoría de la Actividad; la cual considera que el delito se comete en el momento en que se realiza la actividad o movimiento corporal; independientemente del resultado, esto es, que el delito se comete al tiempo de la acción o de la omisión.

B) Teoría del Resultado; que sostiene que el delito se comete precisamente en el instante en que se realiza aquél y no en el que se lleva a cabo la actividad o movimiento corporal. Esta teoría se objeta por violar el principio nullum crimen sine lege, porque en el momento en que se realizó la conducta, el hecho producido pudo no estar previsto como delito.

C) Teoría Unitaria, Mixta, Combinada, del Conjunto o de la Ubicuidad; que estima que el delito se comete tanto al momento de realizarse la conducta como cuando se produce el resultado.

D) Teoría del Resultado intermedio; constituye una variedad de la teoría del resultado, importándole el tiempo del efecto antijurídico más próximo propuesto por la acción. La crítica que se le hace es por ser arbitraria al excluir en el proceso de la determinación local de la acción los --

resultados posteriores aún pertenecientes al tipo.

E) Teoría de la Actividad preponderante; que vé en el acto de mayor trascendencia dentro de la actividad, el medio de determinar el tiempo de ejecución del delito.

F) Teoría de la Intención, la cual tiene por realizado el delito en el tiempo donde subjetivamente lo ubica el agente.

G) Teoría de la Valoración Jurídica, que sugiere que el derecho adopte el principio de la manifestación de voluntad o el resultado de acuerdo con los fines perseguidos en cada una de las materias donde el problema se plantea.

También para precisar el momento consumativo del peculado, hay que recordar que el iter criminis, está constituido por una serie de relaciones especiales y temporales que abarcan desde la ideación del delito hasta su agotamiento. Cada una de estas relaciones separadamente, determina soluciones jurídicas distintas. En la secuencia total de la acción, los actos preparatorios permanecen en el campo de lo ilícito, los actos que constituyen principio de ejecución del delito entran ya en el terreno de lo ilícito bajo la forma de tentativa, a la cual le corresponde como sanción, las dos terceras partes de la pena correspondiente al delito consumado, salvo disposición en contrario. En cuanto al proceso total, integrante de la conducta o del hecho descritos en el tipo penal, llamado consumación, tiene como consecuencia la pena fijada para el delito.

Si se trata de saber cuando se ha cometido un delito, habrá que preguntarse en que momento del iter criminis, la conducta se subsume a un tipo penal; como los tipos describen hechos consumados, ese momento será el de la consumación. En el caso del peculado, no sería posible afirmar su existencia antes de que se distraigan bienes públicos para usos propios o ajenos, que lleve implícito un daño patrimonial a la administración pública, pues bajo los términos -- "cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente...", el tipo exige que tanto la distracción -- (actividad) como el detrimento del erario (resultado) se hayan producido, para la procedencia de la sanción. En este sentido, para que se integre la figura delictiva de peculado es necesario: A) la entrega de la cosa en tenencia, b) la -- distracción de la misma, y, c) el perjuicio patrimonial como consecuencia de esa indebida distracción.

Nuestro Código Penal, no reglamenta el tiempo de comisión del delito y la ausencia de un precepto o regla precisa que resuelva la problemática de la consumación, ha dado lugar a que se adopten soluciones diversas con relación a -- los casos concretos, aunque generalmente se sigue la teoría del resultado.

El peculado siendo un delito de acción, se consuma al momento de que se realiza la actividad o el movimiento corporal, en que se ocasiona el daño patrimonial a la administración pública. Ese momento consumativo, según las diversas modalidades que se contienen en el artículo 223 del ordenamiento penal, tiene lugar:

1) Cuando el servidor público distrae los bienes que por razón de su cargo le fueron confiados, esto es, cuando saca los bienes de la esfera del poder de la administración pública y los incorpora a su propia esfera de acción o a la de un tercero, cuando esa incorporación ocurre, no hay duda de que el peculado se ha consumado.

Por lo tanto, la consumación del peculado, se inicia cuando el servidor público desapodera de la cosa a la administración pública, pero cuando la incorpora a su patrimonio propio o la adjudica al de un tercero, la consumación es total, perfecta. En este orden de ideas, Vincenzo Manzini, manifiesta: " téngase presente, por lo demás, como ya lo hemos indicado, que, a diferencia del hurto, el peculado (y la malversación) consumado, no implica nunca posesiones de la cosa (porque ésta debía encontrarse ya antes y legítimamente en la posesión inmediata o mediata del peculador), sino apropiación o distracción de la especie o de la cantidad". (1).

2) En el momento en que el servidor público utiliza fondos públicos u otorga algún acto de uso indebido de atribuciones y facultades, para llevar a cabo las promociones políticas-sociales propias o ajenas, o para denigrar a cualquier persona. la primera hipótesis consumativa (utilización indebida de fondos públicos), ocurre, cuando de manera dolosa el servidor público se sirve de los fondos y los usa en las promociones o denigraciones enunciadas. La segunda (otorgamiento de algún acto de uso indebido de atribuciones y facultades), cuando el servidor público autoriza las concesiones, permisos, franquicias o contratos a que se refiere la fracción I del artículo 217 del Código penal.

3) Cuando el particular solicita o acepta promover la imagen política o social de un servidor público o de un particular, o denigrar a cualquier persona " a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades" Este momento consumativo, no se refiere al simple hecho de que el particular solicite o acepte realizar las aludidas promociones o denigraciones, sino también el hecho de que reciba " a cambio " fondos públicos o los beneficios que generan los actos de uso indebido de atribuciones y facultades, por ser la finalidad que persigue. En esta forma, sólo la solicitud o aceptación que se acompaña de la recepción de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los citados actos, es configurativa de peculado, ya que únicamente en tales condiciones se lesiona el patrimonio de la administración pública.

4) Cuando la persona no servidor público federal, que maneja legalmente recursos públicos federales, los distrae de su objeto para usos propios o ajenos o les da una aplicación distinta a la que se les destinó. En este sentido, opera el mismo razonamiento que el expresado en el punto 1.

Ahora bien, según, el objeto material de que se trate el momento consumativo del peculado se presenta:

A) Respecto de las cosas, en cuanto que el agente verifica un hecho físico que manifiesta su voluntad de tener la cosa mueble o inmueble como propia. El momento consumativo, se -- presenta cuando el servidor público o el obligado legal realizan la distracción de la cosa que poseen por razón del car

go o por obligación legal respectivamente, con que ocasionan un daño patrimonial. Por tal motivo, el solo hecho de incorporar los bienes a que se refiere la ley, al patrimonio del servidor público o de tercera persona, hace que se consume el peculado.

B) En relación a los fondos, de igual manera se consume - - "cuando el sujeto activo incorpora a su propio patrimonio el dinero destinado al público servicio, comprometiéndolo y sometiendo a riesgos, que por su condición de dinero público no debe de ningún modo correr, o bien cuando los dilapida en su personal provecho ". (17)

Antonio de P. Moreno, dice que: " La acción consumativa del delito, es preciso repetirlo, consiste en la distracción de su objeto de la cosa recibida, con transmisión de la simple tenencia de ello y no del dominio. La violación de la finalidad jurídica de la tenencia, el abuso de la cosa y con él, el abuso de la confianza depositada en el encargado del servicio público que trae aparejada la infidelidad, la deshonestidad, del servidor público, la violación de la fe en él depositada públicamente... La distracción de la cosa de su objeto, se consume, tanto cuando tenga por finalidad destinarla a usos propios, egoístas, de enriquecimiento, de medro personal, como cuando se la emplea para usos ajenos del agente. El delito se consume, simplemente, con la violación de la finalidad jurídica de la tenencia; que a tanto -- equivale la distracción ilícita de la cosa, de la que tiene-

(17) Fernández Doblado, Luis. Op. Cit. p. 247

el sujeto activo del delito la posesión precaria, del objeto para el cual estaba destinada... El acto consumativo del peculado, la distracción de la cosa del objeto para el cual es taba destinada, puede originar solamente su cambio de lugar, pero no siempre la desaparición o menoscabo de la cosa distraída ". (18)

(18) De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. P. 544-545.

4.5 CAUSAS DE AUSENCIA DE CONDUCTA.

Teniendo presente que la acción se integra por una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la actividad no voluntaria, sintetizada bajo la fórmula nullum crimen sine actione, constituye el aspecto negativo de la conducta, en el delito en cuestión.

Las causas que impiden la integración del peculado -- por ausencia de conducta, son:

A) Vías Absoluta o fuerza física exterior irresistible; la cual " se presenta cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible ". - (19), que se encuentra establecida en el artículo 15 fracción I del Código Penal.

La fuerza física irresistible puede hacer que el servidor público realice la distracción de cosas públicas, que no quería ejecutar; y, siendo la actividad forzada, no puede constituir el elemento esencial del delito que es la conducta humana, por faltar uno de sus elementos, la voluntad.

Establece Fernando Catellanos que " la conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, - por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto di-

(19) Forte Petit, Candaudap, Celestino. Op. Cit. p. 406

ce Pacheco que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado, materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) -- no comete delito, es tan inocente como la espada misma de -- que un asesino se valiera ". (20)

Conforme a la doctrina establecida por la jurisprudencia, es necesario para que proceda la vis absoluta lo siguiente:

1.- qué el acusado obre impulsado, esto es, que actúe materialmente obligado a ello, existiendo una fuerza física exterior que lo violente.

2.- Por Una Fuerza Humana.- es decir, que debe provenir del hombre, ya que si proviene de fuerzas subhumanas (ya sea de la naturaleza o de los animales), se trataría de la vis mayor (fuerza mayor)

3.- Que sea una Fuerza Física; esto es, que la fuerza sea material, porque a diferencia de la fuerza moral, es la única que puede constreñir al sujeto a actuar contra su voluntad.

4.- Fuerza Exterior; significa en principio, que sea una fuerza material no moral, que excluya los ímpetus o arrebatos pasionales y que provenga de otra persona, la cual excluye los propios ímpetus de origen interno.

5.- Fuerza Irresistible; esto es, que anule por completo la libertad de obrar del acusado. La fuerza física es irresistible cuando el sujeto que la sufre no la puede dominar, es vencido por ella. La fuerza física del sujeto que --

(20) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 162.

que sufre la del tercero, ha de estar en tal forma superada, que el sujeto incapacitado para determinarse con su propia - voluntad.

Pero si el sujeto tuvo un proceso mental que terminó - en actos violentos, no se configura la vis absoluta, pues és te requiere que el agente externo que obre sobre aquél, le - quite la voluntad en la ejecución de los hechos.

B) El Hipnotismo; que tambien es una causa capaz de - eliminar la conducta e impedir, por ausencia del elemento vo - litivo, la formación del peculado.

El hipnotismo que " consiste esencialmente en una -- serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa astifical " (21), que pueden ir desde un simple - estado de somnolencia hasta uno sonambólico, pasando por di - versas fases en las cuales se acentúa, en sus caracteristi-- cas externas, el grado de hipnotismo; es, realmente, un fenó - meno psiquico mediante el cual el sujeto hipnotizado obra -- por mandato del hipnotizador, es decir, sin voluntad, por ha llarse en un estado en que su conciencia se encuentra supri - mida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

Atendiendo fundamentalmente a que la distracción o a - apropiación de la cosa requiere una necesaria actividad volun - taria, para integrar la conducta como elemento objetivo del - peculado, habrá hipótesis de ausencia de conducta cuando la actividad concretizada en el acto de distracción sea involun -

(21) Pavón Vasconcelos Francisco. manual De Derecho penal Mexicano. p. 251.

taria. En tal virtud, y si se considera la posibilidad del -- acto distractivo en aquellas situaciones en que el sujeto -- obra sin voluntad, independientemente de que se exprese o no en la ley, cabe considerar como factible la sugestión hipnótica, en la cual el agente, acatando el mandato de una voluntad superior bajo cuyo influjo hipnótico se encuentra, realiza la actividad típica.

Se ha planteado una problemática en relación con el -- sujeto hipnotizado, y para ello existen tres supuestos:

a) Qué el sujeto sea hipnotizado sin su consentimiento y en ese estado realice una conducta o hechos delictuosos, en tal caso, el sujeto no es responsable. Al respecto han -- surgido dos criterios: unos que piensan que se trata de una ausencia de conducta, y otros de una causa de inimputabilidad, me inclino en lo particular por el primer criterio, ya que cuando existe ausencia de voluntad, se estaría hablando de inexistencia de conducta.

b) Que el sujeto sea hipnotizado con su consentimiento para realizar actos tipificados por la ley. En este -- supuesto, el sujeto si es responsable ya que de manera intencional se colocó en ese estado para realizar el ilícito.

c) Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento -- sin intención delictuosa por parte de éste. En este sentido, el sujeto es responsable de un delito culposo.

