

616



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

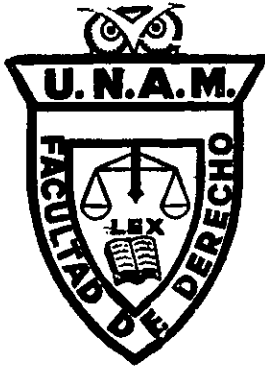
ANALISIS COMPARATIVO DE LOS DELITOS DE USO
INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES Y
EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES

T E S I S

Que para obtener el Titulo de
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

ABRIL BARBARA VILLASEÑOR ALONSO



280734

Ciudad Universitaria, Febrero, 2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

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

La alumna ABRIL BARBARA VILLASEÑOR ALONSO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección de la LIC. IRMA GRISELDA AMUCHATEGUI REQUENA, la tesis profesional intitulada "ANALISIS COMPARATIVO DE LOS DELITOS DE USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES Y EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

La profesora LIC. IRMA GRISELDA AMUCHATEGUI REQUENA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ANALISIS COMPARATIVO DE LOS DELITOS DE USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES Y EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna ABRIL BARBARA VILLASEÑOR

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

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

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 10 de marzo de 1998



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL
DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

A mi esposo Fausto por su amor
apoyo y comprensión.



A mi hija Daniela el amor más
Grande de mi vida

A mi madre, por todo su amor
lucha y sacrificio

A mi hermana Huguette por todo
lo que hemos compartido

A mi abuela Sara (*In Memoriam*)
Por todo el amor que me dio en
Vida

A la Universidad Nacional Autónoma
de México por brindarme la oportu-
nidad de estudiar una licenciatura.

Mi especial agradecimiento para:

**El Lic. Rafael Rocher y todos mis
amigos y compañeros de trabajo
quienes siempre me han brindado
su apoyo**

**La Lic. Griselda Amuchategui Requena
por todo su esfuerzo, dedicación y com-
prensión en la realización del presente
trabajo.**

**Mi cuñado Víctor Manuel Olvera por su
Apoyo.**

**El Lic. José Sánchez Gavito Tovar por
su amistad y apoyo en todo momento**

**Mi amiga Leticia Vargas Salinas
por tantos años de incondicional
amistad**

**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS DELITOS DE USO INDEBIDO DE
ATRIBUCIONES Y FACULTADES Y EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES**

ÍNDICE

Índice	I
Introducción	III
CAPÍTULO I ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	1
1.1 Antecedentes respecto de la regulación e inclusión en el Código Penal Para el Distrito Federal de los delitos cometidos por los servidores públicos	1
1.2 Inclusión dentro del Código Penal de los delitos de Ejercicio Abusivo De Funciones y Uso Indebido de Atribuciones y Facultades	10
1.3 Espíritu del legislador para regular y tipificar los tipos penales mencionados	10
1.4 Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal	12
CAPÍTULO II ANÁLISIS JURÍDICO SUBSTANCIAL	14
2.1 Análisis de los elementos constitutivos de los delitos en estudio	14
2.2 Comparación de los enunciados de los artículos 217 y 220 del Código Penal para el Distrito Federal	35
2.3 Similitud de la punibilidad en los delitos en estudio	38
2.4 Crítica a la técnica legislativa	39

- 2 -

CAPÍTULO III COMPARACIÓN DE LOS DELITOS EN ESTUDIO CON LEGISLACIONES ESTATALES QUE LOS CONTEMPLAN	48
3.1 Códigos penales estatales que contemplan el uso indebido de atribuciones y facultades	48
3.2 Códigos penales estatales que contemplan el ejercicio abusivo de funciones	58
3.3 Códigos penales estatales que contemplan ambos delitos	67
Cuadro comparativo	87
CAPÍTULO IV PROPUESTA DE FUSIÓN DE LOS DELITOS EN ESTUDIO	91
4.1 Propuesta de fusión de los delitos previstos en los artículos 217 y 220 del Código Penal para el Distrito Federal	91
4.2 Consideraciones sobre el vínculo del parentesco como una agravante de la conducta	96
4.3 Elevación de la pena	96
Conclusiones	100
Bibliografía	102

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se presenta, tiene por objeto analizar jurídicamente y desde su nacimiento, los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones, ambos previstos en el título décimo, y bajo los numerales 217 y 220, respectivamente, de los Códigos Penal Federal y del Distrito Federal.

Lo anterior, obedece a la inquietud que tengo respecto de la existencia dentro de nuestra Legislación penal local y federal, de dos ilícitos que, desde mi punto de vista, tienen un sinnúmero de similitudes, incluso en la punibilidad, lo cual considero como una duplicidad innecesaria que confunde y dificulta el entendimiento de la norma.

Así, en el capítulo primero, se realiza una breve semblanza histórica sobre los inicios de la codificación penal en nuestro país, así como la inclusión en las primeras legislaciones penales, de los delitos en que podían incurrir los servidores públicos durante el ejercicio de sus cargos.

Dentro de esta parte, y en relación con la inclusión de los delitos en estudio, dentro de nuestro anterior Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, consideré importante mencionar dentro de este capítulo, la forma cómo fueron creados estos ilícitos, y las razones que fueron presentadas por el Ejecutivo en la exposición de motivos, para justificar su regulación.

Por otro lado, en el capítulo segundo, presento el análisis jurídico substancial de los ilícitos antes mencionados, desglosando cada uno de los elementos constitutivos de estos delitos, para posteriormente realizar una comparación de sus enunciados y de la punibilidad que, para estas conductas indebidas, señalan los Códigos Penal Federal y del Distrito Federal.

Siguiendo con el desarrollo de este trabajo, y para tener un parámetro de comparación, respecto de la forma en cómo se encuentran previstos tanto el uso indebido de atribuciones y facultades como el ejercicio abusivo de funciones en las legislaciones penales estatales de nuestro país, el capítulo tercero se encuentra dedicado a estudiar y examinar los ilícitos materia de este estudio, a la luz de los Códigos Penales vigentes de todos los estados que integran nuestra República Mexicana.

Finalmente, en el capítulo cuarto y último, expongo, con base en todos los argumentos que fueron desprendiéndose de las secciones anteriores, mi propuesta sobre la forma en cómo deberían, desde mi punto de vista, estar señalados dentro del Código Penal del Distrito Federal los delitos que actualmente se encuentran previstos en los artículos 217 y 220 de la legislación antes mencionada.

CAPÍTULO I ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1.1 ANTECEDENTES RESPECTO DE LA REGULACIÓN E INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

La penalización de los servidores públicos que cometen actos contrarios a derecho ha existido en nuestro país desde las culturas prehispánicas, donde las sanciones eran sumamente severas, pues dichas civilizaciones creían que poniendo ejemplos por demás crueles, los ciudadanos escarmentarían y no tratarían de repetir la conducta; así el imperio azteca castigaba con la muerte la mayor parte de los delitos, constituyendo la diferencia en la forma de aplicar la pena, la cual podía ejecutarse de formas muy diversas, pero todas sumamente sanguinarias.

El Dr. Raúl Carrancá y Rivas¹ en su libro "Derecho Penitenciario" hace referencia a las penas que se imponían en el derecho azteca, señalando que en dicho sistema jurídico: "La pena debía afligir, torturar, satisfacer un instinto primitivo de justicia en las diferentes clases sociales." Por lo anterior, la cárcel era una sanción casi no utilizada y sólo se imponía en delitos considerados por ellos como menores o como antesala de la ejecución de una pena mayor.

¹ Carrancá y Rivas, Raúl. *Derecho Penitenciario*. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1974. pp 27-33.

Respecto de los delitos en que podía incurrir un servidor público, en el derecho azteca, ya se sancionaba la corrupción de los jueces, el peculado, la malversación y el exceso de los funcionarios en el cobro de los tributos. Todos se sancionaban con la muerte.

Los mayas, por su parte, siendo una cultura más civilizada y pacífica sancionaban de diferente manera a los delitos, considerando en algunos casos, la vergüenza pública, como suficiente castigo por la comisión de un delito.

Respecto de esta cultura, es importante mencionar que el Dr. Carrancá² señala que a los servidores o funcionarios que incurrieran en alguna falta se les castigaba esculpiendo en ambos carrillos figuras alusivas a los delitos que cometían; el castigo se aplicaba en la plaza pública, ante el pueblo, a manera de martirio e infamia.

Posteriormente, durante la época de la colonia en México, se aplicaban las Leyes de Indias³ las cuales preveían la existencia del Tribunal de Cuentas pues uno de los principales encargos de la corona española a sus virreyes era que tuvieran cuidado al administrar la real hacienda, la cual debía incrementarse con el cobro de los impuestos.

En ese sentido, el Tribunal de Cuentas antes mencionado y que es el antecedente directo de la Contaduría Mayor de Hacienda que tenemos el día de hoy, era el encargado de vigilar el ejercicio del presupuesto erogado y atender las cuestiones relativas a rentas atrasadas, naufragios, contrabandos, ventas de tierra y lo más importante para nosotros, conocer de las causas criminales en contra de los funcionarios que hubieren hecho mal uso de sus cargos.

² Ob. Cit. p. 44.

³ Dougnac Rodríguez, Antonio. *Manual de Historia del Derecho Indiano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México 1994. pp. 114, 221-222 y 388.

Finalmente, es importante mencionar que en dicha época se pedía a los funcionarios públicos antes de que tomaran posesión, que cubrieran algunos requisitos, como medidas de probidad administrativa. Dichas medidas consistían en constituir fianzas a favor del gobierno, declaraciones juradas de patrimonios, prohibiciones de adquirir ciertos bienes, de realizar ciertas actividades e incluso de contraer matrimonio tanto los funcionarios como sus hijos, esto con el fin de procurar siempre un distanciamiento respecto de los gobernados.

En la época posterior a nuestra independencia, y siguiendo con la historia de la regulación de los delitos cometidos por los servidores públicos, podemos considerar que otro antecedente importante se encuentra en los Sentimientos de la Nación⁴ redactados en 1813, y en los que José Ma. Morelos y Pavón en el punto trece señaló que "las leyes generales deben comprender a todos, sin excepción de cuerpos privilegiados", frase en la que se encierra el principio de que la justicia debe impartirse a todos por igual, sin importar el ministerio o cargo que ostente el responsable de un delito.

Así, en el artículo 137 de la Constitución de 1824⁵, primera Carta Magna de nuestro país, dentro de las facultades que se concedieron a la "Corte Suprema de Justicia" se concedió a este órgano, el encargarse de las causas penales en contra del Presidente, Vicepresidente, Diputados, Senadores y Gobernadores de los Estados, previa declaración de procedencia, proceso que se estableció en los artículos 40 y 44 de la propia Constitución.

Posteriormente, en el año de 1831 encontramos el Bosquejo General de Código Penal para el Estado de México⁶ en el que, en su parte primera, Título V, se contemplaban

⁴ Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México*. Decimosexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1991. p.30

⁵ Ob. Cit. p.188

los delitos en que podía incurrir un funcionario público en el ejercicio de su cargo, y aunque dicho boceto no pudo culminar en la promulgación de una ley penal, es importante mencionar lo anterior, pues desde los primeros años de nuestra vida como nación soberana, una de las preocupaciones de las comisiones redactoras era regular las actividades de los servidores públicos, a fin de que éstos no obtuvieran beneficios personales o abusaran de sus cargos.

Finalmente, en el año de 1835 se emitió en observancia en el Estado de Veracruz, el primer Código Penal⁷ que existió en nuestro país, y el cual fue ratificado por el Congreso de ese Estado en 1849, Código que en su Título V denominado "De los Delitos de los Funcionarios Públicos en el ejercicio de sus cargos" dedicó 17 artículos a la regulación de la conducta de los servidores públicos.

Un año después entró en vigor la Constitución de 1836⁸, la cual también reguló con los mismos criterios que su antecedente los procesos que se debían seguir en caso de que se iniciase una causa criminal en contra de alguno de los altos funcionarios de la nación como el Presidente, Secretarios de Despacho, Diputados, Senadores, etc.