De esta manera; la Vis Absoluta y el Hipnotismo, constituyen la hipótesis de ausencia de conducta en el peculado, toda vez -- que el actuar del sujeto en ambas es involuntario.

4.6 EL TIPO EN EL PECULADO.

Antes de hablar del tipo legal en el peculado, es pertinente hacer una referencia respecto del tipo y, consecuentemente a la tipicidad, y de esta manera, tenemos que, Castellanos Tena establece que " el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. " el injusto recogido y descrito en la ley penal ". (22).

" La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos dice que el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena. En otra ejecutoria se establece, que bien sabido es que en el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien, el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de los presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse ". (23)

El tipo es a veces la descripción legal del delito, cuando contiene todos los elementos del mismo; y, en ocasiones, es la descripción del elemento objetivo (comportamiento) cuando se limita a formular la conducta prohibida u ordenada (como en los delitos de omisión) .

(22) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 167-168

(23) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. p. 424

En suma, el tipo constituye un presupuesto general y fundamental del delito, por no ser posible que haya delito sin la existencia de un tipo legal, lo que da lugar a la fórmula *nullum crimen sine tipo*, que es equivalente al dogma *nullum crimen sine lege*, que constituye la más elevada garantía del Derecho Penal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no están descritos por la norma penal, como lo consagra el tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que -- señala: " En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

En lo que respecta a la tipicidad, es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, - la conciencia del comportamiento con el descrito por el legislador.

En este orden de ideas, Edmundo Mezger sostiene " que el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente ". (24). Al respecto, podemos resumir, que toda conducta típica es antijurídica; siempre y cuando no exista una causa de justificación, toda vez que si la hay, el delito no se puede integrar.

Ahora bien, en 1915 Max Ernesto Mayer, asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuridicidad. En otras palabras, no toda conducta típica-

(24)Cfr. Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p. 169

es antijurídica, pero si toda conducta típica, da indicios - de antijuridicidad.

En cuanto al tipo legal del delito de peculado, o mejor dicho, a los tipos casuísticos de peculado, se encuentran contenidos en el artículo 223 del Código Penal, en los siguientes términos:

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, o a fin de denigrar a cualquier persona.

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

IV.-Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales,-

los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.

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

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

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito se impondrán de dos 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.

4.7 CLASIFICACION DEL PECULADO EN ATENCION AL TIPO

Existen diversas clasificaciones en relación al tipo; pero para clasificar al peculado solo haré referencia a las más comunes:

A) POR SU COMPOSICION; los tipos de peculado son anormales, porque además de factores objetivos, contienen elementos normativos y subjetivos, haciéndose necesario establecer una valoración tanto cultural como jurídica.

En la descripción típica del peculado, se incluyen -- tres elementos: a) objetivos (palabras con un significado -- apreciable por los sentidos); b) normativos (frases usadas -- por el legislador, cuyo significado requiere ser valorado -- cultural o jurídicamente) y C) Subjetivos (conceptos cuyo -- significado se resuelve en un estado anímico del sujeto).

En cuanto a la exposición de los elementos constitutivos de peculado, se hará oportunamente en el apartado siguiente del presente capítulo.

B) POR SU ORDENACION METODOLOGICA; se considera que -- los tipos de peculado son especiales, porque se forman autónomamente, agregándose al tipo fundamental otro requisito.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que "el peculado es un delito de tipicidad especial, en razón, de que el tipo contiene una referencia al "sujeto activo", de tal manera que solo pueden cometer este delito --

aquellos que reúnan las condiciones o "referencias típicas del sujeto"; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios (ahora de servidores Públicos), los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen tal calidad ". (Semanario Judicial de la Federación, T. XV, p. 68, sexta época, segunda parte). (25)

Esta clasificación que estrictamente se encuentra apegada al concepto de tipo especial, no me parece correcta, toda vez que si los tipos especiales son los formados por el tipo fundamental o básico (aquel que contiene una descripción que sirve de base a otros tipos derivados, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo) y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial; surge la siguiente interrogante: Cuál es el tipo fundamental o básico del cual deriva el peculado y que le sirve de base ?.

Como conclusión, establezco que una vez analizados los tipos contenidos en el título Décimo del Código Penal, correspondiente a "Delitos Cometidos Por Servidores Públicos" no existe entre ellos ningún tipo que sirva de base al peculado. Y si ninguno forja una categoría común, capaz de servir de fundamento a dichos delitos, por extender cada uno, con matices propios, el objeto genéricamente tutelado, que latu sensu es la seguridad amparada por el orden jurídico confiado a la administración pública, la clasificación de los tipos en torno a su ordenación metodológica resulta insuficiente para clasificar correctamente los tipos de peculado,

(25) Citado por Porte petit Candaudad, Celestino. Op. Cit. p.448

pues en mi opinión, ni son fundamentales o básicos, ni especiales, ni complementados. Por tal motivo, resulta imposible determinar si dentro de la categoría de tipos especiales, -- las fórmulas casuísticas de peculado descritas por el artículo 223 del Código Punitivo, son agravadas o privilegiadas, -- por la ausencia de un tipo fundamental que sirva de base para determinar la causa de agravación o atenuación de la pena.

Desde un aspecto meramente ideomático más no jurídico podría admitirse que los tipos de peculado son especiales en virtud, de las circunstancias o características propias (calidad de servidor público bienes o fondos públicos, tenencia de los bienes en "razón del cargo") que requieren para su configuración.

C) EN FUNCION DE SU AUTONOMIA O INDEPENDENCIA, los tipos de peculado son autónomos o independientes, ya que tienen vida propia, y no dependen de otro tipo.

Jiménez de Asúa explica que hay en las leyes tipos -- que por estar solos y no tener relación con otros, en referencia de fundamento poseen autonomía.

Por lo tanto, no obstante que el tipo descrito por la fracción II del artículo 223 del Código Penal, en su segunda hipótesis de conducta necesita para su existencia del tipo de uso indebido de atribuciones y facultades, como delictum sui generis tiene autonomía, propia substantividad; pues una vez creado el nuevo tipo como peculado, se excluye la aplicación del tipo de uso indebido de atribuciones y facultades --

De esta manera, el tipo contenido en la fracción III-

del mismo artículo, merece el mismo señalamiento, ya que al expresar "realizar promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior", parecería subordinarse al tipo de la fracción II, del cual aparentemente parece depender. Sin embargo, como el tipo de la fracción III no adquiere vida en razón del enunciado por la fracción II, es decir, no presupone su presencia sino la excluye, trátase de un tipo autónomo, independientemente de que guarden identidad de fin.

D) EN FUNCION DE SU ESTRUCTURA: los tipos de peculado descritos por las fracciones II y III del artículo 223 del Código penal, pueden eventualmente ser complejos, ya que en esas figuras jurídicas de comisión alternativa, se permite la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva: la de peculado.

En relación a la fracción II, que permite la configuración del tipo mediante el otorgamiento de " alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades ", es conveniente hacer el siguiente análisis:

Esta segunda hipótesis, como expresamente se manifiesta, posee vida independiente en términos de la fracción I -- del artículo 217 del Código Penal, el cual establece:

Artículo 217.- Comete el delito de uso indebido de --
atribuciones y facultades:

I.- El servidor público que indebidamente:

A) Otorgue concesiones de prestación de servicio pú--

blico, o de explotación aprovechamiento y uso de bienes de - dominio de la federación;

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

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

D) Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos eco--nómicos públicos.

Vinculando al tipo de uso indebido de atribuciones y facultades, en el peculado puede ocurrir un delito contra el honor (también de comisión alternativa, según la redacción - del tipo en análisis), derivado del hecho de "denigrar a --- cualquier persona", al ofender la opinión o fama de ella. - Pues como afirma Carrancá y Rivas, denigrar equivale a inju--riar, agraviar, ultrajar. Y dice, confundiendo el delito complejo con el concurso de delitos: "En consecuencia, y aparte del tipo a que se contrae la fracción II que se comenta, procede invocar el delito de injurias tanto como los de difama--ción y calumnias, recurriendo a las reglas del concurso ide--al o formal". (26) , por cuanto con una sola conducta se cometen varios delitos.

Debemos establecer que delito complejo no es lo mismo que concurso de delitos; en el delito complejo, la misma ley

(26) Raúl Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. p. 496

crea el compuesto como delito único, pero el tipo se configura por la fu si ón de figuras delictivas que en sí mismas pueden figurar por separado, en cambio, en el concurso, las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien las ejecuta.

En lo que respecta a la fracción III, que contiene un tipo susceptible, igualmente de configuración alternativa, se deduce lo siguiente:

a) "Cualquier persona que solicite o acepte realizar las pro mo ci o ne s o denigraciones a que se refiere la fracción anterior...". Esta primera parte del tipo y, por lo que hace a las denigraciones a que se refiere la fracción II ya analizada, tal conducta puede constituir, en el mismo sentido, un delito contra el honor.

b) "... a cambio... del disfrute de los beneficios derivados de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades". - este es el aspecto interesante de esta segunda parte del tipo, pues llama la atención que dicho propósito finalista también se encuentre tipificado como uso indebido de atribuciones y facultades, en términos de la fracción II del artículo 217 del Código Penal, el cual establece:

ARTICULO 217.- Comete el delito de uso indebido de -- atribuciones y facultades:

II.- Toda Persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las ope ra ci o ne s a que hace referencia la fracción anterior o sea -- parte en las mismas.

En la fracción III del artículo 223 del Código punitivo, el punto criticable, es el que concierne al problema de la participación, pues como se ha señalado, resulta evidente que el sujeto activo en ella previsto, coopera en la realización del peculado descrito en la fracción II del mismo artículo, tocándole distinta actividad dentro del mismo propósito concebido. Y atento a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 212, del multicitado código penal, la fracción III del artículo 223 resulta innecesaria, habida cuenta que se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos cometidos por servidores públicos.

El mismo comentario opera respecto de la fracción II del artículo 217 del ordenamiento penal citado, en virtud de que la conducta que describe, converge en la producción del mismo ilícito señalado por su fracción I.

En base al razonamiento anterior y de conformidad con lo dispuesto por las fracciones II y III del artículo 223 -- del Código Penal, fórmanse dos tipos circunstanciados que -- subsumen el uso indebido de atribuciones y facultades y, -- eventualmente, un delito contra el honor; por tal razón, no es procedente aplicar las penas de ninguno de los delitos -- mencionados, sino precisamente las correspondientes a la figura compleja (peculado).

Ahora bien, en torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados, el peculado es un delito complejo, porque protege contemporáneamente dos bienes jurídicos que son; la fun

ción pública y el patrimonio público, con independencia de -
que cada uno de dichos bienes jurídicos esté o no aisladamen-
te tutelado en un tipo penal.

4.8 ELENENTOS DEL TIPO EN EL PECULADO.

Castellanos Tena señala: " que si la ley emplea pala-
bras con un significado apreciable para los sentidos, tales-
vocablos son elementos objetivos del tipo, cuando las frases
usadas por el legislador tienen un significado tal, que re--
quieren ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen-
elementos normativos del tipo, y si la descripción legal con-
tiene conceptos cuyo significado se resuelve en un estado --
ánimico del sujeto, entonces se está en presencia de elemen-
tos subjetivos del tipo ". (27)

En los tipos de peculado, se presentan los referidos-
elementos, pues como tipos anormales, contienen conceptos ob-
jetivos y, además, describen situaciones valoradas y subjeti-
vas. Por lo que analizaremos cada uno de ellos a continuación:

A) ELEMENTO OBJETIVO.- La doctrina al referirse a los
elementos típicos objetivos o descriptivos del tipo, señala-
como tales " a los estados y procesos externos, suceptibles-
de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles -
por los sentidos "objetivos", fijados en la ley por el legis-

(27) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 169

lador en forma descriptiva, así como los estados y procesos-
ánimicos en otras personas que no sean precisamente el autor"
(28).

Pavón Vasconcelos, entiende por elementos objetivos, -
"aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conoci-
miento y cuya función es describir la conducta o el hecho --
que pueden ser materia de imputación o de responsabilidad pe-
nal ". (29)

De esta manera, el elemento material u objetivo del -
peculado, consiste esencialmente en:

1) Distraer de su objeto dinero, valores, fincas o --
cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo --
descentralizado o a un particular;

2) Utilizar fondos públicos u otorgar algún acto de -
uso indebido de atribuciones y facultades.

3) Solicitar o aceptar promover la imagen política o-
social de un servidor público, la de su superior jerárquico-
de éste, o la de un tercero, o denigrar a cualquier persona;

4) Distraer o dar una aplicación distinta a recursos-
públicos federales.

Aunque el núcleo del elemento objetivo del peculado -
lo constituye la acción trascendente para el Derecho, expre-
sado por los verbos "distraer", "utilizar" u "otorgar", "so-
licitar" o "aceptar", o "aplicar", también lo conforman to-
dos los procesos, estados, referencias, etc., conectadas a -

(28) Cfr. Porte Petit, Candaudap, Celestino. Op. Cit. p.431-432

(29) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. P. 270

la conducta, y que resultan modalidades de la misma por integrar parte de la descripción legal. Estas modalidades que satisfechas producen la adecuación típica son, a decir de Porte Petit, referencias de tiempo, de lugar, referencia legal a otro hecho punible, referencia de otra índole exigida por el tipo y los medios empleados.

En lo que hace a:

1) REFERENCIAS DE TIEMPO, "en ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir no se dará la tipicidad. Por ello, expresa Mezger, que la ley a veces establece determinados medios temporales como exclusivamente típicos, y por tanto, no caerá bajo el tipo la ejecución en tiempo distinto del que se señala en la ley ". (30)

En el peculado, las referencias temporales se encuentran contenidas en las fracciones I y IV del artículo 223 -- del Código penal.

A) La fracción I, en cuanto que establece "por razón de su cargo"; ante esta situación, la punibilidad de la conducta - en este tipo de peculado, queda condicionada a la "razón del cargo", es decir, al tiempo durante el cual el servidor público desempeña su cargo, de manera que la ausencia de tal elemento del tipo, trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción.

En este orden de ideas, únicamente puede configurar - este tipo de peculado, la persona que durante el desempeño - de un cargo de cualquier naturaleza en la administración -

(30) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op.Cit. p. 432

pública, y en función no en ocasión de éste, haya recibido - los bienes públicos que indebidamente distrae.

Esta fracción, en cuanto exige en el sujeto activo, - además de la calidad de servidor público la "razón del cargo" fija la competencia funcional de los agentes, esta competencia y no la mayor fe que por su calidad merezca el servidor público, es la causa determinante de la relación con los bienes, por ello, únicamente el encargo de bienes realizado - durante el tiempo en que el servidor público tiene competencia para tal efecto, integra el presupuesto lógico material - del tipo de que se trata.

Ahora bien, la "razón del cargo" debe estar estableci da por las normas delimitadoras de la competencia funcional, la cual puede derivar de:

Actos Administrativos; que es la "declaración de voluntad - de un órgano de la administración pública, de naturaleza reglada o discrecional, susceptible de crear con eficacia particular o general obligaciones, facultades, o situaciones juridicas de naturaleza administrativa ". (31)

Normas generales; como leyes, reglamentos o decretos, aún - los que rigen en el orden interno.

Actos jurisdiccionales; "los actos jurisdiccionales de la - administración pública generalmente son creadores de una situación jurídica concreta, es decir, individual, aunque esto

(31) De Pina Rafael y De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. p. 50

no excluye el que puedan también crear una situación jurídica general; su finalidad es cumplir con los cometidos del Estado, - en todas las diversas ramas de la administración ". (32)

Tanto los actos administrativos como los jurisdiccionales, pueden jurídicamente, encomendar a un servidor público un cargo determinado, siempre que quede dentro de la competencia genérica de sus funciones.

Es así, como las normas generales, conjuntamente con las disposiciones de la administración pública, determinan el ámbito de competencia dentro del cual se mueve todo servidor público; tomándose en cuenta la duración del cargo, para el efecto de considerar sujeto activo de peculado al servidor público que durante el ejercicio de sus funciones, distrae los bienes recibidos para el eficaz desempeño del servicio público que tiene encomendado. Actuar que redundaría en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho.

Ahora bien, la "razón del cargo" como referencia temporal exigida en el tiempo descrito en la fracción I, plantea una problemática, ya que siendo generalmente la competencia funcional del servidor público elemento constitutivo de la figura, surge la duda respecto de si dicha competencia funcional debe existir tanto al momento de recibir los bienes como al momento de distraerlos.

No cabe duda, que la calidad del servidor público en-

(32) Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo p. 353

cuanto a competencia funcional se refiere, debe investirse-- tanto al tiempo de la recepción de bienes como en el momento de la distracción, por ser en virtud de sus funciones que -- tiene la facultad de disposición de los mismos así como un - deber legalmente establecido, susceptible de quebrantarse so lo bajo el supuesto de la competencia funcional.

Cabe mencionar, "que la suspensión como forma de inte rrupción de los efectos del nombramiento, no solo deja sin - efecto temporal la competencia funcional del servidor públi- co, sino también su nombramiento, sin significar esto el ce- se o suspensión definitiva del servidor". (33). Ante tal cir cunstancia y en razón de no tener efecto alguno (aún tempo- ralmente) el nombramiento, del servidor público suspendido, - resulta absurdo que pueda ser considerado sujeto activo del- peculado, pues no reúne legalmente la calidad exigida por -- los tipos contenidos en las fracciones I y II del artículo - 223 del Código Penal.

B) De igual manera, la fracción IV del referido artículo 223 contiene una referencia en orden al tiempo, necesaria para - la integración de la tipicidad de esta modalidad de peculado. Y así, establece que comete el delito de peculado: IV.- --- "Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor pú- blico federal y estando obligado 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 las que se les destinó."

(33) Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. T. I. p. 428

Podemos afirmar que la obligación legal a que se refiere la fracción aludida, es la relación jurídica establecida entre un particular y la administración pública, en virtud de una concesión, por la cual la segunda confiere al p.º i. m. ciertos derechos o ventajas especiales sobre el dominio del Estado, o respecto del público, mediante sujeción a determinadas cargas y obligaciones. La mayoría de las veces, tales derechos y ventajas, implican el ejercicio de ciertas prerrogativas administrativas. La concesión da lugar al manejo de recursos públicos federales (administración, aplicación y, custodia).

Ahora bien, en la redacción de la fracción IV, el legislador fué taxativo, ya que si bien admite a cualquier persona como sujeto activo, solo lo hace bajo el supuesto de la obligación, es decir, de la obligación señalada en una norma jurídica obligatoria y general, dictada por el legítimo poder con el objeto de regular la conducta de los hombres o establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Es claro que solo la persona con obligación legal de custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, puede incurrir en este tipo de peculado, también es importante recordar que la obligación como acto jurídico, tiene un término de vigencia, que comprende desde el momento en que debe comenzar a surtir sus efectos característicos hasta que deja de producirlos, y es, exclusivamente en este plazo, que el particular obligado podrá cometer peculado si distrae de su objeto los recursos públicos federales para usos propios o ajenos, o les de una aplicación distinta a la que se les destinó.

El espacio de tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación legal de custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, es lo que determina, en el presente caso, la existencia del peculado, pues la distracción o aplicación distinta de recursos públicos federales realizada por el sujeto indeterminado, tiene efectividad de conducta peculosa únicamente cuando se comete dentro del término de la obligación contraída.

Una vez que ha transcurrido el término de la obligación legal, y salvo la procedencia oportuna de la prórroga de la misma, que difiere su cumplimiento, ningún particular, aún bajo el supuesto de posesión de recursos públicos federales, puede cometer el tipo de peculado descrito por la fracción IV del artículo 223 del Código Punitivo, por exigirse para su existencia el presupuesto o requisito necesario de la obligación legal.

2) REFERENCIA LEGAL A OTRO HECHO PUNIBLE. Los tipos de peculado señalados en las fracciones II y III del artículo 223 del Código citado, se refieren a otro hecho punible: el uso indebido de atribuciones y facultades. Delito al cual hacen referencia como medio o vía para la comisión del peculado, y que implica, como su propia denominación expresa, el uso indebido de las posibilidades jurídicas que un servidor público tiene de hacer o no hacer algo inherente al empleo, cargo o comisión que desempeña.

3) REFERENCIA ESPACIAL; Tanto para establecer el monto o cuantía a que asciende el peculado, como para fijar la imposición de la sanción pecuniaria que al agente corresponda, se toma en consideración el salario mínimo general diario vi

gente el el Distrito Federal en el momento de la ejecución - del delito. La referencia espacial, consiste en que se toma como base el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, aunque el peculado se haya cometido en cualquier otro Estado de la República Mexicana, aspecto importante en caso de aplicación del Código Penal en materia de fuero federal.

La referencia espacial, o sea, de lugar, que la ley fija exclusivamente en cuanto a la pena y al monto o cuantía que corresponde al peculado, se enuncia en los dos últimos párrafos del artículo 223 del Código Penal.

B) ELEMENTO NORMATIVO. " Los elementos normativos, son presupuestos del injusto típico que solo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho. Forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico " (34)

Por su parte, Porte Petit, los concibe como "características típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona". (35)

(34) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 272

(35) Porte Petit Candaudap, Celestino, Op. Cit. P. 437.

Estas características son básicas en el Peculado, ya que la adecuación típica sólo puede tener lugar cuando se satisfacen las exigencias concretas de la ley.

En el peculado, los elementos normativos, son de dos clases:

- 1) Elementos con valoración jurídica
- 2) Elementos con valoración cultural

1) ELEMENTOS NORMATIVOS CON VALORACION JURIDICA

Toda vez que el peculado es un acto humano, la descripción legal de cada una de sus especies casuísticas hace referencia a los siguientes elementos: al sujeto activo o agente del delito; a la persona y a la cosa que constituyen el sujeto pasivo y el objeto del delito, respectivamente, implícitamente, al objeto jurídico y, a los presupuestos conectados a la conducta, tales como los títulos de la tenencia de los bienes y la "obligación legal". Elementos del peculado que por tratarse de conceptos jurídicos, requieren sujetarse necesariamente a un proceso valorativo que ha de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones pertenecientes a la esfera misma del Derecho, para captar el sentido legal del tipo penal.

En principio, sujeto activo del delito, es el autor del mismo, el Dr. Carrancá y Trujillo, dice que "el sujeto activo del delito (ofensor o agente), es quien lo comete o participa en su ejecución. El que lo comete es activo primario; el que participa es activo secundario. Y señala que la responsabilidad es personal, porque sólo la persona humana es posible sujeto activo de la infracción, pues solo ella, puede -

actuar con voluntad y capacidad y, por tanto, ser imputable" (36).

Los tipos de peculado que se encuentran previstos en las fracciones I y II del artículo 223 del Código penal, exigen expresamente la calidad de servidor público en el sujeto activo, calidad a la cual queda subordinada la punibilidad de la acción. En estas fracciones, se individualiza al sujeto activo, al concretar su comisión únicamente en aquellas personas encargadas de un servicio público, estableciéndose por ello una calidad especial excluyente de las demás que no satisfagan tal requisito legal. En razón de que dichos tipos delictivos excluyen la posibilidad de ejecución de la conducta por cualquier sujeto, han sido denominados delitos propios, particulares, especiales o exclusivos, para diferenciarlos de los delitos de sujeto común o indiferente, cuyo ejemplo claro, puede apreciarse en el contenido de la fracción III del artículo referido, que señala como sujeto activo a "cualquier persona".

En lo que respecta al sujeto activo señalado por la fracción IV del mismo artículo, que al referirse a "cualquier persona", aparentemente es indeterminado, puedo afirmar que por el contrario, el sujeto activo es cualificado por propia disposición legal, pues al exigirse que la persona, sujeto activo de ese tipo de peculado tenga obligación legal de custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, no obstante que carezca del carácter de servidor pú-

(36) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano p. 249.

blico federal, tal exigencia la equipara a un efectivo servi
dor público en términos de lo establecido en el primer párra
fo del artículo 212 del Código Penal, el cual perceptúa:

ARTICULO 212.- Para los efectos de este título y el -
subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe -
un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la ad
ministración pública federal centralizada o en la del Distri
to Federal, organismos descentralizados, empresas de partici
pación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asi
miladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la
Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Dis
trito Federal, o QUE MANEJEN RECURSOS PUBLICOS FEDERALES.