Por otra parte, y poco tiempo después de la ratificación del Código de Veracruz, se presentó a consideración del Congreso de ese Estado, un Proyecto de Código Criminal y Penal⁹, el cual fue redactado por el Licenciado José Julián Tornel, ministro de la Suprema Corte de Justicia del Estado, y en el que se describían, en 33 artículos, las diversas conductas ilícitas en que podía incurrir el funcionario público durante su comisión, así como las penas que se impondrían al mismo.

⁶ Instituto Nacional de Ciencias Penales. *Leyes Penales Mexicanas. Tomo I. México, 1979.* pp 17-19.

⁷ Ob. Cit. pp. 68-75.

⁸ Tena Ramírez, Felipe. Ob. Cit. pp. 220, 232-236.

⁹ Instituto Nacional de Ciencias Penales. Ob. Cit. pp. 147-151.

Desafortunadamente para el Licenciado Tomel, su trabajo no fue bien recibido por el Congreso y su Proyecto de Código Criminal y Penal nunca fue aprobado.

Asimismo, la Constitución de 1857¹⁰ también previó en su Título IV lo que el Doctor Luis de la Barreda¹¹ llama "sistema de responsabilidad política" y que son procesos que se debían seguir en caso de que se presentara denuncia en contra de alguno de los altos funcionarios de la Federación, y el seguimiento que se daría en caso de que el Congreso de la Unión, erigido en Gran Jurado declarara procedente la causa en contra del acusado.

Cabe señalar que derivada de la Constitución antes citada, se promulgó el 3 de noviembre de 1870, la Ley sobre Delitos Oficiales de los Altos Funcionarios de la Federación o Ley Juárez¹², norma en la que se enumeraban los delitos oficiales en que podían incurrir los Diputados, Senadores, Gobernadores de los Estados, Encargados de Despacho, etc. señalando además la mencionada ley, las sanciones que se impondrían a los culpables de los delitos.

Es importante señalar que tanto en la Constitución de 1857 como la ley mencionada en el párrafo precedente, distinguía entre delitos oficiales y delitos comunes, entendiéndose por los primeros, el ataque a las instituciones democráticas, la forma de gobierno republicano, la libertad del sufragio, la usurpación de atribuciones, la violación de las garantías individuales y cualquier infracción a la Constitución o leyes federales en punto de gravedad, todos conceptos muy amplios y que a juicio del Doctor de la

¹⁰ Tena Ramírez, Felipe. Ob. Cit. pp. 624-625.

¹¹ Barreda Solórzano, Luis de la. Fellini, Zulita y Righi, Esteban. *Responsabilidad de los Servidores Públicos en México*. Revista Alegatos, No. 6. México 1987. p. 16.

¹² Díaz de León, Marco Antonio. *La Responsabilidad Penal de los Servidores Públicos*. Crónica Legislativa, Año V, número 8. México 1996. pp. 88-89.

Barreda¹³, eran materia propicia para diversas interpretaciones de los órganos de aplicación.

Por otro lado, el 5 de mayo de 1869, entró en vigor otro Código Penal en el Estado de Veracruz¹⁴, el cual también regulaba los delitos en que podían incurrir los funcionarios públicos, pero en especial llama la atención el hecho de que en uno de sus artículos se describió una conducta que equiparándola con nuestro Código Penal vigente podría encuadrar en uno de los delitos materia de este estudio, el uso indebido de atribuciones y facultades, por lo que considero conveniente transcribir el texto de ese artículo a fin de que se pueda ilustrar mi comparación:

"Artículo 464. Los que cometan algún fraude acerca de la naturaleza, calidad, número, peso, medida o valor de las fincas, bienes, frutos ó efectos que compraren, vendieren, permutaren, ó de otro cualquiera modo enagenaren ó por el contrario adquirieren por orden y cuenta del gobierno en representación ó por comisión de éste, ó como empleado ó funcionario público, perderán el empleo que obtengan, serán inhábiles para obtener otro, sufrirán de seis meses de prision á cinco años de trabajos forzados, y pagarán una multa de 200 á 2000 pesos quedando ademas responsables al pago de los daños y perjuicios causados. Se considerarán como autores de estos fraudes los que hicieron las proposición y como cómplices los que tuvieron participio en ellos, y los que no los impidieren pudiendo hacerlo y teniendo obligacion por su empleo ó cargo de impedir se cometan." (sic)

Lo anterior nuevamente confirma el hecho que desde las primeras leyes, el espíritu del legislador estaba encauzado en la idea de no permitir que los servidores públicos abusaran de sus cargos.

¹³ Barreda Solórzano, Luis de la. Ob. Cit. p. 17.

¹⁴ Instituto Nacional de Ciencias Penales. Ob. Cit. p. 235.

Siguiendo con la historia de nuestras primeras legislaciones penales, llegamos al primer Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871¹⁵, el cual toma como modelo al Código Penal Español y se empieza a preparar desde 1861, durante la presidencia de Benito Juárez, pero se interrumpen los trabajos debido a la invasión francesa, por lo que la Comisión Redactora pudo terminar los trabajos hasta 1871, y el mencionado Código entró en vigor en 1872.

En la exposición de motivos de dicho Código Penal,¹⁶ que fue presentada al Congreso de la Unión en 1871, nuevamente se consideraron los delitos en que puede incurrir un funcionario público, y al respecto la Comisión Redactora manifestó:

"...los funcionarios públicos no por serlo dejan de estar sujetos á todas las debilidades humanas, y sería el colmo de la insensatez fiarse únicamente de su honor y su virtud, hacerlos árbitros absolutos de los bienes, de la honra y de la vida de los ciudadanos, y brindarles al mismo tiempo con la esperanza segura de una completa impunidad. Lo prudente y justo es señalar penas para el caso en que delincan, á fin de que el temor del castigo sirva de freno á los malos y afirme á los buenos en su propósito de obrar con rectitud...."

(sic)

En el Código antes señalado se previeron 40 artículos en 4 capítulos del Título Undécimo denominado "Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones", mas sin embargo, entre todos los artículos no existió ninguno que se pueda equiparar o comparar con alguna de las figuras en estudio.

¹⁵ Ob. Cit. pp. 465-468.

¹⁶ *Ibidem*. p. 367.

Asimismo, en el año de 1896, bajo de presidencia de Porfirio Díaz, también se legisó sobre el tema de la responsabilidad de los servidores públicos, por lo que se derogó la ley Juárez y se promulgó la Ley Reglamentaria de los artículos 104 y 106 de la Constitución de 1857¹⁷, misma que en su articulado señaló el proceso que se debía seguir en caso de que se iniciara alguna causa penal en contra de algún alto funcionario que gozara de fuero constitucional, incluyendo al Presidente de la República.

Cabe señalar que en esta Ley también se distinguió entre delitos oficiales y delitos comunes, por lo que en su aplicación, y de acuerdo al criterio del Doctor de la Barreda¹⁸, "los órganos encargados de la impartición de justicia, en estos casos entraban en discusiones técnico-normativas sobre la eficacia de la resolución del juicio político sobre la materia criminal", idea que podemos traducir en las siguientes interrogantes: ¿Cómo proceder penalmente en contra del funcionario que goza de fuero cuando el gran jurado del Congreso ha resuelto no ha lugar al proceso?, y ¿Se puede considerar dentro del principio de cosa juzgada la resolución política emitida por el gran jurado?

Posteriormente, cuando se promulgó la Constitución de 1917¹⁹, en dicha Carta Magna en su Título IV, también se contemplaron los delitos en que podía incurrir un funcionario público, y nuevamente se diferenció entre delitos oficiales y comunes, señalando el juicio político como la vía para poder sancionar o juzgar al servidor que goza de fuero constitucional.

Cabe señalar que la diferenciación antes mencionada finalmente se acabó con las reformas al Título IV de la Constitución que fueron publicadas en el Diario Oficial de la

¹⁷ Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit. pp. 89-90.

¹⁸ Barreda Solórzano, Luis de la. Ob. Cit. p. 17.

¹⁹ Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit. pp. 90-92.

Federación el 28 de diciembre de 1982, con lo que el texto vigente, si bien todavía contempla el juicio político para juzgar a los altos funcionarios, ya engloba a todos los servidores públicos, reglamentando la responsabilidad política, administrativa y penal a que pueden ser sujetos los mismos.

Por otra parte y siguiendo con los antecedentes del Código Penal para el Distrito Federal, durante la presidencia provisional de Emilio Portes Gil, se promulgó en el año de 1929, otro Código Penal que regiría en el Distrito y Territorios Federales²⁰, el cual entró en vigor el 15 de diciembre de 1929 y en el que en los Títulos Noveno y Vigésimoprimeros se expusieron los delitos en que podía incurrir el servidor público.

De la redacción y organización del Código antes mencionado, considero importante hacer una pequeña crítica, pues los delitos en que podía incurrir una persona que ocupaba un cargo público se encuentran casi todos en el Título Noveno, y en el Título Vigésimoprimeros se contempló en forma separada al delito de peculado en el que, además se estableció diferencia entre un servidor público y un funcionario público, dando sólo la posibilidad al servidor público de incurrir en el delito, y no así al funcionario, al cual se le sancionaría en forma diferente, dependiendo del cargo que ostentare y del daño que hubiere causado.

Finalmente, el 14 de agosto de 1931, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal²¹, el cual nos rige hasta la fecha, y en el que se contemplaron en un sólo Título los delitos en que podían incurrir los funcionarios públicos.

²⁰ Instituto Nacional de Ciencias Penales. Ob. Cit. Tomo III. pp. 177-180 y 236-237.

²¹ *Ibidem*. pp. 332-334.

1.2 INCLUSIÓN DENTRO DEL CÓDIGO PENAL DE LOS DELITOS DE EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES Y USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES.

El 5 de enero de 1983, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal²², en dicha reforma se incluyeron en el Código Penal los artículos de Uso Indebido de Atribuciones y Facultades y el Ejercicio Abusivo de Funciones.

1.3 ESPÍRITU DEL LEGISLADOR PARA REGULAR Y TIPIFICAR LOS TIPOS PENALES MENCIONADOS.

Primeramente, consideramos pertinente señalar que en el momento en que se sometió el proyecto de reformas al Código Penal la intención del Ejecutivo, quien presentó la iniciativa al Congreso, fue promover una renovación moral de la sociedad, la cual no era concebible sin un régimen eficaz para prevenir y sancionar la corrupción del servicio público

Así, en la exposición de motivos²³ de la iniciativa que fue presentada al Congreso Federal por el Ejecutivo se señaló:

“La persecución eficaz de la corrupción de los servidores públicos utilizando su empleo, cargo o comisión es sólo una parte de la política de renovación moral. Exige antes que nada que la legislación penal contemple como delito de las conductas a través de las que se manifiesta la corrupción pública y establezca las sanciones efectivas para prevenirla y castigarla”

²² Barreda Solórzano, Luis de la. Ob. Cit. p.22

²³ Procuraduría General de la República. *Revista Mexicana de Justicia*, No. 3, Vol. V. México 1987. pp 219-224.

"La iniciativa propone tipificar conductas que ostensiblemente sustancian la corrupción pública pero que hasta hoy han sido soslayadas por la legislación penal vigente. Establece seis delitos nuevos en que puede incurrir la conducta de los servidores públicos: el de uso indebido de atribuciones y facultades, el de intimidación, el de ejercicio abusivo de funciones, el de tráfico de influencia, el de deslealtad y el de enriquecimiento ilícito".

Cabe señalar, que respecto de los nuevos delitos y la conducta que sancionarían los mismos se precisó que el objeto de los delitos de Uso indebido de atribuciones y facultades era sancionar "el manejo ilícito de recursos económicos, públicos y de facultades para regular la economía"; y el de ejercicio abusivo de funciones, "el uso del empleo, cargo o comisión del servidor público para promover sus intereses económicos personales, los de sus familiares y los de sus afines, así como de personas con las que tengan vínculos afectivos o económicos".

Finalmente se señaló que:

"La corrupción del servicio público debe ameritar las penas más severas cuando el lucro ilícito con cargo a él, alcanza proporciones que socavan gravemente el patrimonio del pueblo, produciendo así daños sociales de toda índole incluyendo los que afectan la vida e integridad personal de los mexicanos. La distracción de recursos públicos para el lucro personal implica, en la misma proporción de su cuantía, una incapacidad del Estado para atender las demandas básicas del pueblo. La renovación moral de la sociedad exige que los delincuentes que por su corrupción dejan a los mexicanos más desprotegidos sin alimentación, sin salud, sin educación, sin empleo, sean tratados con la máxima severidad."

De lo anterior podemos desprender que la intención tanto del Ejecutivo, como del Legislador al momento de la aprobación de las mencionadas reformas, fue tratar de

disminuir la corrupción en el sector público, incluyendo delitos que abarcaran las diversas conductas contrarias a derecho en que podía incurrir el servidor público, y la reparación del daño causado. Desafortunadamente el problema hasta la fecha no se ha podido eliminar, a pesar de la regulación tanto en el Código Penal Federal como en el del Distrito Federal, y en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de sanciones penales como administrativas, que castigan las conductas impropias de los servidores públicos.

1.4 CÓDIGO PENAL FEDERAL Y CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Con fecha 18 de mayo de 1999 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, un decreto mediante el cual el código penal que se encontraba vigente desde 1931 y que se denominaba Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, se modificó para nombrarse Código Penal Federal.²⁴

La mencionada reforma se debió a que en el año de 1996 se modificó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, otorgando facultades a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar, a partir del primero de enero de 1999, en materia penal y civil.

En virtud de lo anterior, y de que los asambleístas comenzaron a preparar legislaciones nuevas para el Distrito Federal, el Congreso de la Unión, como ya se mencionó federalizó en el mes de mayo, el Código Penal que nos venía rigiendo, aún cuando todavía el Distrito Federal no tenía su propia legislación.

²⁴ Sánchez Sodi, Horacio. *Código Penal Federal y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal*. México 1999. P. 19.

Posteriormente, el 17 de septiembre del mismo año, cuatro meses después de la federalización del Código Penal de 1931, se publicó en la Gaceta del Distrito Federal el "Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal".

En el artículo primero del mencionado Decreto se especifica lo relativo a la creación del Código Penal para el Distrito Federal por lo que a continuación realizaré la transcripción respectiva:

ARTÍCULO PRIMERO.- El Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal vigente, promulgado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de agosto de 1931 con sus reformas y adiciones publicadas hasta el 31 de diciembre de 1998, junto con las reformas a que se refiere este decreto, en el ámbito de aplicación del Fuero Común, se denominará Código Penal para el Distrito Federal.

Respecto de la regulación de los delitos cometidos por servidores públicos, y en concreto en lo referente a los ilícitos materia de este estudio, las modificaciones que se hicieron al artículo 217 que prevé el uso indebido de atribuciones y facultades, se limitaron en establecer que las conductas sancionadas deben cometerse por servidores públicos que laboren dentro de la administración pública del Distrito Federal.

Finalmente, y respecto del artículo 220 que regula el ejercicio abusivo de funciones, éste no fue modificado con las reformas antes citadas.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS JURÍDICO SUBSTANCIAL

2.1 ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS DELITOS EN ESTUDIO

Como lo señala el rubro antes expuesto, en el presente título se hará un estudio de los elementos típicos constitutivos de los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades, y ejercicio abusivo de funciones, ambos previstos tanto en el Código Penal para el Distrito Federal como en el Código Penal Federal, bajo los numerales 217 y 220, respectivamente.

Respecto de los elementos del tipo penal y antes de comenzar el análisis de los delitos antes mencionados, cabe señalar que, el día 8 de marzo de 1999 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un decreto que reformó los artículos 16, 19, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con la mencionada reforma se vuelve a la noción procesal de "cuerpo del delito" para establecer la probable responsabilidad de un individuo respecto de la comisión de un delito.

Una vez señalado lo anterior, y con el propósito de iniciar el análisis jurídico substancial de los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones, considero importante primeramente realizar una

breve clasificación de los mismos, basándome en los criterios de diferenciación que señala el Maestro Fernando Castellanos²⁵ :

- En función de su gravedad.- La teoría bipartita distingue, de acuerdo a la gravedad de los actos antijurídicos entre delitos y faltas. Dentro de nuestros Códigos Penales, dicha distinción no existe, pues los mencionados Códigos sólo contemplan a los delitos, existiendo otra clase de reglamentación para las simples faltas. Ahora bien, respecto del uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones, ambos se consideran delitos en razón de que son sancionados por autoridad judicial.

- Según la forma de la conducta del agente.- Ambos son delitos de acción, pues el sujeto activo tiene que realizar una conducta determinada para que se configure el delito.

- Por la lesión que causan.- Son delitos de daño en virtud de que causan una afectación directa y efectiva sobre el bien jurídicamente tutelado.

Respecto de este rubro, considero importante mencionar que el doctor Eduardo López Betancourt²⁶ considera tanto al uso indebido de atribuciones y facultades como al ejercicio abusivo de funciones, como delitos de lesión, en virtud de que causan un daño al bien jurídicamente protegido.

- Por su duración.- Instantáneos con efectos permanentes porque la comisión de los delitos destruye o disminuye el bien jurídico protegido en forma instantánea, pero las consecuencias nocivas permanecen.

²⁵ Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Ed. Porrúa, S.A. Trigésimo octava Edición. México 1997. pp 135-146.

²⁶ López Betancourt, Eduardo. *Delitos en Particular* Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición. México 1997. pp. 299 y 376.

- Por el elemento interno o culpabilidad.- Los delitos en estudio considero son delitos dolosos debido a que forzosamente se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho antijurídico. No sería posible su configuración culposa (imprudencial).

- Por su Estructura.- Los ilícitos antes descritos, considero tienen estructura diferente, pues el uso indebido de atribuciones y facultades es simple en virtud de que la lesión jurídica es única, es decir, una sola acción inflige una lesión sobre el bien; mientras que en el ejercicio abusivo de funciones la lesión se forma de dos infracciones cuya fusión da nacimiento al delito.

- En relación al número de sujetos.- Son unisubjetivos en virtud de que sólo requieren de la acción de un solo individuo para su comisión.

- En cuanto al número de actos para su realización.- Ambos delitos son unisubsistentes debido a que para integrarse sólo requieren la realización de una acción.

- Por la forma de su persecución.- Ambos son perseguibles de oficio.

Ahora bien, y una vez concluida la clasificación de los delitos en estudio, procederé al análisis de los elementos constitutivos de los delitos y sus aspectos negativos, por lo que creo importante iniciar con la mención de dichos elementos.

Aspectos Positivos

Conducta

Tipicidad

Aspectos Negativos

Ausencia de Conducta

Atipicidad

Antijuridicidad	Causas de justificación
Imputabilidad	Causas de inimputabilidad
Culpabilidad	Causas de Inculpabilidad
Condicionalidad objetiva	Falta de condición objetiva
Punibilidad	Excusas absolutorias

CONDUCTA

Existen respecto de este elemento del delito infinidad de conceptos, de los que, en este trabajo sólo mencionaremos dos, el del maestro Fernando Castellanos,²⁷ para quien la conducta "...es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito"; y el de la maestra Griselda Amuchategui,²⁸ para quien la conducta radica en "...un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, responsabilidad imprudencial o preterintencional) (*sic*), activo (acción o hacer positivo), o, negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado."

En el tenor de los conceptos antes mencionados y tomando en cuenta que de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal²⁹, los delitos pueden integrarse por una acción o una omisión, debemos considerar que los delitos en estudio, son de acción, pues de conformidad con los supuestos previstos en los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal, los ilícitos citados en los artículos 217 y 220 sólo se pueden configurar con un acto positivo y bajo ninguna circunstancia por una omisión.

²⁷ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p. 149.

²⁸ Amuchategui Requena, Irma Griselda. *Derecho Penal*. Editorial Harla. Primera Edición. p. 49.

²⁹ Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. Editorial Micro Themis. México 1998.

En ese sentido, y antes de pasar a analizar el aspecto negativo del elemento de la conducta, debemos mencionar, a fin de que se entienda mejor el análisis de este ingrediente del delito, los elementos de la acción, los cuales según Luis Jiménez de Asúa³⁰ son la manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad, esto es, para que se integren alguno de los delitos en estudio es indispensable, como antes precisamos, que el servidor público realice una conducta, la cual se va a integrar con una manifestación de voluntad del propio funcionario, con vistas a obtener un resultado que puede ser un beneficio propio o de alguna persona con la que se tenga un vínculo afectivo y todo lo anterior con una relación de causalidad que unirá los elementos anteriores y que puede constituir el otorgamiento de un contrato de obra pública o de una licencia indebidamente.

AUSENCIA DE CONDUCTA

En los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones la ausencia de conducta implicaría forzosamente que no se integrara el tipo penal, puesto que al no realizarse una conducta positiva o una manifestación de voluntad del servidor público, no puede configurarse el tipo penal y por lo tanto no existe el delito.

También es conveniente señalar dentro de este rubro, que en los delitos que nos ocupan, no pueden aplicarse ninguna de las causales de ausencia de conducta como son la *Vis absoluta*, *Vis maior*, los actos reflejos, el sueño, sonambulismo e hipnosis, pues como se ha precisado ambos ilícitos para que puedan realizarse se requiere la plena conciencia, por lo que incluso se consideran de dolo

TIPICIDAD

Respecto de este elemento del delito es importante que antes de proceder al análisis del mismo respecto de los ilícitos en estudio, diferenciemos entre tipo y tipicidad; así, el tipo de acuerdo a la definición que nos da la licenciada Amuchategui³¹ es "la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva"; y la tipicidad de acuerdo a la misma autora es "la adecuación de la conducta al tipo o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal".

Una vez diferenciado lo anterior, procederé al estudio de la tipicidad en los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones, realizando primero la transcripción de los mismos tal y como se contemplan tanto en el Código Penal del Distrito Federal como en el Código Penal Federal, con el fin de proceder después con la clasificación en cuanto al tipo que presentan:

<p>Artículo 217.- Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:</p> <p>I. El servidor público que indebidamente:</p> <p>a) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación;</p> <p>b) Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico:</p>	<p>Artículo 220.- Comete el delito de ejercicio abusivo de funciones:</p> <p>I. El servidor público que en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, indebidamente otorgue por sí o por interposición de persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, efectúe compras o ventas o realice</p>
---	---

³⁰ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p. 155.

³¹ Amuchategui Requena, Irma G. Ob. Cit. p. 56.

<p>c) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal, y del Distrito Federal;</p>	<p>cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte;</p>
<p>d) Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos:</p>	<p>II. El servidor público que valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, sea o no materia de sus funciones, y que no sea del conocimiento público, haga por sí, o por interpósita persona, inversiones, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido al servidor público a alguna de las personas mencionadas en la primera fracción.</p>
<p>II. Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hacen referencia la fracción anterior o sea parte en las mismas, y</p>	<p>Al que cometa el delito de ejercicio abusivo de funciones se le impondrán las siguientes sanciones:</p>
<p>III. El servidor público que teniendo a su cargo fondos públicos, les dé a sabiendas, una aplicación pública distintas a aquella a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal.</p>	<p>Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán tres meses a dos años de</p>
<p>Al que cometa el delito de uso indebido de atribuciones y facultades se le impondrán las siguientes sanciones:</p>	<p>Cuando el monto a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán tres meses a dos años de</p>
<p>Cuando el monto a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán tres meses a dos años de</p>	<p>impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en</p>

<p>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.</p> <p>Cuando el monto a que asciendas las operaciones a que hace referencia este artículo, exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a doce años de prisión, multa de treinta a trescientas veces de salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a doce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.</p>	<p>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.</p> <p>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 al 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 años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.</p>
--	---

Cabe aclarar que respecto de la regulación de los artículos antes transcritos en el Código Penal para el Distrito Federal, éstos se encuentran bajo mismos numerales que en el Código Penal Federal, constituyendo la única diferencia el hecho de que en los incisos a y c del artículo 217 se precisa que los actos realizados por los servidores públicos deben afectar el patrimonio del Distrito Federal.

Clasificación de los tipos de los delitos en estudio:

- Por la conducta.- Como se señaló anteriormente, ambos delitos son de acción.

- Por su composición.- Son normales, en virtud de que el tipo se formuló con elementos objetivos.

- Por su ordenación metodológica.- El delito de uso indebido de atribuciones y facultades es fundamental o básico porque sirve de base para que se derive otro delito como lo es el ejercicio abusivo de funciones al cual se le considera especial en virtud de que se deriva del anterior, pero incluye otro elemento que le da vida propia.