Cabe señalar que los delicta propia o exclusivos no -
solamente se configuran por aquellos delitos que requieren -
una determinada cualidad en el agente, sino también por los
que contempla al agente en determinada relación calificante,
que puede ser de índole jurídica (obligación legal), como la
prevista por la fracción IV del artículo en estudio.

En conclusión, la relación jurídica de obligación le
gal que hace del peculado mencionado en la fracción IV un de
lito propio o exclusivo, es de tal modo inherente al acto -
que sin ella la conducta incriminada no sería concebible, --
subsistiendo, en todo caso, un delito diverso.

A continuación, analizaremos lo relativo al sujeto pa
sivo del delito, quien es el titular del bien jurídico proteg

gido por la ley; o como sostiene Carrancá y Trujillo "por -- sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende -- la persona que sufre directamente la acción, sobre la que re caen los actos materiales mediante los que se realiza el delito (Carrara), el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito (Cuello Calón, Garraud" (37).

Es necesario hacer una distinción entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo del daño (que es el que sufre el perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito). Aún que ambos sujetos generalmente coinciden, en el peculado no son idénticos, pues como se advierte, el Estado es pasivo del delito y la colectividad social pasivo del daño.

En el peculado, particularmente el Estado es sujeto - pasivo del delito, no solo porque como poder Jurídico es el titular del bien jurídico protegido através del artículo 223 del Código penal, sino porque el peculado como delito patrimonial (en cierto aspecto), le afecta bienes propios que integran el patrimonio del pueblo, Fernández Doblado, manifiesta "sujeto pasivo en el delito de peculado, lo es el Estado, los organismos descentralizados y aún los particulares, concretamente es la administración pública central o descentralizada del Estado, la que sufre las consecuencias del peculado ". (38).

(37) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. p. 255

(38) Fernández Doblado, Luis, Art. Cit. p.244

Específicamente, - y en virtud de que la administración pública comprende toda subjetividad y toda la actividad funcional característica del Estado y de los demás entes públicos territoriales o institucionales- el peculado afecta directamente los intereses administrativos del Estado, ya que su actividad funcional puede ser turbada por hechos que surjan por dentro (peculado cometido por efectivos servidores públicos) o por fuera (peculado cometido por cualquier persona) de la organización funcional.

Sujeto pasivo del daño lo es la colectividad social, - por ser la interesada "porque funcionen normalmente los servicios públicos y las empresas de interés público, en beneficio de la misma colectividad". (39); sabedora de que el uso de bienes y servicios públicos para fines ajenos a su destino público, causa grave perjuicio e inestabilidad económica general, y de que la irresponsabilidad del servicio público genera ilegalidad, inmoralidad social y corrupción.

Dentro de los elementos normativos en estudio, encontramos el objeto del delito, que es la persona o cosa, o el bien o el interés jurídico, penalmente protegidos, distinguiéndose entre objeto material y objeto jurídico.

El objeto material, es la persona o cosa (animada o inanimada) dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, no debiéndose confundir con el sujeto pasivo.

(39) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Op. Cit. p. 493

vo, aún cuando en ocasiones, no en el peculado, éste último puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito.

Los diversos tipos de peculado hacen referencia al objeto sobre el cual recae la conducta, es decir, al objeto material de la acción, que se hace consistir no únicamente en bienes muebles sino también inmuebles.

En el artículo 223 del Código Penal, se menciona como objeto material del peculado:

1) Dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular (fracc. I).

En el peculado, los bienes propiedad del Estado Federal, es decir de la Nación, de un organismo descentralizado del Estado Federal y en el que la federación tenga participación presupuestal, o de un particular por ejemplo, los embargados por adeudos fiscales), confiados en administración, depósito o por otra causa al agente y precisamente por razón de su cargo, constituyen el objeto material del ilícito. Por otra parte, el objeto a que estén destinados los bienes los determina la Ley de Presupuestos, o leyes especiales, o decretos legislativos, o acuerdos presidenciales o de los Secretarios de Estado y del Jefe del Departamento del Distrito Federal, o de los Ejecutivos de las instituciones descentralizadas, etc. Puede revestir forma verbal o escrita, por ser general o especial, permanente o accidental.

2) Fondos públicos y operaciones señaladas por el artículo - 217 del Código Penal (fraccs. II y III).

Se llama fondos públicos a los caudales del Estado, - en sentido amplio, se comprende los de la Federación, Esta-- dos, municipios y corporaciones dependientes de dichas enti-- dades.

Basta comprobar que se trata de un organismo creado - para el servicio público, aún descentralizado para conside-- rar públicos los fondos que lo integran, sea provenientes de inversiones del Estado, o de los particulares y, por tanto, - tales fondos gozan de protección especial precisamente por - estar afectados a ese servicio público que aunque descentra-- lizado, no por ello deja de formar parte de la administra-- ción pública.

3) Recursos Públicos Federales (fracc. III).

El significado de la expresión "recursos públicos fe-- derales" es extenso, y pudiera ser que el legislador la uti-- lizara exclusivamente para referirse a bienes de reglamenta-- ción federal, como los petroquímicos y toda clase de hidro-- carburos, los metalúrgicos y siderúrgicos, los forestales y - agropecuarios; y, los energéticos (aún los nucleares).

No obstante, es preciso que se establezca el autén-- tico alcance que corresponde a la expresión referida, pues como observa Orozco Henríquez; " si por recursos económicos fede-- rales se entiende, incluso, todos los bienes muebles e inmue-- bles del Estado, pudiera considerarse excesivo ya que queda-- rían sujetos a la ley todos los particulares que por cual-- quier título legal detentan algún bien estatal (incluso quie-- nes tengan a su cargo los templos públicos destinados a al--

gún culto religioso). si, por otra parte, se limitara a los recursos en numerario, parecería que seguiría resultando excesivo, pues abarcaría, por ejemplo, a los particulares retenedores de algún impuesto ". (40).

En cuanto al objeto material del peculado, se presenta la siguiente problemática: 1) la relativa a la pertenencia y 2) la concerniente a su valor.

1) Pertenencia de los Bienes.- Vincenzo Manzini, ha establecido que: " jurídicamente una cosa sólo pertenece todo o en parte a un sujeto cuando compete a éste, exclusivamente o en concurso con otros, el derecho de propiedad u otro derecho real sobre dicha cosa o sobre una parte de ella. No basta, pues, el simple hecho de la posesión de la cosa por parte de la administración pública para admitir que la cosa pertenezca a ella ni aún cuando tal posesión tenga su título en actos de coerción real, como por ejemplo el secuestro; me dada cautelar en virtud de la cual la cosa no viene a "pertenecer" a la administración pública, sino que "pertenecerá" únicamente a ella cuando se hayan verificado determinadas -- condiciones (por ejemplo, se haya ordenado la confiscación). Así ocurre también con las cosas que los particulares expiden por ferrocarril o depositan a título de caución o por -- otro motivo. Esta regla vale aunque la administración pública -- este obligada a responder civilmente del depósito, pues esta obligación no hace pasar la cosa a su propiedad, como cuando se trata en cambio de préstamos de dinero". (41)

(40) Alvaro Busnster y Co. Las Resp. De los Servidores Públicos p.114
(41) Vincenzo Manzini, Op. Cit. T. * Vol. III, p. 140.

En cuanto a la pertenencia, los bienes considerados objeto material de los tipos de peculado contenidos en las fracciones II, III y IV del artículo 223 del Código penal ("fondos públicos" -considerados también como tales los beneficios privados de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades- y "recursos públicos federales"), no ofrece ningún problema toda vez que expresamente reconocen su carácter de públicos, es decir, su pertenencia ligada a la administración pública. La problemática surge en la fracción I, ya que comprende todo objeto material no solo el dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o a los organismos descentralizados, sino también los de particulares; por tal razón, resulta necesario determinar el carácter de estos últimos bienes y, por ende, su pertenencia.

El Dr. Carrancá y Rivas, hace consistir el objeto material de la fracción I, en bienes propiedad del Estado Federal, es decir, de la Nación, o de la de un organismo descentralizado del Estado Federal y en el que la Federación tenga participación presupuestal o bienes de un particular, que estén bajo la administración, depósito u otra causa, del agente y por razón de su cargo. Y con fundamento en la fracción VI del artículo 32 del Código Penal, sostiene que los bienes que pertenecen a un particular, el Estado está obligado subsidiariamente a reparar el daño causado por el servidor público " . (42)

Ahora, si bien el objeto material previsto por la fracción I del multicitado artículo 223, comprende las cosas

(42) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raul y Carrancá y Rivas, Raul. Op. Cit. - p. . 492-493

pertenecientes al Estado y a los organismos descentralizados extendiéndose a las pertenecientes a particulares, ello no significa que éstas últimas, es decir, los bienes meramente privados, gocen de la protección especial propia del peculado.

Acerca del objeto material señalado por la referida fracción I, Jiménez Huerta expone: El objeto material tiene que ser "... perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular..." En este último caso "...a... un particular" se engendra un aparente equívoco, pues dijérase que el propio artículo 223 desvirtua la esencia del delito y admite que éste puede cometerse en perjuicio de una persona física. Sin embargo, esto es una apariencia engañosa. Cuando el sujeto activo, en razón de su cargo, obtiene dinero o -- cualquier otra cosa por legítimas percepciones o cobros de un particular y se los apropia, comete peculado; la cosa la obtiene en ejercicio de sus funciones públicas y la distracción la hace en perjuicio de la administración, habida cuenta de que el particular se encuentra cubierto ante la administración por boletas o recibos legítimos, amén de la obligación que la administración pública siempre tiene, en última instancia, conforme a la fracción VI del artículo 32, de sufrir el perjuicio económico ". (43)

De lo anterior, se desprende que efectivamente, el objeto material del tipo de peculado previsto por la fracción I, se encuentra constituido, en sentido lato, por cosas públicas; pudiendo derivar tal calidad de su pertenencia a la-

(43) Cfr. Mariano Jiménez Huerta, Suplemento al Tomo V de Derecho Penal-Mexicano. p. 52

administración pública y, eventualmente, de la responsabilidad que sobre algunos bienes adquiere el Estado y respecto de los cuales tiene algún derecho. Por esta razón se ha dicho que el peculado orienta su represión en la seguridad u. determinada clase de bienes: los públicos.

2) Valor de los Bienes.- toda vez que el penúltimo -- párrafo del artículo 223 del Código penal, establece: " Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, O NO SEA VALUABLE..."; surge la duda acerca de si las modalidades de peculado exigen necesariamente para su configuración que los bienes distraídos tengan alguna estimación o aprecio.

No cabe duda, que el peculado por su propia esencia, exige que los bienes considerados objeto material tengan un valor, económico o no, aunque bien pueden no ser valubles en cierto momento, por resultar imposible señalarles un precio en las relaciones de cambio.

"Valor", no hace referencia al meramente económico en si mismo, como grado de aptitud o utilidad de las cosas, es en extremo condicionado que razonablemente puede adquirir un bien en determinadas situaciones o incluso, en relación a -- una persona determinada. El valor es la utilidad de una cosa en cuanto queda reconocida por la estimación de los hombres.

" En cuanto a la esencia económica de la cosa, ésta, para ser objeto de peculado, debe tener ciertamente un valor

ya que de las cosas sin valor alguno no tiene el derecho razón para ocuparse, ya que falta todo interés.

El Peculado, representativo de una conducta delictiva en que el móvil del agente es el lucro, indispensable para su tipificación, exige por ello la concurrencia del daño patrimonial, no siendo suficiente que el servidor público viole el deber de fidelidad contraído con la administración pública; en la inteligencia de que el lucro o provecho jamás se obtendrá con la distracción de cosas carentes de valor, con cuya conducta tampoco se originará ningún daño patrimonial.

4) REFERENCIA AL PRESUPUESTO LOGICO MATERIAL.- La calidad específica requerida en el sujeto activo de los tipos descritos por las fracciones I, II y IV del artículo 223 del Código penal, se completa con otra exigencia: la calidad de garante, que la Dra. Islas - citada por Rafael Márquez Piñero estima como la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien. Esto es, el sujeto activo de los tipos mencionados ha de haber recibido los bienes, por razón de su cargo o por obligación legal, ya que el *factum delictual* supone la tenencia provisional con obligación-restitutoria, o de rendir cuentas o de dedicarlos a un fin determinado. (44)

(44) Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, T. VII, p. 73

La descripción típica exige que el dinero o las cosas que el servidor público se apropia, los haya recibido por -- razón de su cargo en administración, en depósito o por otra causa. Un presupuesto fáctico sirve de entrada a la conducta típica y, en su ausencia, es imposible concebir el peculado.

El sujeto activo debe haber recibido por razón de su cargo y bajo cualquiera de los títulos señalados, los bienes que después distrae. Y aunque conceptualmente el recibo de -- los bienes supone la entrega, no siempre se exige que ésta -- quede materializada en un singular acto corpóreo; pues si -- bien esto es posible cuando se trate de dinero, no sucede así tratándose de fincas u otros objetos semejantes como fá--bricas, plantaciones o ingenios, genéricamente abarcados en la frase "o cualquier otra cosa" .

Una vez que el dinero, valores, fincas o cualquier -- otra cosa estén administrativamente bajo el cuidado o custodia del servidor público, por razón del cargo que desempeña, se interrumpe en el ámbito en que puede realizarse la conducta típica.

el autor del peculado descrito por las fracciones I y II, atenta contra bienes que se encuentran en su poder en -- virtud de sus funciones y de los cuales tiene poder de disposición, esta relación funcional con los bienes que tiene como causa generadora la denominada "razón del cargo" del ser-

vidor público, constituye el presupuesto lógico material del delito, a su vez, el tipo enunciado por la fracción IV, presupone para su configuración la tenencia precaria de los bienes derivada de obligación legal.

En síntesis, por cuanto el peculador tiene poder de disposición sobre los bienes, la ley exige que esté en posesión material de los mismos, sin olvidar que la relación con los bienes guarda dependencia con la calidad investida o con la obligación creada, siendo preciso que el agente tenga competencia estrictamente legal para su manejo.

Otro de los elementos normativos con valoración jurídica, lo constituye el Objeto Jurídico, que de acuerdo con Pavón Vasconcelos, es el interés jurídico tutelado através de la ley penal mediante la amenaza de sanción y que el hecho o la omisión criminal lesionan; de tal suerte que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir este su esencia.-(45).

Por su parte, Antonio de P. Moreno expone que "es objeto jurídico del delito el bien o interés jurídico protegido por la norma; aquél para cuya tutela establece la ley la conminación de una pena. Es a un tiempo el "objeto de protección" y el "objeto de ataque", más todavía el bien jurídico de cuyo daño o peligro depende la antijuridicidad de la conducta típica... Franz Von List, en su "Tratado de Derecho

(45) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 171

Penal", Tomo segundo, expresa que llama "Bienes Jurídicos a los protegidos por el Derecho. BIEN JURIDICO ES EL INTERES-JURIDICAMENTE PROTEGIDO". " Todos los bienes jurídicos son Intereses Vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés. Lo crea la Vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a Bien Jurídico".

Por tanto, el bien jurídico no es un bien que crea el Derecho sino un bien de la vida, un bien de los hombres o de la sociedad, que el Derecho reconoce y protege en forma especial, con los medios coercitivos a su alcance. El bien de la vida o de la convivencia social se convierte en bien jurídico, cuando queda protegido por la norma " . (46)

Sobre el objeto jurídico del peculado, Antonio Quintano Ripollés, establece que: " En la esfera de intereses materiales del Estado figura evidentemente su patrimonio... . las leyes penales protegen específicamente los intereses económicos, no ya sólo del erario público, sino los que de modo más o menos directo se integran en la compleja mecánica de la moderna economía. Ello puede hacerse, bien privilegiando con un plus de penalidad los bienes del Estado y asimilados, como acontece de modo inequívoco en los regímenes socialistas, que parece haber revivido, para su propiedad las ancestrales nociones de la res sacrae; o bien adoptándose un criterio medio, de singular protección excepcional, que es el generalmente acogido en los Estados de Derecho. En unos y en otros suele extenderse la acción tutelar a valores que no son estrictamente privados estatales... Sin embargo, al lado

(46) DE P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. p. 36

de las tipologías genéricas de los delitos "contra la propiedad", sin discriminar su titular, los intereses patrimoniales del Estado han merecido ya de antiguo un tratamiento especial cuando a esa cualidad objetiva se unen otras subjetivas o de relación, surgiendo las tipologías de contra la propiedad por parte de los funcionarios públicos, como sucede en la malversación de caudales públicos (peculado), que viene a constituir una variedad del hurto o de la apropiación indebida, cualificada por la condición personal del agente y por la naturaleza de la cosa. Conserva, por lo tanto, su privativa naturaleza de delito contra la propiedad". (47).

El peculado vela por la integridad patrimonial de la administración y por la incorruptibilidad de la función pública; con tal dualidad de intereses protegidos, se pretende garantizar el probo desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública que la colectividad social reclama.

A continuación, analizaremos los:

2) ELEMENTOS NORMATIVOS CON VALORACION CULTURAL, que son aquellos que sólo, pueden ser detrimados mediante una especial valoración realizada de acuerdo a un criterio extrajurídico, necesario para captar su sentido.

Mezger señala que en los elementos normativos con valoración cultural, el proceso valorativo (del juez), se realiza con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes.

(47) A. Quintano Ripollés, Curso de Derecho Penal, T. II, pp.507-508

tes que no pertenecen a la esfera misma del derecho. (48).

En el peculado, los elementos a estudio, cuya concurrencia en un caso concreto sólo puede ser establecida mediante una valoración extrajurídica son: "indebidamente" (fracc. II), "promociones" o "denigraciones (fracc. III).

El adverbio "indebidamente", hace referencia a lo que no debe hacerse por ir contra derecho o justicia, o bien, lo que se hace sin causa justificada.

Las "promociones" en el peculado, equivalen a acciones que se realizan para resaltar la imagen política o social -- del propio peculador, la de su superior jerárquico o la de un tercero, sea através de la Televisión, la prensa, la radio, etc. con el fin de procurar elevarlos a una dignidad o empleo superiores a los que tenían.

" Concretamente, "denigraciones", son las expresiones proferidas, o las acciones ejecutadas para manifestar desprecio a otro, o con el fin de ofender la opinión o fama de una persona, lo que entraña, indudablemente, un delito contra el honor." (49).

C) ELEMENTO SUBJETIVO; en virtud de que en los tipos de peculado se advierte el predominio de los subjetivo sobre lo objetivo, toca ahora el análisis del primer aspecto mencionado.

(48) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 272-273

(49) Cfr. Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. P. 399.

Los elementos del tipo son subjetivos cuando radican y deben estudiarse en el agente del delito, por tener lugar en razón de su intención o propósito, siendo parte de la acción porque a ella están referidos en la descripción legal.

Caminos diversos ha seguido la doctrina en cuanto a la ubicación y, por tanto a la naturaleza de los elementos subjetivos; una corriente precisa que tales elementos pertenecen a la antijuridicidad, un criterio mixto encuentra referencias en dichos elementos, tanto a la antijuridicidad como a la culpabilidad, debiéndose hacer la separación con vista a los tipos en particular, una última posición, niega a los elementos subjetivos del tipo relación tanto con la antijuridicidad como con la culpabilidad.

Franco Guzmán - citado por Pavón Vasconcelos -, admite la existencia de elementos subjetivos en el tipo legal objetivo, los cuales según su punto de vista, sirven en ocasiones para calificar la culpabilidad del autor y en otras para integrar el juicio de ilicitud de la conducta. Reconoce la importancia de la distinción entre motivo y fin de la voluntad del sujeto; el motivo en el delito es la causa viciada que impulsa al sujeto a realizar una determinada acción, el cual tiene importancia sobre todo, para el juicio de culpabilidad; el fin, en cambio, es aquella intención dirigida hacia un determinado objeto, este fin último este objeto final es el que da coloración de ilicitud a la acción. Sin embargo admite la posibilidad de casos en que motivo y fin tienden a unificarse, lo cual no impide su fácil separación. Finalmente, considera un error llegar a identificar las funciones de

los elementos subjetivos en los tipos penales, pues según él no pueden pertenecer a la antijuridicidad y a la culpabilidad al mismo tiempo.

En opinión de Pavón Vasconcelos, misma que comparto, los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad. Las referencias subjetivas no pueden ubicarse, de buenas a primeras, en el ámbito de tal o cual elemento del delito, pues es necesario el estudio de cada tipo en particular. En ocasiones, como lo ha observado Jiménez de Asúa, la referencia a la culpabilidad es manifiesta con el uso de expresiones que aluden a la intención, al dolo del agente, tal como "indebidamente" en el caso delpeculado descrito por la fracción II del artículo en estudio. Igualmente la referencia al móvil revela la exigencia del tipo para comprobar la culpabilidad. El propósito o la finalidad hacen clara la vinculación de los elementos subjetivos a la antijuridicidad: "para usos propios o ajenos" (fracciones I y IV); "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" (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" (fracción III). - (50).

Esos elementos de carácter subjetivo son una especialización del dolo y al mismo tiempo integran la materialidad de la acción, independientemente de que son comprensivos de ventajas patrimoniales o de otra índole, en provecho propio-

(50) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francismo. Op. Cit. p. 273

del peculador o en beneficio ajeno. Ahora bien, analicemos:

1°.- Las figuras del artículo 223 del Código Penal, expresan un corpus estructurado por elementos anímicos del autor, por lo que se habla de la existencia de un dolo específico o especializado, según lo denomina la doctrina, esto es, requieren un plus anímico que las caracterice. En tal virtud, el elemento subjetivo del peculado, conforme a su estructura, no se satisface con el dolo genérico, o sea, con la determinación voluntaria o ánimo del autor de separar los bienes de la actividad patrimonial de la administración pública, exige además un dolo específico consistente en determinados móviles o propósitos que aparecen taxativamente descritos en la ley, los cuales hacen referencia al espíritu de lucro, entendiéndose éste como cualquier ganancia o provecho que se obtiene de una cosa, no económico necesariamente.

No obstante que los elementos subjetivos del tipo de peculado figuran expresamente en él, se requiere una valoración para determinar su existencia y su eficacia. En efecto, en el peculado el dolo genérico está in re ipsa, con la salvedad de la prueba de la involuntariedad o de otra causa que pueda excluir el dolo; pero el estado de ánimo específico no puede ser probado o justificado por percepción directa, sino que debe ser deducido de conjeturas exteriores como: las manifestaciones procedentes al hecho, la causa para delinquir, la naturaleza de los medios empleados, la manera de obrar, la índole del acusado, etc.

2°.- De acuerdo con el elemento subjetivo, las ventajas que persigue el peculado, son las siguientes:

a) De orden patrimonial: dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular (frac. I); fondos públicos (frac. III); o, recursos públicos federales (frac. IV).

b) De carácter político-social; promocionar su imagen política o social, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o denigrar a cualquier persona.

c) De naturaleza operacional, por cuanto al disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades.

Por lo anterior, la doctrina de la finalidad de provecho o beneficio, es manifiesta en el peculado, toda vez que la ley de manera expresa exige en el cuadro anímico del autor, el beneficio propio o ajeno, resultando evidente el ánimo de lucro o finalidad de provecho: el agente procura lucrarse para sí o para otro. Y ni la intención de restituir, ni la efectiva restitución excluyen al delito.

Sin embargo, en razón del destino y función de los bienes, el peculado previsto por la fracción IV puede presentarse, en la segunda de sus formas, aún cuando la aplicación se haga en provecho público y no en provecho personal (aún que pueden concurrir ambos o solo el último), bastando que la persona que sin tener el carácter de servidor público federal, obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.

Por lo que hace a la referencia "un tercero", la fracción II parece indicar que debe tratarse de alguien ajeno a la administración pública.

"Al hacer referencia al elemento objetivo es este delito, Levi estima necesario lo siguiente: a) conciencia de ser un oficial público o encargado de un servicio público; b) conciencia de que la cosa es ajena en la apropiación, y de que tiene una particular destinación, en la distracción; c) conciencia de poseerla por razones de oficio o servicio (si no, surgirá un delito contra el patrimonio); d) conciencia y voluntad de apropiársela o distraerla; esto para la distracción, se traduce en el conocimiento de dar a la cosa una destinación no consentida ". (51).

Al respecto, la conciencia de ser un servidor público resulta un aspecto importante a tratar, pues la circunstancia de que las fracciones I, II y IV del artículo 223 del Código penal, exijan en el agente determinada calidad (servidor público con manejo de bienes), plantea una cuestión: siendo exclusivamente sujeto activo de esos tipos de peculado el servidor público que reúne las calidades señaladas, es preciso determinar si el conocimiento de esas calidades integra o no el contenido de su elemento objetivo.