En este punto consideramos necesario hacer un breve paréntesis para señalar que para del doctor López Betancourt³², el ejercicio abusivo de funciones es un delito fundamental, criterio que no comparto en virtud de que considero que dicho ilícito es especial como ya se señaló, debido a que se deriva del uso indebido de atribuciones y facultades pero incluye otro elemento, consistente en que la conducta beneficie a un pariente consanguíneo, por afinidad o a cualquier persona con quien el servidor público tenga algún vínculo afectivo.

- En función de su autonomía.- Ambos son autónomos en virtud de que tienen vida propia.

- Por su formulación.- Los delitos en estudio son casuísticos y alternativos debido a que el legislador formuló diversas hipótesis que pueden constituir al ilícito y sólo falta que se encuadre la conducta en alguna de ellas para que se integre el delito.

- Por su perseguibilidad.- Ambos se persiguen de oficio.

- Por su materia.- Los ilícitos en estudio son políticos porque afectan al Estado.

- Por el bien jurídicamente tutelado.- Ambos delitos se encuentran previstos en el Título Décimo del Código Penal, el cual contempla a los Delitos Cometidos por Servidores Públicos en contra del erario o de la moral pública.
En los ilícitos materia del presente trabajo, considero importante señalar la opinión del maestro César Augusto Osorio y Nieto³², con la que concuerdo, en el sentido de señalar que el bien jurídicamente tutelado en el uso indebido de atribuciones y facultades es el patrimonio público y el correcto ejercicio de atribuciones y facultades de los funcionarios públicos.

No obstante, en lo referente al ejercicio abusivo de funciones, no concuerdo con el autor antes mencionado, en virtud de que respecto de este delito señala únicamente como bien jurídico protegido al ejercicio probo y honesto del servicio público, sin tomar en cuenta al patrimonio del estado que, forzosamente se ve perjudicado con la conducta indebida del servidor público.

Finalmente, y en virtud de los argumentos antes expuestos, la sustentante concluye que en los delitos en estudio, el bien jurídicamente tutelado es el patrimonio público y el correcto ejercicio de la función pública.

³² López Betancourt, Eduardo. Ob. Cit. p. 455.

³³ Osorio y Nieto, César Augusto. *La Averiguación Previa*. Ed. Porrúa, S.A. Novena Edición. México 1998. pp. 143 y 151.

AUSENCIA DE TIPO

El maestro Fernando Castellanos³⁴ señala "cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa."

Respecto de los delitos en estudio, y tomando en consideración lo antes mencionado, podemos decir que cuando la conducta del servidor público no se ajusta al tipo descrito en la ley estamos en presencia de la atipicidad y por lo tanto no se configurará delito alguno.

En ese sentido, el propio maestro Castellanos³⁵ señala como causas de atipicidad la ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo, la falta del objeto material o del objeto jurídico, cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo, la no realización del hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley, la falta de los elementos subjetivos señalados en la ley, y el que no se dé la antijuridicidad.

Siguiendo los criterios anteriores, podemos decir que se podría presentar alguna causa de atipicidad en el caso concreto de los delitos en estudio, si por ejemplo, se le imputa alguno de los ilícitos a una persona que no tenga el carácter de servidor público, o si la realización de los mismo se llevó a cabo a través de un medio no previsto en el tipo.

³⁴ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. P. 174.

³⁵ *Ibidem.* pp. 175-176.

ANTI JURIDICIDAD

De acuerdo al concepto que nos proporciona el maestro Gustavo Malo Camacho³⁶, la antijuridicidad es la contradicción al orden jurídico general. Asimismo, para la licenciada Amuchategui³⁷, este elemento es lo contrario a derecho, esto es, la conducta tiene que afectar al bien jurídicamente tutelado por la ley, y de ahí que la actuación esté contrariando la norma.

En los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones, podemos decir que la antijuridicidad se presenta cuando el funcionario incurre en el hecho previsto en el Código Penal, es decir, afecta el patrimonio del estado con la realización de un acto sancionado por la ley.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación o licitud son el aspecto negativo de la antijuridicidad, y de acuerdo con la licenciada Amuchategui³⁸ son "las razones o circunstancias que el Legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla, lícita, jurídica o justificativa."

Respecto de este aspecto negativo considero importante mencionar la opinión del maestro Celestino Porte Petit Candaudap³⁹, quien señala respecto de las causas de justificación:

³⁶ Malo Camacho, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa, S.A. Primera Edición. México 1997. p. 403.

³⁷ Amuchategui Requena, Irma G. Ob. Cit. pp. 67-68.

³⁸ *Ibidem*. p. 68.

³⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Ed. Porrúa, S.A. Decimaséptima Edición. México 1998. pp. 385-386

"En realidad, si la conducta realizada por el sujeto, es lícita, indudablemente no debe hablarse de que esté justificada, porque desde su nacimiento está facultada, permitida, es conforme a derecho."

Dentro de nuestro Código Penal dichas causas de justificación se encuentra previstas en el artículo 15, fracciones III, IV, V y VI, señalando como tales a la defensa legítima, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y el consentimiento del titular del bien jurídico afectado.

Para los delitos en estudio considero que no podría aplicarse ninguna de las causas de justificación.

IMPUTABILIDAD

El elemento de la imputabilidad de acuerdo al doctor Eduardo López Betancourt⁴⁰ radica en "la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal", es decir, estar plenamente consciente de los hechos que se realizan y las consecuencias que pueden traer los mismos.

En ese sentido y respecto de los ilícitos que se analizan, podemos decir que la imputabilidad es uno de los elementos más fáciles de configurar pues una persona que ostenta un cargo público, en principio ya es mayor de edad, tiene conocimientos superiores a los de bachiller y presumiblemente tiene criterio para discernir lo que es contrario a derecho.

INIMPUTABILIDAD

Este aspecto negativo del elemento del delito se refiere, de acuerdo al maestro Castellanos Tena⁴¹, a "...las causas que son capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad."

Dentro de nuestra doctrina las causas de inimputabilidad son el trastorno mental, el desarrollo intelectual retardado, el miedo grave y la minoría de edad. De las cuales podemos señalar, sólo se encuentran previstas las primeras tres en el artículo 15, fracción VII del Código Penal Federal y del Código Penal para el Distrito Federal, y que a la letra señalan:

"ART. 15.- El delito se excluye cuando:

.....

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código."

⁴⁰ López Betancourt, Eduardo. Ob. Cit. p. 377.

⁴¹ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p. 223.

"ART. 69 Bis.- Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor."

Respecto de los delitos en estudio, el doctor López Betancourt ⁴²señala que en ellos se podrían dar como causas de inimputabilidad el miedo grave y el trastorno mental temporal, señalando que el miedo grave se puede hacer presente en el uso indebido de atribuciones y facultades y en el ejercicio abusivo de funciones por ser una influencia que surge en el interior de una persona y que lo obliga a comportarse de manera distinta a su cotidiano actuar.

Asimismo, para el mismo autor, el trastorno mental temporal puede configurarse en ambos delitos en virtud de que dichos ilícitos se pueden cometer cuando el agente se encuentre en circunstancias bajo las cuales no tenga la voluntad ni la conciencia para delinquir ocasionando su inimputabilidad.

Dentro del aspecto negativo de este elemento se deben analizar las acciones *liberae in causa*, las cuales de acuerdo con la definición que da la licenciada Amuchategui⁴³ son aquellas acciones libres en su causa y que consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un

⁴² *Ibidem.* pp. 378-379 y 450-452.

⁴³ Amuchategui Requena, Irma G. Ob. Cit. p. 78.

estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal; y por tanto la ley lo considera responsable de un delito.

Las acciones antes mencionadas, como ya se vio, se encuentran reguladas en el Código Penal en el artículo 15, fracción VII, lo que obedece a que el legislador al señalar las causas excluyentes del delito, no deseó abrir la puerta del todo para que las personas que delincan la utilicen para amparar su conducta, es decir, si una persona se coloca voluntariamente en una situación por la cual es inimputable, y amparada en la misma comete algún delito, deberá responder por él según lo señala el artículo 69 bis del mismo ordenamiento.

En ese sentido, y respecto de los delitos en estudio, considero que las acciones *liberae in causa* podrían presentarse pues el servidor público podría ponerse voluntariamente en un estado en el cual no entienda la dimensión de sus actos; por ejemplo en estado de ebriedad y en dicho estado, suscribir un contrato de obra pública indebidamente.

CULPABILIDAD

La culpabilidad es otro de los elementos del delito, éste se encuentra intrínsecamente ligado a la imputabilidad, pues como veremos más adelante, no se puede presentar un elemento sin el otro; esto es, una persona no puede ser culpable existiendo una causa de inimputabilidad, y la realización de un hecho típico no puede sancionarse si se encuentra de por medio una causa de inculpabilidad.

En ese sentido, considero importante definir a la culpabilidad, la cual de acuerdo al concepto que nos da la licenciada Amuchategui⁴⁴ es "...la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada."

Respecto del mismo elemento, Gustavo Malo Camacho⁴⁵ proporciona una definición un tanto subjetiva de la culpabilidad, definiéndola como "...el reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica."

Después de analizar las definiciones antes mencionadas, podemos concluir que la culpabilidad radica en el vínculo que une a la voluntad y el conocimiento del sujeto activo con el hecho antijurídico.

Tanto nuestro Código Penal para el Distrito Federal como el Código Penal Federal en su artículo 8º señalan respecto de la culpabilidad, que las acciones y omisiones delictivas solamente se pueden realizar dolosa o culposamente, definiendo el artículo 9º de los mismos ordenamientos en qué radica cada una de estas formas.

Así, el Código Penal para el Distrito Federal en el artículo antes mencionado, define que obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

⁴⁴ *Ibidem.* p. 82.

⁴⁵ Malo Camacho, Gustavo. Ob. Cit. p. 521

Al respecto, el maestro Fernando Castellanos⁴⁶, señala que el dolo se forma de dos elementos, el ético y el volitivo o emocional, definiendo al primero como "la conciencia de que se quebranta el deber", y al segundo como "la voluntad de realizar el acto"

Por lo referente a los delitos en estudio, consideramos que ambos se cometen en forma dolosa, pues el sujeto activo, en este caso el servidor público, conoce las consecuencias que pueden traerle sus actos, y no obstante lo anterior, por una actitud de codicia realiza el acto antijurídico.

Descartamos por completo la posibilidad de la configuración culposa en los delitos en estudio.

INCULPABILIDAD

Este aspecto negativo es definido por el doctor Eduardo López Betancourt⁴⁷ como la falta del nexo emocional e intelectual que une al sujeto con su acto. Asimismo, la licenciada Amuchategui señala que la inculpabilidad es "la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho."

De esta definiciones, es fácil desprender que la inculpabilidad se puede configurar al presentarse la ausencia de alguno de los elementos que componen a la culpabilidad, y que son la voluntad y el conocimiento.

⁴⁶ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p. 239.

⁴⁷ López Betancourt, Eduardo. Ob. Cit. p. 383.

Como causas de inculpabilidad doctrinalmente se han señalado al error esencial de hecho invencible, las eximentes putativas, la no exigibilidad de otra conducta, el temor fundado y el caso fortuito.

No obstante, el Código Penal en su artículo 15, fracciones VIII, IX y X, sólo prevé al error esencial de hecho invencible, la no exigibilidad de otra conducta y el caso fortuito.

Respecto de los delitos en estudio, el doctor Eduardo López Betancourt⁴⁸ afirma que como causas de inculpabilidad en estos delitos se pueden presentar el error, las eximentes putativas, el caso fortuito y el temor fundado, no así para la sustentante, pues considero que exceptuando al error esencial de hecho invencible, no podría presentarse ninguna otra causa, o prácticamente sería imposible que se presentara.

PUNIBILIDAD

Este elemento del delito es definido por el maestro Fernando Castellanos⁴⁹ como "...el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta," señalando el mismo autor que la punibilidad se integra con: a) el merecimiento de una pena; b) la conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y c) la aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley.

Respecto de los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones, ambos cuentan con la punibilidad en el cuerpo de los artículos

⁴⁸ *Ibidem*. pp. 383-384 y 457.

⁴⁹ Castellanos Tena, Fernando. *Ob. Cit.* p. 275.