Daniel P. Carrera afirma que " el autor debe tener conocimiento de ellas. Para ser peculador el autor debe saber que actúa en calidad de funcionario público. Si falta en el

(51) Citado por Fernández Doblado, Luis. art. Cit. p. 245

agente ese conocimiento, no habrá peculado". (52). A su entender, la ignorancia o error de hecho por parte del agente, excluyen el peculado.

En contra, Manzini manifiesta: " Para el elemento psíquico del delito no es necesario que el agente supiese que tenía la cualidad de oficial público o de encargado de servicio público.

Los delitos cometidos por oficiales públicos o por en cargados de servicios públicos existen independientemente de la conciencia que el agente tenga o no de esa cualidad de -- tal. Y en efecto, si la cualidad de oficial público o de en cargado de servicio público es elemento constitutivo del delito, es necesario y suficiente que el agente sepa o deba sa ber que ejerce una actividad pública, ya que no le compete a él definir jurídicamente esa actividad ni juzgar de la uali dad personal que esa actividad atribuye a quien la ejerce ". (53), en consecuencia, no exculpa el error sobre tal extremo por recaer sobre normas integrativas y explicativas de las - normas penales principales.

De esta manera, considero correcto el último criterio enunciado, según el cual, puede concluirse que el conocimien to de ser servidor público con manejo de bienes, no integra el contenido del elemento subjetivo del peculado.

(52) P. Carrera, Daniel. Op. Cit. p. 154

(53) Vincenzo, Manzini, Op. Cit. p. 170-171.

4.9 ATIPICIDAD EN EL PECULADO.

La atipicidad, es la ausencia de tipo, lo cual constituye el aspecto negativo de éste. Existe ausencia de tipo cuando una conducta o hecho que se han presentado en la realidad, no están descritos en la norma penal. Por tal motivo, la ausencia de tipo como asienta Jiménez de Asúa, presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica.

La falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito) presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley. Tal ausencia de tipo se presenta en el peculado porque el legislador deliberada o inadvertidamente, no describe la distracción de trabajos o servicios realizada por un servidor público que, según el sentir general debería ser incluida en el artículo 223 del Código Penal, como una modalidad del peculado.

La atipicidad o ausencia de tipicidad, es la falta de adecuación de la conducta o hecho al tipo y, si no son típicos, jamás podrán ser delictuosos, pues si hay atipicidad,-- consiguientemente hay carencia de hecho punible.

Por lo tanto, la atipicidad supone un actuar que no llega a ser típico, y tiene lugar cuando el comportamiento humano concreto no encuentra perfecta adecuación en la descripción prevista legalmente en forma abstracta, por estar -

ausente alguno de los elementos constitutivos del tipo.

En el peculado, habrá atipicidad cuando la actividad desplegada por el sujeto activo no se adecúa a ninguno de los tipos descritos por las fracciones del artículo 223 del Código Penal, es decir, cuando no se integren todos los elementos requeridos por cualquiera de ellos.

Por otra parte, las consecuencias que se pueden producir cuando existe una atipicidad en el peculado, se citan 3-hipótesis:

a) No integración del tipo, que se da cuando falta alguno de los elementos constitutivos del peculado; que quien realice las conductas descritas por las fracciones I y II no sea servidor público, que el objeto material no sea expresamente señalado, que respecto de los bienes no haya posesión precaria derivada de la razón del cargo (fracc. I) o de la obligación legal (frac.IV), que no exista ninguno de los títulos de la tenencia señalados por las fracciones I y IV.

b) Traslación de tipo.- en el caso de que falte la calidad exigida en el sujeto activo, se dará en primer término el ejercicio indebido de servicio público dispuesto por las fracciones I y II del artículo 214 del Código Penal y, en segundo lugar, un delito patrimonial.

c) Delito imposible; se presenta una tentativa imposible cuando falta el objeto material que se pretendía distraer utilizar indebidamente o aplicar a un fin distinto.

4.10 ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE PECULADO.

Antijurídico es la contraposición de lícito, lo contrario al Derecho, la contradicción objetiva de los valores-estatales. En este sentido, "la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo " (54).

La antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y -- una norma jurídico-penal, pero tal juicio es de carácter objetivo, por cuanto sólo recae sobre la acción ejecutada. El juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa.

Para poder afirmar que una conducta es antijurídica, no basta observar si la conducta es típica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado; en cada caso debe verificarse que el hecho examinado además de cumplir con el requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario. Esto es, para la existencia de antijuridicidad debe concurrir la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora.

(54) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p.176

Por lo anterior, se desprende que no obstante que la antijuridicidad entraña un concepto unitario, resultado de un juicio substancial, tiene un contenido formal y otro material.

A) El acto es formalmente antijurídico cuando se adecúa o -- conforma a un tipo penal, e implica por ello, transgresión a una norma penal prohibitiva o perceptiva establecida por el Estado (oposición a la ley), de aquí que el dogma nullum crimen sine lege, sea la base de la antijuridicidad formal. En el peculado, es la distracción injusta lo que constituye la acción antijurídica señalada en el artículo 223 del Código penal, dado que cuando la distracción es justa impide la calificación objetiva de ilicitud.

B) El acto es materialmente antijurídico en cuanto significa contradicción a los intereses colectivos, sea por consistir en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo. El daño relevante penalísticamente en el peculado, a virtud de su especial objetividad jurídica, se encuentra doblemente constituida; en principio, por el quebranto de los deberes de la función pública; y, en segundo término, por el detrimento patrimonial que sufre la administración pública.

Como se puede observar, la antijuridicidad es inherente tanto a la acción como al resultado.

Según Cuello Calón "hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material). Para Villalobos la in--

fracción de las leyes significa una antijuridicidad formal, y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama -- sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas".(55).

En el peculado, la antijuridicidad de la distracción surge de su carácter ilegítimo, contrario al Derecho, cuya determinación precisa de un juicio de valoración objetiva, -- pues solo através de un juicio de tal naturaleza es posible establecer el desvalor respecto al mandato contenido en el -- artículo 223 del Código Penal.

La antijuridicidad presenta un aspecto perfectamente apreciable en el contenido de la fracción II del artículo en cuestión; es la antijuridicidad especial tipificada que a -- continuación se indica:

ARTICULO 223.- 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.

(55) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 178-179

"Algunos autores consideran que para saber en determinados casos cuando una conducta o hecho son antijurídicos, - es necesario incrustar en el tipo la mención de la antijuridicidad especial, lo que se explica en virtud de que mientras en la hipótesis en que la antijuridicidad no está expresamente mencionada, la realización del hecho es normalmente ilícita y excepcionalmente justificada, y en la hipótesis por el contrario, de particular ención de la antijuridicidad, el hecho ejecutado debe considerarse normalmente lícito y excepcionalmente ilícito". (56). Sin embargo, como lo denota el texto de la fracción transcrita, la antijuridicidad especial es irrelevante, innecesaria; y a decir de Jiménez de Asúa, - "no es otra cosa, que un elemento normativo indebida e impacientemente incrustado en la que debió ser una descripción típica sin más alcance que el cognoscitivo y sin más propósito que el de concretizar o señalar lo injusto ". (57)

(56) Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. p. 489

(57) Citado por Porte Petit, Candaudap, Op. C t. p. 489

4.11 CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Las causas de justificación, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica, las cuales constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad; y una vez que estas se presentan, la conducta o hecho realizados no son contra el derecho sino conforme a él, conformidad que debe provenir de la ley penal o de cualquier otro jurídico o privado.

Las eximentes de referencia, "justifican" la lesión de un interés penalmente protegido y por ello, se les denomina causas de justificación con ellas desaparece lo injusto; es decir, no solo el delito, sino la injuria, en su vasto sentido, pues no eliminan una simple característica del delito, sino la esencia de toda acción injusta.

Las causas de justificación, en función del elemento esencial (antijuridicidad) del delito que anulan, tienen las siguientes características:

A) Son objetivas: recaen sobre la acción realizada, se refieren al hecho y no al sujeto.

B) Son impersonales: no están dirigidas a persona determinada, se pueden hacer valer por cualquiera.

C) Sus efectos son erga omnes respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo; o sea

favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia cooperan en una actuación preferente jurídica, acorde con el Derecho, en tal virtud, no acarrearán para ninguna consecuencias penales ni civiles.

Las causas de justificación en las que una conducta o hecho que están prohibidos por la ley penal, siendo típicos, no constituyen delito por la existencia de una norma que los permite o autoriza; tienen su razón de ser en dos fundamentos

1) En la ausencia de interés; está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger cuando el titular de un interés privado que libremente puede ejercer, en ejercicio de su derecho consistente en el acto (consentimiento del ofendido), o cuando el derecho reputa ilícita una conducta -- sin la anuencia del sujeto pasivo.

2) En la existencia de un interés preponderante; se presenta cuando el Derecho, ante la imposibilidad de que dos intereses jurídicamente tutelados subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante.

El artículo 15 del Código penal, señala como causas de justificación las siguientes:

- a) Legítima defensa,
- b) Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado)
- c) cumplimiento de un deber,
- d) Ejercicio de un derecho
- e) obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer) cuando se equipara al -

cumplimiento de un deber,
f) Impedimento legitimo.

En relación con las causas de justificación que operan en el peculado; Fernández DOblado, establece que: "Los hechos en que consiste el delito de peculado deben ser desde luego, objetivamente antijurídicos, no teniendo tal carácter aquellas sustracciones o distracciones que se hagan con el válido consentimiento del sujeto pasivo, o naturalmente en ejercicio de un derecho y en cumplimiento de un deber ".(58)

En cuanto al consentimiento del ofendido, caben las siguientes consideraciones:

1) El consentimiento del ofendido equivale al abandono consciente de los intereses por parte de quien legítimamente tiene la facultad de disposición directa sobre un determinado bien jurídico (función y patrimonio públicos, en el caso del peculado), abarcando todas sus partes integrantes (resolución de voluntad, movimiento corporal y resultado externo); y además, debe existir en el poseedor del bien jurídico (ofendido) como dirección de su voluntad. De conformidad con esto, para que sea eficaz el consentimiento del ofendido, debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Deber ser formal, esto es, que el lesionado debe poseer la capacidad necesaria de juicio al momento de otorgarlo;
- b) Debe ser voluntario, es decir, debe corresponder a

(58) Fernández Doblado, Luis. El Delito de Peculado. Criminalia. p. 245-

la verdadera voluntad del lesionado (lo que obliga a decidir con arreglo a las circunstancias y naturaleza de cada caso concreto).

c) Darse con pleno conocimiento de la situación de hecho

d) Debe otorgarse antes o en el momento de la acción y no en el que se produzca el resultado material.

Ahora bien, el problema relativo a si el consentimiento del ofendido es apropiado para excluir la antijuridicidad en el peculado y, en consecuencia, la punibilidad de la acción, impone tomar en cuenta la naturaleza jurídica del delito de que se trata, ya que el contenido material del injusto es decisivo en materia de consentimiento, pues la eficacia de éste depende de si el lesionado que consiente, posee o no sobre el bien jurídico (función y patrimonio públicos) una facultad de disposición.

"El contenido material del Derecho corresponde al bien jurídico protegido, según Mezger. De dicho bien jurídico, como objeto de protección del delito, ha de separarse el objeto de la acción, entendido como el objeto contra el que la acción corporalmente se dirige. Si se habla del consentimiento del ofendido ha de pensarse en el consentimiento del titular del objeto de la acción. En consecuencia, la eficacia del consentimiento deberá resolverse según que el titular del objeto de la acción lo sea o no también del objeto de protección. Cuando el titular del objeto de acción dice Mezger- y el del objeto de protección son la misma persona, el consentimiento será eficaz, mientras que, cuando esto no ocurra, subsiste la antijuridicidad de la acción a pesar del

consentimiento del ofendido". (59).

En base a lo anterior y al carácter social del bien jurídico tutelado por el peculado, resulta absurdo que en este delito pueda operar el consentimiento del ofendido como causa de justificación, pues sería contradictorio que el mismo Estado (sujeto pasivo del delito) o la colectividad social (sujeto pasivo del daño u ofendido) consintieran voluntariamente la distracción de los bienes necesarios para el cumplimiento de los fines de interés público. Ni tratándose de bienes que sean propiedad de particulares puede aceptarse tal justificante ya que los particulares, en lo personal, no son titulares del objeto de protección del peculado y porque no tienen facultad de disposición sobre el objeto de la acción, sea por estar depositado a favor de la administración pública o por estar afectado a un servicio público.