217 y 220 del Código Penal, preceptos en los cuales se describen las conductas sancionadas y las penas a que se hacen merecedores los servidores públicos que incurrir en ellas, por lo que si un funcionario adecua su actuar al tipo penal, recibirá las sanciones previstas en la Ley.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las excusas absolutorias son el aspecto negativo de la punibilidad y son definidas por la licenciada Amuchategui⁵⁰ como "la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad".

En ese sentido, dichas excusas se encuentran en cada tipo penal, y como ejemplo podemos mencionar al robo por mínima temibilidad, el aborto culposo, etc.

En los delitos en estudio no se presentan excusas absolutorias.

CONDICIONALIDAD OBJETIVA

Este elemento del delito no es considerado por muchos autores como un verdadero integrante del hecho antijurídico, sino más bien como una parte de la punibilidad, así por ejemplo, el maestro Fernando Castellanos⁵¹ señala: "...las condiciones objetivas de penalidad tampoco son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende accesorios, fortuitos."

⁵⁰ Amuchategui Requena, Irma G. Ob. Cit. p. 92.

⁵¹ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p. 278.

Asimismo, la licenciada Amuchategui⁵² considera que las condiciones objetivas son "...elementos del tipo; a veces tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la perseguibilidad, etcétera," señalando la misma autora como ejemplo, el siguiente: para que se presentara la situación atenuante que preveía en el artículo 310 del Código Penal, hoy reformado, era indispensable que el cónyuge ofendido no hubiera contribuido en la corrupción de su cónyuge.

Con base en lo anterior, podemos concluir que las condiciones objetivas son circunstancias que establece el legislador, bajo las cuales se puede atenuar la punibilidad de un delito o bien impedir que éste se configure. También cabe señalar que son muy pocos los delitos que cuentan con estas condiciones objetivas.

Finalmente, y respecto de los delitos en estudio, previstos en los artículos 217 y 220 del Código Penal Federal y del Código Penal para el Distrito Federal, considero que no se pueden aplicar las condiciones objetivas de punibilidad puesto que el legislador no las previó en el tipo penal.

AUSENCIA DE CONDICIONALIDAD OBJETIVA

En base a lo descrito en los párrafos precedentes, cuando se presenta el aspecto negativo que es la ausencia de condiciones objetivas en el tipo, el delito no puede configurarse pues no se integran todos los elementos del tipo penal señalados en la ley, por lo que la conducta no se castiga en forma alguna.

Así, y respecto de los delitos en estudio, considero que no puede presentarse la ausencia de condiciones objetivas.

2.2 COMPARACIÓN DE LOS ENUNCIADOS DE LOS ARTÍCULOS 217 Y 220 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

De acuerdo a la transcripción textual de los artículos que se encuentran en estudio, misma que se realizó en el punto anterior del presente capítulo, a simple vista se pueden observar un sinnúmero de afinidades entre ambos textos, no obstante en el punto que a continuación se desarrollará, presentaré en forma más explícita todas esas similitudes y las diferencias que distinguen al uso indebido de atribuciones y facultades del ejercicio abusivo de funciones.

Podemos comenzar con las similitudes más obvias. La principal es que ambos delitos se encuentran dentro del Título Décimo de nuestro Código Penal, denominado "Delitos cometidos por servidores públicos", por lo que para que puedan existir dichos ilícitos, se requiere que el sujeto activo tenga una calidad determinada, que en este caso consiste en que ostente un cargo público.

Asimismo, en la fracción I de ambos textos se establecen diversas conductas, mismas que si se realizan en la forma señalada en el Código, conllevan a la realización de un delito. Así en los dos textos, los supuestos previstos en la fracción antes mencionada radican en realizar en forma indebida el otorgamiento de concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, compras o ventas con cargo al erario público.

Por otra parte, y también dentro de la fracción I del delito de ejercicio abusivo de funciones, encontramos la característica principal que distingue a ese delito del uso indebido de atribuciones y facultades, que consiste en que la conducta ilícita del servidor público reporte un beneficio económico para éste, para sus parientes

consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, para cualquier tercero con el cual el servidor público tenga un vínculo afectivo, económico o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte.

Cabe señalar que lo anterior, no se encuentra previsto en el artículo 217, situación que presumo obedece a que los artículos quedarían prácticamente iguales, pero que representa una carencia para el delito de uso indebido de atribuciones y facultades, pues si el sujeto activo no va a obtener un beneficio directo o indirecto para él o para alguna persona con la que tenga algún vínculo, ¿Por qué realizarlo? Es muy difícil que se integren los elementos del ilícito previsto en el artículo 217, sin que se relacione con el 220, e incluso se presente un concurso de delitos.

Prosiguiendo con la comparación de los enunciados, procederé a analizar la fracción II del artículo 217, la cual señala:

Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:

I.....

II. Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hace referencia la fracción anterior, o sea parte de las mismas.

Del texto anterior se desprende otra de las fallas que tuvo el legislador, pues pareciera que el delito en estudio puede ser cometido por cualquier persona, no importando que ésta no tuviere la calidad de servidor público. Así considero que la comisión redactora del artículo no contempló la participación que en el delito pueden tener, no sólo el sujeto activo, sino las personas que coadyuvan en la realización del mismo. Esto es, el delito lo comete el servidor público, pues es la persona que de acuerdo con su empleo,

cargo o comisión, lo puede realizar, no así como señala la fracción II, la persona que lo solicite o promueva, la cual tiene participación pero no puede ser sujeto activo.

Asimismo, en este punto considero importante señalar las críticas que respecto de esta fracción formularon los doctores Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas⁵³ quienes señalaron:

El sujeto activo es indeterminado en esta frac. (*sic*) ("toda persona"), pero habida cuenta que esta persona "solicita" o "promueve" las conductas a que hace referencia la frac. (*sic*) precedente, comportamientos en que el sujeto activo es el servidor público, no hay la menor duda de que no se trata en la especie de un servidor público; razón por la que su ubicación es indebida en el tipo penal a que se contrae el art. (*sic*) 217 que obedece a la denominación "uso indebido de atribuciones y facultades" (obviamente del servidor público). Por lo que toca a "ser parte" en aquellas conductas parece evidente que el servidor público lo es, así como puede serlo también "toda persona" que solicita o promueve las mismas. Esto último significa que hay confusión de sujetos activos, siendo unos servidores públicos y los otros no.

Siguiendo con el análisis del enunciado del artículo que contempla el uso indebido de atribuciones y facultades, analizaré la fracción III, del mismo artículo la cual señala:

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

⁵³ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. *Código Penal Anotado*. Editorial Porrúa, S.A. Vigésimaprimer edición. México. 1998. p. 578.

La fracción antes mencionada, como se puede observar, no tiene nada que hacer en ese artículo, pues no guarda relación con la primera fracción y el supuesto señalado se refiere mas bien al tipo del peculado que al uso indebido de atribuciones y facultades.

Respecto del ejercicio abusivo de funciones, sólo falta realizar el análisis a la fracción II, pues como se vio en el inicio del presente punto, la fracción I de ambos delitos contemplan las mismas conductas, con la diferencia de que para que se pueda configurar el supuesto señalado en el artículo 220 del Código Penal, se requiere que exista un beneficio económico para el servidor público o para alguna otra persona con quien éste tenga algún vínculo afectivo o de parentesco.

Así, respecto de la fracción II del artículo 220, considero que ésta se encuentra bien ubicada, y que la conducta que se señala sí va de acuerdo con la naturaleza del delito y con las conductas que se deben sancionar, a fin de que los empleados públicos no abusen u obtengan beneficios personales de su cargo más allá de su retribución salarial.

2.3 SIMILITUD DE LA PUNIBILIDAD EN LOS DELITOS EN ESTUDIO

Tanto el uso indebido de atribuciones y facultades como el ejercicio abusivo de funciones se sancionan dependiendo de la cuantía del daño que haya causado su comisión.

De este modo, se precisa en ambos supuestos que si la cuantía no excede de quinientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el ilícito, la sanción a aplicarse es la de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trecientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión en el servicio público.

Con respecto a las afectaciones cuya cuantía excede de quinientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el ilícito, la punibilidad en ambos enunciados también es muy parecida, pues en los dos delitos se prevé que se impondrá como sanción de dos a doce años de prisión, y la única diferencia radica en la aplicación de la multa, la cual en el uso indebido de atribuciones y facultades puede ser de treinta a trecientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito, mientras que en el ejercicio abusivo de funciones, la aplicación de la sanción pecuniaria es un poco más severa, pues la que se imponga deberá oscilar entre las trecientas y quinientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el tiempo de la comisión del hecho antijurídico.

Finalmente, y en relación con la cuantía señalada en el párrafo anterior, debo precisar que tanto en el artículo 217 como en el 220 del Código Penal para el Distrito Federal y del Código Penal Federal, se señala una prohibición para que los servidores públicos responsables de cometer alguno de los delitos en estudio, pueda nuevamente ostentar un cargo público, misma que se puede establecer entre los dos y los doce años.

2.4 CRÍTICA A LA TÉCNICA LEGISLATIVA

Posterior a la reforma de 1982 que incluyó en el Código Penal para el Distrito Federal a los delitos materia del presente trabajo, algunos autores publicaron en libros y revistas algunos artículos, los cuales analizaron y en ocasiones criticaron la forma como se incluyeron en el mencionado Código Penal los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones.

Uno de los juristas que más se interesó en el tema fue el doctor Luis de la Barreda,⁵⁴ quien junto con otros dos profesores, publicaron un artículo en el cual se señaló respecto del delito previsto en el artículo 217:

a) En la fracción I se incriminan conductas con una amplitud incompatible con el principio de determinación exhaustiva de la prohibición.

En la medida en que todo el sentido de la descripción gira en torno a la expresión "indebidamente" el principio de legalidad resulta afectado y por ende la constitucionalidad del texto legal."

b) La fracción II describe supuestos de participación criminal cuya solución está dada por el artículo 13 del Código Penal.

c) La fracción III incrimina la malversación de caudales públicos, antes previstas como un supuesto de abuso de autoridad.

La malversación, tipo destinado a proteger un uso correcto del presupuesto, no estaba adecuadamente prevista como abuso de autoridad, por lo que se justificaba buscarle una mejor ubicación en el Código. Ello debía permitir la punibilidad no sólo de los casos de malversación vinculados a un abuso de autoridad necesariamente doloso, sino incriminar además las malversaciones imprudenciales cuya impunidad se traducía en desprotección para el bien jurídico protegido.

Asimismo, y referente al delito previsto en el artículo 220, los mismos autores señalaron:

⁵⁴ Barreda Solórzano, Luis de la. Ob. Cit. pp. 24-25.

Los nuevos tipos de ejercicio abusivo de funciones previstos en la nueva redacción adjudicada al artículo 220 constituyen uno de los aspectos más importantes de la reforma y están destinados a cumplir efectos de prevención y represión de la corrupción, en cuestiones de singular incidencia.

Por lo mismo, no puede censurarse su inclusión en el Código aún cuando ofrece dudas la redacción que los informa, cuya complejidad dificultará la labor de los órganos encargados de su aplicación.

a) Los objetivos que se persiguen con la fracción I se hubieran logrado más satisfactoriamente previendo dos supuestos distintos. El primero destinado a incriminar a quien por sí o por medio de otro, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo; el segunda para castigar a quien obtenga algún beneficio como consecuencia del dictado de actos administrativos, en los que debería de haberse excusado de intervenir.

b) También la fracción II se hubiera podido simplificar, castigando al que utilizare para sí o para otro, informes o datos de carácter reservado, de los que hubiere tomado conocimiento en razón de su cargo."

De lo anteriormente antes señalado podemos inferir, que si bien es cierto la reforma al Código Penal se consideraba necesaria, la forma como ésta se llevó a cabo causó polémica entre los juristas por lo que las críticas formuladas en los párrafos precedentes a los artículos en estudio, dejan entrever que para los especialistas la aplicación de los nuevos delitos se veía un tanto confusa.