2) Toda vez que el artículo 15 del Código Penal no incluye el consentimiento del ofendido como causa de justificación, y dado el doble carácter (formal y material) de la antijuridicidad, no es posible admitir que dicho consentimiento elimina totalmente la antijuridicidad, debido a que carece de una declaración o reconocimiento expreso del legislador, esto es, carece del único medio de neutralizar la antijuridicidad formal a que da vida también una declaración legal.

En lo que respecta al cumplimiento de un deber o al ejercicio de un derecho, que también son causales de justificación inoperantes en el peculado, pues es incongruente -

(59) Carrancá y Trujillo, Raul, Op. Cit., p. 380-381

que un servidor público realice la "distracción" de la cosa - "para usos propios o ajenos", en cumplimiento de un mandato legal emanado de autoridad competente, o en ejercicio de un derecho declarado.

En mi opinión y a virtud de la especial objetividad - jurídica del peculado, no opera en él mismo ninguna causa de justificación.

4.12 IMPUTABILIDAD.

Es precisamente a partir de la imputabilidad que se inicia el análisis del aspecto subjetivo del delito.

Se considera jurídicamente a la imputabilidad como la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y, en consecuencia, como capacidad jurídica - de querer y entender en el mundo jurídico.

Dicha aptitud constituye el presupuesto lógico-jurídico de la culpabilidad, pues para ser culpable antes se debe ser imputable, toda vez que si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, debe preexistir a ella la posibilidad de ejercer esas facultades. "Para que el individuo conozca de la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, - debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de - la culpabilidad ... porque al llegar a ésta... es cuando se debe determinar si el sujeto ejecutante del hecho era capaz--

de realizarlo con conciencia y voluntad, correspondiendo entonces indagar si posea las facultades de juicio y decisión" (60). Facultades que en todo momento están presentes en el agente de peculado, dado los requisitos que integran su capacidad.

La imputabilidad se encuentra determinada por dos aspectos de tipo psicológico:

- a) Por un mínimo físico (desarrollo mental), generalmente representado por la edad; y
- b) Por un mínimo psíquico o salud mental.

En este sentido, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales que posee el peculador en el momento del acto típico penal (distracción), es lo que capacita para responder del mismo; pues teniendo capacidad de realizar actos referidos al derecho penal, deberá responder de las consecuencias penales de su infracción, es decir, será responsable.

La responsabilidad resulta de una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias (sanción penal) señaladas por la ley a su conducta.

En el ámbito de la imputabilidad y debido al lugar (normalmente un establecimiento de la administración pública) y forma de ejecución del peculado, respecto a éste no es po-

(60) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 217-218

sible hablar de las llamadas acciones liberae in causa (libres en su causa pero determinadas en cuanto a su efecto), en que el sujeto, queriendo el estado de inimputabilidad, -- puesto que se coloca voluntaria o imprudentemente en él, ha querido la conducta y sus consecuencias. En efecto, no obstante que puede existir un enlce causal entre al acto voluntario (decisión de distraer la cosa) y su resultado (distracción -detrimento), resulta difícil suponer que un servidor público en estado de inconciencia de sus actos -como lo es el de ebriedad-, tenga acceso a su centro y documentos de trabajo, y menos, que las órdenes que dicte en tales condiciones, sean acatadas.

4.13 INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad consiste en la ausencia del desarrollo y salud mentales en el sujeto activo del delito, que acarrea la inexistencia de la culpabilidad y, por tanto, de la figura delictiva. Por tal motivo, las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

En lo que respecta al peculado, en atención a la calidad de servidor público requerida en el sujeto activo, o mejor dicho, a las condiciones que integran la aptitud para ejercer el servicio público, no es admisible ninguna de las causas de inimputabilidad señaladas en el artículo 15 del Có

digo penal, pues sin duda alguna, el peculador comprende el carácter ilícito de la distracción de la cosa (capacidad de entender) y se conduce de acuerdo con esa comprensión (capacidad de querer); y puesto que el agente de peculado realiza la conducta penalmente tipificada con capacidad de juicio y decisión, es decir, siendo sujeto capaz de Derecho penal, de be sufrir las consecuencias represivas correspondientes.

El artículo 15 del código punitivo, prevé como facto res que afectan la capacidad psicológica: a) el trastorno mental, que consiste en la perturbación de las facultades psíquicas; b) el desarrollo intelectual retardado, que impide comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión; y c) el miedo grave, que obedece a procesos causales psicológicos, o sea, se engendra en la imaginación.

4.14 CULPABILIDAD EN EL PECULADO.

Jiménez de Asúa, define a la culpabilidad "como el -- conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad-- personal de la conducta antijurídica ". (61); y por ello, se considera a la culpabilidad com el nexo intelectual y emocio-- nal que liga al sujeto con su acto. En este orden de ideas,-- la culpabilidad contiene dos elementos: uno intelectual que-- indica el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, y otro emocional o volitivo que evidencia el querer tanto la conducta como el resultado.

La culpabilidad se presenta en el peculado cuando a - causa de las relaciones psíquicas existentes entre la dis--- tracción (previamente calificada de antijurídica) y el servi-- dor público, la conducta debe serle jurídicamente reprochada El reproche implica una estimación de la actividad psicológi-- ca del sujeto que consciente y por su propia voluntad, se -- constituye en causa del acto reprobado, colocándose en pugna con el orden jurídico.

En los artículos 8 y 9 del código penal, se incluyen-- tres formas de la culpabilidad:

A) El Dolo; que se presenta cuando se delinque me--- diante una determinada intención delictuosa.

(61) Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p.233

B) La Culpa; que tiene lugar cuando se delinque por - descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria, sea por negligencia o por imprudencia. y,

C) La Preterintencion.- la cual se manifiesta cuando el resultado delictivo sobrepasa la intención del sujeto.

Toda vez que en el peculado el agente dirige su voluntad consciente a la afecución del hecho tipificado en la ley como delito, la culpabilidad reviste solo una forma, que es el dolo. Antonio de P. Moreno, manifiesta que en el peculado, " el elemento subjetivo del delito es la intención dolosa del agente, su voluntad de cometer el delito y emplear los medios idóneos para ejecutarlo ". (62). En efecto, el delito de peculado, solamente se puede configurar cuando es cometido con conciencia y voluntad, por lo tanto no admite configuraciones culposas.

El peculado es un delito meramente doloso por cuanto el agente, conociendo la gravedad de la distracción de la cosa confiada en razón del cargo o por obligación legal, procede a realizarla; en virtud de que la voluntad o intención del agente se encamina directamente a la distracción de la cosa como acto típico, preséntase el llamado Dolo Directo, por haber voluntariedad en la conducta y querer del resultado.

Vincenzo Manzini expone: "dada la voluntariedad del hecho en sí, es natural que quien lo ha querido haya tenido

(62) Antonio de P. Moreno. Op. Cit. p. 544

tambien la conciencia de obrar contra el legitimo interés ajeno (lo cual basta para el dolo genérico)... Hay, pues, razón para reconocer que en el peculado el dolo está in re ipsa, salvo naturalmente la prueba de la involuntariedad, de la buena fe, de la simple negligencia o de otra cosa que pueda excluir el dolo mismo ... Se suele afirmar que el peculado exige también el dolo específico... En efecto, el dolo específico se requiere exclusivamente en la hipótesis de la distracción, que debe hacerse en provecho (patrimonial) propio o ajeno, ya que de lo contrario no se puede reconocer que el agente distrajera lo que poseía legítimamente ". (63)

(63) Vincenzo Manzini. Op.Cit. p. 171.

4.15 INCULPABILIDAD

La inculpabilidad o ausencia de culpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche, y opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. En ausencia de cualquiera de estos dos factores constitutivos de la culpabilidad, o de ambos, el peculado no podrá configurarse, pues con dicha ausencia algo del elemento subjetivo se anula o no puede integrarse.

En relación a la inculpabilidad, Fernández Doblado -- expresa que "Dentro del aspecto negativo de la culpabilidad, un error esencial o substancial sobre los elementos que integran el tipo de peculado, puede según el caso, desviar la figura hacia un delito contra el patrimonio o eximir por completo de culpabilidad. Al respecto Maggiore señala: Tampoco el dolo es excluido por la ligereza, a menos que esta se resuelva en un error de hecho (sobre la calidad de funcionario público, sobre la posesión o la pertenencia o sobre la sustracción o la distracción). (64).

Considero que la única causa de inculpabilidad capaz de operar en el peculado es la obediencia jerárquica, toda vez que el peculador al momento de realizar la conducta típica tiene plena conciencia de estar encargado de un servicio público, de que la cosa es ajena y tiene un determinado destino, de poseerla por razones de oficio o servicio, y de dar a la cosa una destinación no consentida. Sin duda alguna, --

(64) Fernández Doblado, Luis. art. Cit. p. 246

existe coacción sobre el elemento volitivo o emocional cuando un servidor público, conociendo la ilicitud del mandato - de su superior (distracción de una cosa para usos ajenos) y pudiendo rehusarse a obedecerlo, no lo hace ante la amenaza de quedarse sin empleo o de "sufrir graves consecuencias", - en este supuesto, si bien el servidor público ejecuta la distracción de la cosa, lo hace con una voluntad coaccionada, - por lo que está ausente la culpabilidad.

4.16 PUNIBILIDAD EN EL PECULADO.

Castellanos Tena, indica que " La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción ". (65).

En cuanto al peculado, el Código penal establece como medida para fijar la pena, el valor de cambio de la cosa que constituye su objeto y no el grave perjuicio ocasionado a la colectividad social; valor que generalmente debe quedar apreciado en dinero, aún tratándose de la utilidad producida, como en el caso de los beneficios derivados de los actos de -- uso indebido de atribuciones y facultades, los que son equiparados . También soluciona aquellas hipótesis en las que -- hay imposibilidad de determinar el valor de la cosa, bien -- por la naturaleza de ésta o por cualquier otra circunstancia.

Las penas que se prevén para el peculado las cuales son acumulativas, son de tres clases:

<u>Penas Acumulativas.</u>	<u>Monto menor de 500 veces el salario - mínimo general diario, o no evaluable.</u>	<u>Monto mayor de 500 veces el salario - mínimo general diario:</u>
Contra la libertad	De 3 meses a 2 años de prisión.	de 2 a 14 años de prisión.
Pecuniaria	Multa de 30 a 300 - veces el S.M.G.D	Multa de 300 a 500 veces el S.M.G.D.

(65) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., P. 273.

Contra ciertos derechos

Destitución e inhabilitación de 3 -- meses a dos años-- para desempeñar -- otro empleo, cargo o comisión público

Destitución e inhabilitación de 2 a 14 años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

José Barragan al referirse a la punibilidad prevista para los delitos cometidos por servidores públicos manifiesta:

" Las penas decretadas para estos tipos son la destitución, la inhabilitación, la multa y la prisión y pueden acumularse todas ellas, la multa puede alcanzar el monto de hasta quinientas veces el salario mínimo vigente en el momento de la comisión del delito en el Distrito Federal, la prisión puede llegar hasta los 14 años ... la aplicación de estas penas podría presentar fuertes contrasentidos. De un lado, por que guardan un carácter todos esos delitos de meras faltas administrativas y, por ello, las penas resultarían excesivas. Pero, por otro lado, cuando estemos ante los extremos de -- máxima gravedad de esas mismas conductas, dichas penas podrían resultar insignificantes. " (66).

(66) Instituto De Investigaciones Jurídicas. Diccionario -- Jurídico Mexicano, T.III p.74

4.17 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Las excusas absolutorias son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena, sea por razones de -- justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; solo se excluye la posibilidad de punición. (67).

En lo que hace al peculado y dada la trascendencia de su comisión, nuestro Código punitivo no consagra ninguna causa que deje subsistir el carácter delictivo del acto y excluya sólo la pena.

C O N C L U S I O N E S .

PRIMERA.- Las sanciones que se imponían en la época precolonial a los servidores públicos por realizar conductas ilícitas, constituyen el antecedente directo de las sanciones que se encuentran previstas a partir del primero de enero de 1983, en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en su artículo 53, tales como: amonestación, destitución, inhabilitación para desempeñar algún cargo o comisión dentro de la administración Pública.