Otra de las personas que realizaron una crítica a la reforma en materia de delitos cometidos por los servidores públicos fue la doctora Olga Islas de González Mariscal⁵⁵, quien en un artículo publicado en la Revista Mexicana de Justicia, se refirió a la reforma del Código Penal, señalando:

Se advierte que la regulación de algunos problemas aparece duplicada y, a veces, hasta triplicada; así, en un tipo la hipótesis es bastante general y, por lo mismo, comprende a otra u otras que son menos generales por describir características específicas. En algunos casos la duplicidad es sólo aparente.

La duplicidad real -y esto hay que subrayarlo- refleja la preocupación del legislador de satisfacer exigencias sociales insoslayables, manifestadas desde todos los sectores: sociales ideológicos y políticos. Era clamor popular que se adoptaran medidas para acabar con la corrupción e ineptitud que tanto daño estaba haciendo al pueblo y que se acentuaba de manera incontenible. El legislador quería cubrir toda la antisocialidad y, en esta actitud, describió conductas similares o iguales en tipos muy generales y en tipos específicos.

Asimismo, respecto de las figuras en estudio, la doctora Islas comentó:

Los delitos incluidos bajo este rubro son de nueva creación; sin embargo algunas de las figuras delictivas descritas -y esto se advierte de la simple lectura de las tres fracciones del artículo 217- tienen similitud con las previstas en el Capítulo VIII que tipifica el Ejercicio Abusivo de funciones (*sic*). Otras, podrían encuadrar dentro del peculado, en el Capítulo XII.

⁵⁵ Islas de González Mariscal, Olga. *Reformas al Título X del Código Penal en Relación a los Delitos Imputables a los Servidores Públicos*. Revista Mexicana de Justicia, No. 4, Vol. III. México. 1985. pp. 57-79.

La fracción I, en los incisos A, B, y C, describe, en términos genéricos, diversas conductas del servidor público, consistentes en: a) otorgar concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación; b) otorgar permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico; c) otorgar franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre los precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal, y del Distrito Federal.

En todas las conductas apuntadas, la persona favorecida o beneficiada ilegalmente por el servidor público es cualquiera, ya que el tipo no establece calidad específica alguna.

Si se comparan estas conductas con las reguladas en la fracción I del artículo 220, se descubre que entre unas y otras hay una marcada similitud. La diferencia radica en la persona beneficiada, que, en la fracción I del artículo 220, es el cónyuge, o un pariente consanguíneo o por afinidad hasta el cuarto grado, o una persona con la que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público y las personas antes referidas formen parte.

Ahora bien, la conducta se puede llevar a cabo tanto dolosa como culposamente, ya que el tipo no especifica la exclusiva realización dolosa. Esta situación presenta inconvenientes en la práctica, porque pudiera darse el caso de que un servidor público, creyendo por descuido que se satisfacen los requisitos para otorgar una concesión, permiso licencia, exención, etc., la otorgue. Aplicar aquí una sanción en contra del espíritu de la ley, sería

evidentemente injusto; además se vulneraría la exigencia de legitimación social por faltar precisamente la antisocialidad.

La fracción II, prohíbe, a toda persona, que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hacen referencia la fracción anterior o sea parte en las mismas. La prohibición va dirigida a cualquier persona, no al servidor público; por ello, como ya se afirmó, su regulación estaría mejor en un título especial.

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

La norma es a todas luces positiva, pues ya era una práctica completamente generalizada el variar, de manera ilegal, la aplicación de las partidas presupuestales, práctica que muchas veces encubrió malos manejos de los fondos públicos.

Por lo que respecta a la parte final de la misma fracción, al aludir al caso en que el servidor público hace un pago ilegal, describe un específico supuesto del peculado.

De lo anteriormente mencionado por la doctora Islas, la sustentante, hace una breve crítica pues, aunque el espíritu del legislador tuviera las mejores intenciones para acabar con la corrupción del servicio público, la duplicidad que existe en las conductas señaladas en los delitos en estudio, constituyen una falta de técnica legislativa, que dificulta aún más el trabajo de los agentes del ministerio público y jueces al integrar las averiguaciones y aplicar las sanciones.

Respecto al elemento interno o culpabilidad, el cual tanto el doctor de la Barreda y sus colaboradores como la doctora Islas señalan que en los delitos en estudio, la conducta se puede cometer en forma culposa, quisiera señalar que no estoy de acuerdo con dicha valoración pues para que se configuren los delitos en estudio se requiere la realización de varias acciones, mismas que implican el seguimiento de todo un proceso administrativo, el cual difícilmente se puede realizar erróneamente sin el conocimiento del servidor público involucrado y sus subalternos.

Aunado a lo anterior también considero que los servidores públicos que tienen la jerarquía como para poder realizar las conductas previstas en la ley deben cubrir no sólo requisitos de tipo académico sino también tener experiencia, esto es, no cualquier persona puede ocupar un cargo público de importancia en el cual pueda realizar actos jurídicos en nombre y representación de una dependencia o de una entidad, por lo que forzosamente al cometer los ilícitos materia del presente trabajo debe existir dolo.

Por otro lado, y para concluir el análisis de este punto, quisiera mencionar las opiniones de algunos destacados juristas, quienes en los análisis que realizan respecto del uso indebido de atribuciones y facultades y el ejercicio abusivo de funciones señalan que la culpabilidad en los multicitados delitos, implica dolo.

Así, el maestro César Augusto Osorio y Nieto⁵⁶ en su obra "La Averiguación Previa" considera que los delitos previstos en los artículos 217 y 220 son ilícitos dolosos.

También los doctores Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas⁵⁷ en su "Código Penal Anotado" señalan refiriéndose a los artículos antes mencionados que los delitos descritos por la ley implican un "dolo específico valorable por el juez en uso de su

⁵⁶ Osorio y Nieto, César Augusto. Ob. Cit. pp. 143 y 151.

⁵⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Ob. Cit. pp. 577 y 585.

arbitrio responsable", e incluso comentando el término "indebidamente" en el delito de uso indebido de atribuciones y facultades manifiestan:

Se puede entender que dolosamente por lo que no hay la menor posibilidad, en el tipo en cuestión, de que se invoque la culpabilidad culposa.

Por otra parte, y en relación con la forma en que se redactaron los artículos 217 y 220 del Código Penal también considero necesario exponer la opinión de los autores⁵⁸ antes mencionados, quienes refiriéndose en específico a la redacción del ejercicio abusivo de funciones, expresan la siguiente opinión:

Pero fíjese el estudioso, por ejemplo, en la repetición conceptual, sin duda lamentable, entre el uso indebido de atribuciones y facultades (art. 217 c.p.) y el ejercicio abusivo de funciones (art. 220 c.p.). Este método legislativo, si tal puede llamársele, rompe toda la estructura ontológica del tipo y cayendo en la duplicidad desarticula las características del sujeto activo y de su conducta.

Finalmente, y después de haber expuesto las diferentes críticas que se hicieron a los artículos en estudio podemos concluir que el contenido de los artículos 217 y 220 del Código Penal adolece de lo siguiente:

1. En la fracción I de ambos artículos se señalan en forma demasiado general las diversas conductas que pueden ser sancionadas, si éstas se realizan en forma "indebida", término que separa la actuación legítima del delito y que dificulta la actuación de los agentes del ministerio público y jueces al integrar la averiguación previa y determinar la aplicación de una sanción;

2. Asimismo en las primeras fracciones de ambos ilícitos se duplican las conductas sancionadas por la ley, por lo que puede existir confusión en el momento de integrar una averiguación previa;

3. En la fracción II del artículo 217, coincido con las opiniones de los doctores Luis de la Barrera⁵⁹, Raúl Carrancá y Rivas y Raúl Carrancá y Trujillo⁶⁰ quienes afirman, como anteriormente se señaló, que con lo expuesto en dicha fracción pareciere que se pierde o se desvirtúa el carácter del sujeto activo del delito y se ignora la participación en el mismo que se señala en el artículo 13 del propio Código Penal.

4. Referente a la fracción III del multicitado artículo 217 también concuerdo con el doctora Olga Islas de González Mariscal ⁶¹puesto que el contenido de la citada fracción, invade uno de los supuestos del delito de peculado, hecho que dificulta la impartición de justicia y a todas luces resultaba innecesaria su inclusión dentro del Código Penal.

⁵⁹ *Ibidem.* p. 585.

⁵⁹ *Vid.* pp. 37 y 38.

⁶⁰ *Vid.* p. 35.

⁶¹ *Vid.* pp. 40-42.

CAPÍTULO III

COMPARACIÓN DE LOS DELITOS EN ESTUDIO CON LEGISLACIONES ESTATALES QUE LOS CONTEMPLAN

3.1 CÓDIGOS PENALES ESTATALES QUE CONTEMPLAN EL USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES

El delito de uso indebido de atribuciones y facultades, así como se contempla en el Código Penal para el Distrito Federal y en el Código Penal Federal, también está previsto en diversos códigos penales estatales, en unos casos con un nombre distinto, o con alguna variación en cuanto a sus elementos o punibilidad; por lo que en el presente título considero importante señalar, y hacer un breve análisis, de los ordenamientos locales que lo contemplan, y las diferencias que existen con el Código Penal para el Distrito Federal antes mencionado.

Iniciando por orden alfabético, encontramos que el primer estado que prevé la conducta del uso indebido de atribuciones y facultades, es el de Aguascalientes; con la variación de que en este Código Penal⁶², los supuestos que para nosotros integran el artículo 217, las actividades sancionadas constituyen sólo una parte de las conductas descritas en un delito denominado "ejercicio indebido del servicio público", ilícito que se contempla en el numeral 211 y que a continuación se transcribe textualmente:

⁶² Código Penal para el Estado de Aguascalientes, Editorial Sista, México, 1994. Pp. 63-66.

Artículo 211.- El Ejercicio Indebido de Servicio Público consiste en:

.....

VII Otorgar indebidamente por sí o por interpósita persona:

- a) Concesiones de prestación de servicios públicos o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio del Estado o del Municipio;**
- b) Permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico;**
- c) Franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, sobre ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la administración pública estatal o municipal; o**
- d) Contratos de obras públicas, deudas, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos.**

Como se puede apreciar de la transcripción antes realizada, en el Código Penal para el Estado de Aguascalientes, y respecto del delito en estudio, únicamente se señalan las conductas previstas en la primera fracción del artículo 217 de nuestro Código Penal (del Distrito Federal), incluso en iguales circunstancias.

Respecto de las fracciones II y III, mismas que no son contempladas por la legislación estatal analizada, considero, con base en los argumentos expuestos en el capítulo anterior, que su ausencia no representa carencia alguna, pues como ya se ha precisado, la existencia de dichos supuestos no corresponde al contenido de la primera fracción y de hecho no deberían existir.

Para concluir con el análisis del uso indebido de atribuciones y facultades en el Código Penal del estado de Agascalientes, podemos señalar que si bien la fracción VIII del artículo en comento es casi igual a la primera del artículo 217 de nuestro Código Penal, en lo referente a la punibilidad existen diferencias, pues el delito de ejercicio indebido del servicio público no se sanciona de acuerdo a la cuantía, sino con una pena única para el funcionario que incurra en cualquiera de las conductas señaladas en los diversos numerales, y que es de dos a seis años de prisión, multa de cincuenta a cien días de salario mínimo diario vigente y la destitución e inhabilitación de uno a cuatro años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Por otra parte, el siguiente ordenamiento que prevé en su articulado a la figura en estudio, es el Código Penal para el Estado de Nayarit⁶³, el cual contempla a los supuestos que integran al uso indebido de atribuciones y facultades dentro de un ilícito denominado "Ejercicio Indebido de Funciones", y que se encuentra en el artículo 211 del Código antes citado.

En virtud de que en el artículo citado no sólo se señala al delito en estudio, sino que se describen diversas conductas, que incluso dentro de nuestro Código Penal corresponden a diversos ilícitos, a continuación reproduciré la disposición en comento para facilitar su análisis:

EJERCICIO INDEBIDO DE FUNCIONES

ARTÍCULO 211. Comete el delito de ejercicio indebido o abandono de funciones, el servidor público que:

- I. Ejerza las funciones de su empleo, cargo o comisión sin haber tomado posesión legítima o sin satisfacer todos los requisitos legales;

⁶³ Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nayarit, Anaya Editores, S.A., México 1998. Pp. 61-62.

- II. Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido legalmente;
- III. Nombrado por tiempo limitado continúe ejerciendo sus funciones, después de cumplido el término por el cual se le nombró;
- IV. Lo prevenido en las fracciones II y III, no comprende el caso en el que el servidor público que debe cesar en sus funciones se le ordene que continúe en ellas entre tanto se presenta la persona que haya de sustituirlo, cuando la ley no lo prohíba.
- V. Se autoatribuya alguna otra comisión, empleo o cargo del que realmente tuviere;
- VI. Sin habersele admitido la renuncia de una comisión, empleo o cargo, o antes de que se presente la persona que haya de remplazarlo, lo abandone sin causa justificada;
- VII. Teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que pueden resultar gravemente afectados el patrimonio, los intereses de alguna dependencia o entidad de la administración pública centralizada, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, asociaciones y sociedades asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, del Congreso del Estado o del poder judicial estatal, por cualquier acto u omisión no informare por escrito a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades;
- VIII. Por sí o por interpósita persona, sustralga, destruya, oculte, utilice, inutilice ilícitamente información o documentación que se encuentre bajo custodia, o a la que tenga acceso, o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión;
- IX. El que sin estar facultado para ello o estándolo, indebidamente otorgue:

A) Concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio del Estado y Municipios;

B) Permisos, licencias o autorizaciones de contenidos económico sin tener facultades para ello;

C) Franquicias, exenciones, deducciones, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Estatal y Municipal;

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

X. Teniendo a su cargo fondos públicos, les dé a sabiendas, sin la autorización correspondiente de quien tenga facultades para ello, una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal.

Al que infrinja lo establecido en las fracciones I a la IV, se le impondrá de un mes a tres años de prisión y multa de treinta a ciento cincuenta días de salario mínimo diario vigente, sin perjuicio de aplicarse otras sanciones derivadas del ejercicio indebido a su cargo.

Al que infrinja lo establecido en las fracciones V a IX, se le impondrá de tres meses a tres años de prisión y multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente, si el monto de las operaciones no excede el equivalente de setecientas veces el salario mínimo diario vigente en el momento de cometerse el delito; y se impondrá de dos a doce años de prisión y multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente, cuando

el monto de las operaciones exceda al equivalente de setecientas veces el salario mínimo diario vigente en el Estado.

Las penalidades anteriores podrán ser reducidas hasta la mitad si el servidor público resarce a quien causó el daño, el importe total de las operaciones realizadas en un término no mayor de treinta días.

En la disposición antes citada, como puede observarse, no sólo se contempla la figura del uso indebido de atribuciones y facultades en sus fracciones I y II, sino que, como ya se señaló, existen varios supuestos que corresponden en la legislación del Distrito Federal al delito de ejercicio indebido del servicio público.

Por otra parte y respecto de la punibilidad, es de llamar la atención que en la disposición en comento, exista el señalamiento de que las penas pueden ser reducidas hasta en un cincuenta por ciento, si el servidor público resarce el daño que causó en un plazo no mayor de treinta días.

Al respecto quisiera comentar que, si bien es importante obtener una reparación patrimonial, también lo es el hecho de sancionar la conducta ilícita que lesionó el bien jurídicamente tutelado, y que en el caso que nos ocupa, no sólo se trata del patrimonio del Estado, sino de la moral pública, por lo que no considero que esta disminución de las penas esté correcta, pues aunque se devuelva el dinero obtenido ilegalmente por el servidor público, no se restituyen en su totalidad los bienes protegidos por la ley.

Por otro lado, y si nos regresamos un poco al primer capítulo, donde se precisó en la exposición de motivos el sentido para incluir esta norma dentro de la legislación, podemos recordar que, por lo menos, la intención del Ejecutivo al promover las reformas para el entonces vigente Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, fue prevenir la corrupción del servicio público, incluyendo para ello

sanciones severas para castigar a los funcionarios que, aprovechando su cargo, obtenían un lucro indebido de éste.

Respecto de la intención del legislador nayarita, -no podemos conocer cual era ésta al incluir en su Código Penal esta disposición con la posibilidad de reducir las penas, pero lo que sí se puede argumentar en este caso, es que por la forma en que se encuentra redactado el artículo 211, no se buscaba la previsión del delito.

Para concluir con el análisis de este artículo, también debo criticar el hecho de que en el último párrafo, en el que se señala la posibilidad de disminuir las penas, se prevé que el resarcimiento debe realizarse en un término no mayor de treinta días, pero no se señala si este término corre a partir de que se realizó la conducta ilícita, o a partir de que se descubrió la misma.

Finalmente, el último ordenamiento legal estatal que prevé en su articulado únicamente a la figura del uso indebido de atribuciones y facultades es el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave⁶⁴, el cual señala al ilícito en estudio en su artículo 254.

En virtud de que la forma en que se presenta al delito es diferente a la que conocemos en nuestra ley penal, a continuación reproduciré el artículo antes mencionado para facilitar su análisis:

CAPÍTULO II

Abuso de autoridad o incumplimiento del deber legal

Artículo 254. Se impondrá de seis meses a seis años de prisión y multa hasta de doscientas veces el salario mínimo, a los servidores públicos que ordenaren o cometieren cualquier acto ilegal o dejaren de cumplir

⁶⁴ Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz Llave, Editorial Porrúa, México, 1998. Pp. 73-74.

los deberes de su función en perjuicio de los derechos de alguien o en beneficio propio o ajeno.

Se impondrán prisión de uno a ocho años y multa hasta de cuatrocientas veces el salario mínimo, al servidor público que:

- I. Teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que existe interés en lesionar el patrimonio de los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, de alguna dependencia o entidad de la administración pública, estatal o municipal, organismos descentralizados o desconcentrados, empresas de participación estatal o municipal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a estas o fideicomisos públicos, por cualquier acto u omisión, no informe por escrito a su superior jerárquico o no lo evite si está dentro de sus atribuciones, facultades o funciones;
- II. Por sí o por interpósita persona, sustraiga, destruya, oculte, utilice o inutilice ilícitamente información o documentación que se halle bajo custodia o a la cual tenga acceso, o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión;
- III. Indebidamente otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio del Estado o de los Municipios;
- IV. Indebidamente otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico, franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social; en general sobre ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Estatal o Municipal;
- V. Indebidamente otorgue, realice o contrate obras públicas, deudas adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes

o servicios o efectúe en su provecho, inversiones de fondos y valores con recursos económicos públicos;

- VI. Teniendo a su cargo fondos públicos les de a sabiendas, una aplicación pública distinta de aquélla a que estuvieren destinados o hiciere una erogación ilegal;
- VII. Valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, sea o no materia de sus funciones y que no sea del conocimiento público; haga por sí o por interpósita persona, inversiones enajenaciones o adquisiciones o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido al servidor público o a algún tercero; y
- VIII. Intimide, torture o incomunique a un inculpaado, para obligarlo a declarar.

Del artículo anterior se pueden desprender varias interrogantes, primero en lo que toca a la denominación del ilícito ¿De qué realmente se habla, abuso de autoridad o incumplimiento del deber legal? Al momento de integrar las averiguaciones previas o de juzgar al presunto responsable ¿Cómo los agentes del Ministerio Público y los jueces pueden vislumbrar cuál de los dos es el delito que se persigue? Y finalmente ¿Ambas denominaciones son sinónimas?

Dada la redacción del artículo 254, pareciera que se deja al intérprete de la norma la opción de denominarlo como considere mejor, pues la conjunción "o" que se señala en el proemio, aclara el hecho de que no se habla de dos delitos fusionados en un solo artículo, sino que más bien se trata de uno solo que puede tener dos denominaciones o nombres.

Por otra parte, también se puede observar el hecho de que en el mencionado artículo se encuentran no sólo los supuestos del uso indebido de atribuciones y facultades como lo conocemos, sino que se mencionan conductas que en nuestro

Código Penal para el Distrito Federal y en el Federal constituyen algunos de los supuestos del delito de ejercicio indebido del servicio público.

Respecto de la punibilidad, podemos criticar el hecho de que ésta no se cuantifique tomando como base el monto de las operaciones realizadas indebidamente, sino que es única.

Asimismo, y en relación a lo anterior, cabe señalar el hecho de que en el artículo 267 de la ley en estudio, existen independientemente de las sanciones que establezcan los artículos precedentes, ciertas disposiciones comunes aplicables a los delitos cometidos por los servidores públicos, y en las que se prevé que los funcionarios públicos que cometan cualquiera de los ilícitos mencionados en el capítulo, independientemente de las sanciones que se apliquen en cada caso, serán inhabilitados para desempeñar otro cargo público, hasta por un tiempo igual a la sanción privativa de libertad.

3.2 CÓDIGOS PENALES QUE CONTEMPLAN EL EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES

El primer Código, iniciando nuevamente por orden alfabético, que prevé al ejercicio abusivo de funciones, es el de Baja California,⁶⁵ el cual lo contempla bajo el numeral 305 y lo denomina como "Negociaciones Ilícitas".

Respecto de la redacción de este ilícito considero no es necesario realizar ningún comentario o transcripción, pues la descripción de las conductas sancionadas es idéntica a las previstas en el artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal y del Código Penal Federal.

No obstante, y como ocurre en la mayoría de las legislaciones estatales, en la punibilidad sí se encuentra una diferencia. En el Código que nos ocupa, la pena es única, no se señala de acuerdo a la cuantía de las operaciones realizadas, como en la mayoría de los Códigos y leyes, por lo que al respecto sí creo necesario realizar la transcripción de esa parte del texto para posteriormente realizar un comentario:

CAPÍTULO X NEGOCIACIONES ILÍCITAS

ARTÍCULO 305.- Tipo y punibilidad.- Se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a doscientos cincuenta días de multa al servidor público que:

⁶⁵ Código Penal para el Estado de Baja California. Ed. Impresos Bahía . México 1996. P. 91.

Como puede observarse en la transcripción, y como ya se señaló, la pena es única, pero aunado a lo anterior y más grave todavía es el hecho de que no se prevea ninguna clase de inhabilitación para que el servidor público que haya sido condenado por la comisión de este delito no ocupe, al cumplir su condena, otro cargo o comisión dentro de la administración pública del estado.

Posteriormente, encontramos que el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Chiapas⁶⁶, también prevé al delito que nos ocupa en el artículo 281, y con la variación de que lo denomina "Abuso de Funciones Públicas."

A este respecto, debo señalar que el tipo previsto en el Código antes mencionado es igual al de nuestro Código Penal para el Distrito Federal, por lo que no es necesario realizar la transcripción puesto que, como ya se señaló, los supuestos son los mismos.

Referente a la punibilidad, ésta sí es distinta, y aunque también se basa en la cuantía de las operaciones realizadas, la pena es de dos a diez años de prisión, menor que la que establece nuestro Código; multa de trescientos a quinientos días de salario mínimo, igual que en nuestra legislación, y lo que sí es una variante, es la destitución e inhabilitación para ocupar otro cargo público, pues en el estado de Chiapas no se da una cantidad determinada de años como en la mayoría de los Estados, sino que en esta localidad, la inhabilitación corresponde, en igual medida, a la sanción impuesta por el juez, esto es, si el servidor público es condenado a diez años de prisión, una vez cumplida la sentencia, ese mismo tiempo estará imposibilitado para desempeñar otra comisión dentro de la administración pública del Estado.

Por otra parte, y siguiendo con el estudio del ejercicio abusivo de funciones dentro de las legislaciones penales estatales, encontramos que también el

⁶⁶ Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Chiapas. Anaya Editores, S.A. México, 1999. Pp. 119-120.

Código Penal para el Estado de Hidalgo⁶⁷ prevé en su articulado a esta figura, a la cual denomina "Negociaciones Indevidas", y se encuentra en el artículo 309 de este ordenamiento.

Respecto de la configuración de este delito, debo señalar que el tipo es exactamente el mismo que el que se contempla en el Código Penal para el Distrito Federal, incluso la descripción de las conductas sancionadas es la misma, y hasta el orden de las ideas concuerda exactamente con el de nuestra legislación.

En razón de lo anterior y con la finalidad de no caer en repeticiones, únicamente me referiré a la punibilidad, la cual al igual que en las legislaciones antes mencionadas, es distinta, y desde mi punto de vista, adolece de ciertos errores.