SEGUNDA.- La legislación penal se ha conformado con elaborar una tipología cerrada, pues se concreta a describir diversas conductas ilícitas de los servidores públicos y de quienes intervienen de alguna forma con ellos, todo esto como consecuencia de la falta de determinación del bien jurídico, si se elaborara una tipología abierta, precisando el bien jurídico, se lograrían captar más eficientemente todas y cada una de las conductas ilícitas lesivas del servicio público.- Por tanto, el Título Décimo de nuestro Código punitivo, tendría mayores alcances al intitularse " DELITOS COMETIDOS EN CONTRA DEL SERVICIO PUBLICO " .

TERCERA.- En lo que respecta a la fracción III del artículo 223 del Código Penal, no tiene razón de ser, ya que en principio dicha fracción dispone que comete el delito de peculado "Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción ante--

rior, 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 ". Esta fracción - preveé como una forma más de peculado, la conducta del participe que concurre en la comisión del peculado descrito por - la fracción II. En efecto, la citada fracción III, individua liza al peculado, la disposición genérica de participación - delictiva que contiene el artículo 13 del propio Código Pe- nal.

En mi opinión, ante la existencia del artículo 13 del Código penal, que dispone quienes son responsables del delito; y del segundo párrafo del artículo 212 del mismo ordenamiento, que establece: " Se impondrán las mismas sanciones - para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos - en este título o el subsecuente"; la fracción III del artículo 223, carece de sentido; pues el problema del concursum -- delinquentium en los denominados delitos ministeriales, como lo es el peculado, se encuentra debidamente resuelto. La soli citud o aceptación del particular para realizar las promocio nes o denigraciones a que se refiere la fracción II del cita do artículo 223, a cambio del disfrute de los beneficios de ri va dos de los actos de uso indebido de atribuciones y facul tades, enunciados por la fracción I del artículo 217, también se encuentra prevista por la fracción II de éste artículo, - en los términos siguientes: " Comete el delito de uso indebi do de atribuciones y facultades: Toda persona que solicita o promueve la realización, el otorgamiento o la contratación - indebidos de las operaciones a que hace referencia la frac ción anterior o sea parte de los mismos ".

CUARTA.- La figura delictiva prevista en la fracción IV, que consiste en la distracción para usos propios o ajenos o en la aplicación distinta a la señalada, de recursos públicos federales, efectuada por " Cualquier persona que no tenga el carácter de servidor público federal ", pero que respecto de tales recursos tenga obligación legal de custodia, administración, o aplicación, también ha sido estructurada inútilmente.

Ya que por una parte, dar a los recursos públicos una aplicación distinta a la que se les destinó, significa distraerlos de su objeto, ya sea para usos propios o ajenos, es decir, conducirse como dueños respecto de ellos, por lo que no había necesidad de contemplarla como una hipótesis más; era suficiente con señalar la " distracción de su objeto para usos propios o ajenos ".

Por otra parte, en tanto que la fracción en cuestión incluye como sujeto activo a " cualquier persona que no tenga el carácter de servidor público federal y esté obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales "; resulta superflua, ya que como dispone el artículo 212 del Código Penal " Es servidor Público toda persona. . . que maneje recursos económicos federales . . .", y en el caso concreto, ya que se trata de la distracción de su objeto de recursos públicos federales, hecha por un servidor público para usos propios o ajenos, tal conducta encaja en la fracción I del referido artículo 223, incluso, reñe el presupuesto de la tenencia precaria de los bienes, exigido por esta fracción.

QUINTA.- El artículo 223 del Código penal, en su afán de evitar la apropiación de bienes públicos por parte de los servidores públicos que los poseen con razón del cargo que desempeñan, con criterio regresivo opta por fórmulas casuísticas y minuciosas, lo que resulta grave en materia penal por lo irracional y práctico de la enumeración, lo que debió haber contemplado fué una fórmula concisa y de mayor alcance, que pudiera satisfacer las necesidades de represión del peculado sin soslayar la justicia, pues el actual tipo crea confusiones por la aproximación que representa entre sus propias modalidades y con el uso indebido de atribuciones y facultades situación que en juicio puede aprovechar perfectamente el peculador para evadir la sanción.

SEXTO.- Toda vez que el peculado es un delito que se persigue de oficio, considero necesario que a los servidores públicos, acusados de la comisión de dicho delito, se les haga -- una investigación exhaustiva para determinar si en realidad son responsables o no, y de resultar positivo, propongo como una medida, que se les confisquen sus cuentas bancarias, así como sus propiedades, de las cuales no se pueda comprobar su procedencia de una manera legítima, es decir, que con el producto de su trabajo, no hubiera sido posible su obtención.

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

- ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Teoría General del Derecho Administrativo. México, Editorial Porrúa, S.A., sexta edición, -- 1988.
- BUNSTER ALVARO, BARRAGAN JOSE, FIX-ZAMUDIO HECTOR, GONZALEZ - OROPEZA MANUEL, OROZCO ENRIQUEZ JOSE DE JESUS, SOBERANES FERNANDEZ JOSE LUIS. Las responsabilidades de los Servidores Públicos. México, Editorial Porrúa. S.A., primera edición, 1984.
- CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Derecho Penitenciario, Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., Décimo Tercera Edición, México, 1980.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Código Penal Anotado, editorial Porrúa, S.A., Décima Edición, México, 1983.
- CARRERA, DANIEL P. Peculado. Ediciones De Palma, Buenos Aires 1968.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Vigésima primera edición, - México, 1988.
- F. CARDENAS, RAUL. La responsabilidad de los Funcionarios Públicos. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.

FRANCO SODI, CARLOS. Nociones de Derecho Penal, Ediciones --
Andrade, México, 1950.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Introducción a la Historia del --
Derecho Mexicano, U.N.A.M. México, Instituto de Investi-
gaciones Jurídicas, 1971.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Derecho Privado Romano, Editó-
rial Esfinge, S.A., México, 1982.

GARCIA OVIEDO, CARLOS. Derecho Administrativo. Editorial Porr-
rrá, S.A., México, 1984.

GONZALEZ, MA. DEL REFUGIO. Introducción al Derecho Mexicano I
Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., prime-
ra Edición, México, 1981.

GONZALEZ BUSTAMANTE, JOSE. Derecho Mexicano de Procedimientos
Penales, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. El Procedimiento Penal Mexicano en-
la Doctrina y el Derecho Positivo. Editorial Porrúa, S.A.
México, 1983.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. El Código Penal Comentado, --
Editorial Porrúa, S.A., sexta edición, México, 1982.

GONZALES DE LA VEGA, RENE. Comentarios al Código Penal, Cárde-
nas editor y distribuidor, segunda edición, México, 1981

HERRERA PEREZ, AGUSTIN. La responsabilidad de los Servidores-

Públicos, primera edición. México, 1991.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal. Tercera Edición, Editorial Lozada, Buenos Aires Argentina, 1976, - Tomos III y IV.

JIMENEZ HUERTA MARIANO. Derecho Penal Mexicano. T. I, Editorial Porrúa. S.A., cuarta edición, México, 1983.

JIMENEZ HUERTA MARIANO. Derecho Penal Mexicano, T. V. Editorial Porrúa, S.A., segunda edición aumentada, México, 1983.

LEON-PORTILLA, MIGUEL, ALFREDO BARRERA VAZQUEZ, GONZALEZ LUIS DE LA TORRE ERNESTO, VELAZQUEZ MA. DEL CARMEN. Historia Documental de México I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1964.

LOPEZ AUSTIN, ALFREDO. La Constitución Real de México-Tenochtitlán, U.N.A.M. México, 1961

MANZINI, VINCENZO. Tratado de Derecho Penal (traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín), T. 8, - Vol. III. Ediar Soc. Anón, Editores, Buenos Aires, 1961.

MENDIETA Y NUNEZ, LUCIO. Los Tarascos. Instituto de Investigaciones Sociales, U.N.A.M. México, 1940.

MEZGER, EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal, T. I, Editorial -- Revista de Derecho Privado, segunda edición, Madrid, - 1949.

- MOMSEN, TEODORO. El Derecho Penal Romano, (traducción de P.-- Dorado), T. II, Establecimiento tipográfico " La España-Moderna, s. ed., s.a., Madrid.
- MORENO, ANTONIO DE P. Curso de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., segunda edición, México, 1968.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A, sexta edición, México, 1984.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte - General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A., sexta-edición, México, 1982.
- QUINTANO RIPOLES, ANTONIO. Compendio de Derecho Penal (parte Especial), Vol. II. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- S. MACEDO, MIGUEL. Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. Editorial CULTURA, México, 1931.
- SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Tratado de Dercho Administrativo. T.I Montevideo, 1953.
- SERRA ROJAS, ANDRES. Derecho Administrativo, T. I. México, -- Editorial Porrúa S.A., décima edición, 1981.
- SERRA ROJAS ANDRES. Derecho Administrativo, T. II, México, -- Editorial Porrúa, S.A., décima edición, 1981.
- SYLVANUS G. MORLEY. Lacivilización Maya. Editorial Fondo de -

Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1975.

VAILLANT, GEORGES C. La Civilización Azteca, Editorial Fondo-
de Cultura Económica, México, 1980.

REVISTAS.

FERNANDEZ DOBLADO, LUIS. El Delito de Peculado. Revista Crimi-
nalia, año, XXV, núm. 5, Ediciones BOTas, México, mayo -
de 1959.

REVISTA DE JUSTICIA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLI-
CA. La Responsabilidad de los Funcionarios y Empleados -
Públicos, México, 1980.

NAVA NEGRETE, ALFONSO. Los delitos Oficiales. REVista Mexica-
na de Derecho Penal, núm. 41 México, noviembre 1964.

GONZALEZ FERRER, CAMPO ELIAS Y MUÑOZ POPE, CARLOS ENRIQUE. El
Peculado por Error. LEX, año IV, núm. 9 República de Pa-
namá, Editorial Colegio Nacional de Abogados de Panamá, -
segunda época, enero-abril 1978.

DICCIONARIOS.

CABANELLA, GUILLERMO. Diccionario de Derecho Usual. T. II, --
Editorial Heliasta, Octava edición, Buenos Aires Argenti-
na, 1974.

CAZARES, JULIO. Diccionario Ideológico de la Lengua Española-
Editorial Gustavo Gili, S.A., segunda edición, Barcelona
1959.

DE PINA VARA, RAFAEL. Diccionario De Derecho, Editorial Po- -
rrda, S.A., décimo sexta edición, México, 1989.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico-
Mexicano, T. III, U.N.A.M. primera edición, 1983.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico-
Mxicano, T. IV, U.N.A.M. PRIMERA edición, 1983.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico-
Mexicano, T. VII, U.N.A.M., primera edición, 1984.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico-
Mexicano, T. VIII, U.N.A.M. primera edición, 1984.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN. Diccionario para Juristas, Ediciones
S. de R.L., primera edición, México, 1981.

ENCICLOPEDIAS.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, T. XII. Editorial Bibliográfica-Omeba Ancalo, S.A., Buenos Aires, 15 de marzo de 1974.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA: T. XXI, Editorial Bibliográfica-Argentina, S.R.L., Buenos Aires, 1966.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, T. XXVI, Editorial Bibliográfica Omeba-Libreros Argentina S.R.L., 1968.

DIARIOS.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION de 14 de marzo de 1944.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. México, T. CCCLXXVI, núm. 3-5 de enero de 1983.

TRABAJOS DE REVISION -CODIGO PENAL- PROYECTO DE REFORMAS Y EXPOSICION DE MOTIVOS. Secretaria de Justicia, Comisión Revisora del Código Penal, T. IV, México, Tip. de la Oficina impresora de Estampillas, 1914.

L E Y E S.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, Editorial Porrúa, S.A., vigésimo novena edición, 1976.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, México, Editorial Porrúa, S.A., cuadragésima edición, 1985.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, Editorial Porrúa, S.A., cuadragésimo octava edición, 1992.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. México Editorial Porrúa, S.A., 84a, edición, 1992.

LEY DE AMPARO REFORMADA, México, Editorial Porrúa. S.A., 54a. edición, 1992.

Esta Tesis fué elaborada en
el Seminario de Derecho Pe-
nal, en la Facultad de Dere-
cho de la Universidad Nacio-
nal Autónoma de México, ba-
jo la Dirección del Lic. —
Carlos J. M. Daza Gómez.