Así, y en el tenor de las ideas antes citadas, a continuación transcribiré la primera parte del artículo 309, en la cual se establece la pena para este delito:

CAPÍTULO IX Negociaciones indevidas

ART. 309.- Se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de 20 a 150 días de multa, al servidor público que:

I.....

II.....

Como puede verse, la pena es única, independientemente del monto o cuantía de las operaciones indebidamente realizadas por los servidores públicos, hecho que considero un error pues con esta penalidad se sanciona de igual forma al funcionario de regular jerarquía que al mayor, el cual pudo haber causado un

⁶⁷ Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo. Ed. Porrúa, S.A. México 1997. P. 96.

daño desmedido y para el que la imposición de la pena especificada en la ley, constituya una burla para la sociedad y para el Estado.

Asimismo, y de nueva cuenta, en este Código Penal nos encontramos también con la ausencia de una prohibición o inhabilitación para que la persona que fue condenada por la comisión de este ilícito, no obtenga nuevamente un cargo público de importancia al concluir el término de reclusión que se le imponga.

Por otra parte, el siguiente ordenamiento que prevé al delito en estudio, es el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Morelos⁶⁸, el cual contempla al ejercicio abusivo de funciones en su artículo 276, y al igual que el Código Penal para el Estado de Hidalgo, señala a este ilícito bajo los mismos términos que el Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal Federal.

Respecto de esta ley considero importante referirme a la única diferencia que existe con nuestro Código, y que nuevamente es la punibilidad. Por esta razón a continuación reproduciré esa parte del artículo 276 para posteriormente proceder a su análisis:

EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES

Artículo 276. Comete el delito de ejercicio abusivo de funciones, el servidor público que:

I.....

II.....

A quien cometa el delito de ejercicio abusivo de funciones se le sancionará conforme al valor de las operaciones a que hace referencia este precepto en los términos del artículo 188, sanción que podrá incrementarse hasta en una tercera parte.

⁶⁸ Legislación Penal Procesal para el Estado Libre y Soberano de Morelos. Ed. Sista, S.A. de C.V. México 1996. P. 84.

Con base en el texto anterior, y como puede apreciarse, en el artículo 276 no se señala específicamente ninguna sanción para los servidores públicos que incurran en la comisión de este delito, sino que se remite al artículo 188 del mismo ordenamiento, el cual contempla las sanciones que se impondrán al que cometa el delito de fraude.

En razón de lo anterior, y toda vez que las penas impuestas en el fraude son también las aplicables a los servidores públicos que incurran en el ejercicio abusivo de funciones, es importante señalarlas con toda exactitud, por lo que procederé a transcribirlas:

CAPÍTULO V FRAUDE

Artículo 188. A quien obtenga ilícitamente una cosa o alcance un lucro indebido, en beneficio propio o de un tercero, engañando a alguien o aprovechando el error en el que éste se encuentra, se le aplicarán:

I. De treinta a ciento veinte días de trabajo a favor de la comunidad y de veinte a noventa días de multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor;

II. De seis meses a dos años seis meses de prisión y de noventa a doscientos días de multa cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de trescientas cincuenta veces el salario mínimo;

III. De dos años seis meses a cuatro años seis meses de prisión y de doscientos a cuatrocientos cincuenta días de multa, cuando el monto de lo defraudado exceda de trescientas cincuenta pero no de setecientas veces el salario mínimo;

IV. De cuatro años seis meses a once años de prisión y de cuatrocientos cincuenta a seiscientos cincuenta días de multa cuando

el valor de lo dispuesto exceda de setecientas veces el salario mínimo y; Las mismas sanciones se impondrán a quien por los medios descritos en el primer párrafo cause a otro un perjuicio patrimonial.

De lo anterior se confirma que, efectivamente las sanciones aplicables al ejercicio abusivo de funciones en este Estado, van de acuerdo al monto de las operaciones indebidamente realizadas por los servidores públicos. A este respecto, y de nueva cuenta creo importante señalar que tampoco en la legislación penal de este Estado se encuentra prevista la inhabilitación, carencia que considero un error.

El siguiente ordenamiento que analizaré es el Código Penal para el Estado de Oaxaca⁶⁹, el cual contempla en su articulado a la figura del ejercicio abusivo de funciones, pero con las variantes de que lo denomina como "Enriquecimiento ilegítimo" y lo señala en dos artículos, en los cuales se describen los supuestos bajo los cuales se puede incurrir en la comisión del delito.

En ese sentido, quiero precisar que desde mi punto de vista, el nombre que se da a los ilícitos que prevén la figura en estudio, es completamente erróneo, pues si bien la comisión de los delitos puede incrementar desproporcionalmente el patrimonio del servidor público o de su familia, el tipo del enriquecimiento, como lo conocemos en el Código Penal para el Distrito Federal y en el Código Penal Federal es muy distinto, e incluso más simple en su composición.

De acuerdo con lo que marca el artículo 224 de nuestra legislación, existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, o la legítima procedencia de los bienes a su nombre, o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño.

⁶⁹ Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca. Ed. Porrúa, S.A. de C.V. México 1997. Pp. 68-69.

Asimismo, en el caso de la figura del ejercicio abusivo de funciones, como se ha visto en las legislaciones estudiadas, incluyendo la del Distrito Federal, el tipo penal señala una serie de conductas sancionadas que deben de reportar un beneficio económico para el servidor público, para su cónyuge, parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, personas con las que el sujeto activo tenga vínculos afectivos o de dependencia; circunstancias que indudablemente provocarán un enriquecimiento ilícito no sólo para el funcionario público, pero lo que no se puede perder de vista es que dicho aumento desmedido en el patrimonio pudo ser consecuencia de la comisión de otro ilícito como puede ser el peculado o el cohecho.

En razón de lo anterior, y como señalé anteriormente, considero que el denominar a este delito como enriquecimiento ilegítimo es un error de técnica legislativa, pues pareciere, según lo que señala el Código Penal para el Estado de Oaxaca, que aunque se dé el caso de que el servidor público incrementa en forma desmedida e inexplicable su patrimonio, si esto no es como resultado de las conductas mencionadas en los artículos 217 Bis A y 217 Bis B, no se podrá inculpar al funcionario de enriquecimiento ilegítimo.

Por otra parte, y en virtud de la forma cómo se integra la figura en estudio dentro de la legislación oaxaqueña, a continuación realizaré la transcripción de los artículos citados en el párrafo anterior:

CAPÍTULO V BIS

Enriquecimiento ilegítimo

ART. 217 Bis A.- Se impondrá una pena de uno a diez años de prisión, destitución e inhabilitación para ocupar empleos o cargos públicos por un término de uno a seis años, al funcionario o empleado de la administración pública estatal o municipal o descentralizada, que en ejercicio de sus funciones efectúe compras o ventas, otorgue contratos

o concesiones o resuelva asuntos en los que tengan interés sociedades o personas con las que se hubiere asociado, o sin sujetarse a los requisitos o procedimientos establecidos, que produzcan o puedan producir beneficios económicos a él, a su cónyuge, descendientes, ascendientes o parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado.

ART. 217 Bis B.- Se impondrá pena de uno a diez años de prisión, destitución e inhabilitación para ocupar empleos o cargos públicos por el término de uno a seis años, al funcionario o empleado de la administración pública estatal, municipal o descentralizada, que por sí o por interpósita persona, o a través de sociedades de las que sea parte, haga inversiones, compras, ventas o cualquier operación que produzcan (*sic*) beneficio económico a él, a su cónyuge, descendientes, ascendientes o parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, con apoyo en resoluciones que el mismo funcionario o empleado dicte o valiéndose de la información que posea por razón de su empleo.

De los textos anteriores, también podemos señalar que los artículos anteriores bien hubieran podido fusionarse y convertirse en uno solo que contemplara la figura típica, y del cual fuera más fácil su comprensión y aplicación.

Finalmente, el último ordenamiento que contempla en su articulado únicamente a la figura del ejercicio abusivo de funciones es el Código Penal de Zacatecas⁷⁰, ordenamiento que prevé en su artículo 206 a los delitos de tráfico de influencia y

⁷⁰ Código Penal y de Procedimientos Penales de Zacatecas. Ed. Anaya Editores, S.A. México 1997. Pp. 80-81.

negociaciones ilícitas, siendo únicamente la tercera fracción de tal disposición la que se refiere al ejercicio abusivo de funciones como lo conocemos en el Código Penal para el Distrito Federal y en el Código Penal Federal.

En virtud de lo anterior, a continuación transcribiré el artículo 206 que me es interesante y que corresponde a la materia del presente trabajo:

ARTÍCULO 206.- Se impondrá de seis meses a seis años de prisión y de treinta a trescientas cuotas de multa, al servidor público que por sí o por interpósita persona:

I.....

II.....

III. Otorgue indebidamente contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones o efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico, que produzcan beneficios económicos al propio servidor público o a terceros.

Del texto anterior, como puede apreciarse fácilmente, podemos criticar el hecho de que la punibilidad sea única, por lo que la sanción que se puede imponer a un servidor público corrupto no va de acuerdo a la cuantía y por lo mismo se le puede castigar de igual forma al que obtuvo un lucro de quinientos mil pesos, que al que obtuvo cinco millones con su conducta ilícita, hecho que consideramos grave.

Asimismo, también es censurable el que en la disposición en comento, y como en la mayoría de las legislaciones penales estatales, no exista prohibición expresa para que el funcionario que fue sentenciado por la comisión de este delito, no vuelva a ocupar otro cargo público dentro de un tiempo determinado.

3.3. CÓDIGOS PENALES ESTATALES QUE CONTEMPLAN AMBOS DELITOS

Dentro de este rubro, primeramente encontramos al Código Penal para el Estado de Baja California Sur⁷¹, ordenamiento que prevé tanto al uso indebido de atribuciones y facultades como al ejercicio abusivo de funciones, ambos en la misma forma como se prevén en nuestro Código local y federal.

Respecto del uso indebido de atribuciones y facultades, este ilícito se encuentra bajo el numeral 323 del Código estatal antes citado, y debido a que el tipo penal es el mismo que el del Código Penal para el Distrito Federal, no considero necesario realizar la transcripción del texto, y sólo señalaré, como única diferencia, que la punibilidad es distinta, pues si bien también se basa en la cuantía de las operaciones, en el Código estatal en estudio, cuando el monto no excede del equivalente a setecientos treinta días de salario mínimo diario vigente en el lugar, se impondrá de uno a tres años de prisión, multa de treinta a trescientos días de salario mínimo diario vigente y la destitución e inhabilitación de uno a tres años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Asimismo, cuando el monto a que asciendan las operaciones exceda del equivalente a setecientos treinta días de salario mínimo diario vigente en el lugar, se impondrá de tres a doce años de prisión, multa de treinta a trescientos días de salario mínimo diario vigente en el lugar, y la destitución e inhabilitación de tres a seis años para desempeñar otro cargo público.

Respecto del ejercicio abusivo de funciones, este delito se encuentra previsto en el artículo 326 del Código Penal estatal en estudio, y al igual que el uso indebido de atribuciones y facultades, su redacción es idéntica a la de nuestros Códigos local y federal, por lo que tampoco de este ilícito vale la pena realizar la

⁷¹ Código Penal para el Estado de Baja California Sur, Colegio de Abogados. México. 1990. Pp. 87 y 89.

transcripción textual, y referente a la punibilidad, ésta es igual a la del delito mencionado en primer lugar.

De igual forma, el Código Penal del Estado de Campeche⁷², también incluye a los dos delitos materia de este estudio en idénticas condiciones que el Código Penal para el Distrito Federal. Así, el uso indebido de atribuciones y facultades se contempla en el artículo 191 y el ejercicio abusivo de funciones en el 196.

Nuevamente, y como única diferencia, la pena es distinta e incluso menor, pues al servidor público que incurra en el uso indebido de atribuciones y facultades se le impondrá, cuando el monto a que asciendan las operaciones no exceda del equivalente a doscientas veces el salario mínimo diario vigente en la capital del Estado, de tres meses a dos años de prisión, multa de doce a ciento veinte veces el salario mínimo diario vigente en la capital del Estado 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.

Por otra parte, cuando el monto a que asciendan las operaciones exceda de la cantidad mencionada en el párrafo anterior, se sancionará al funcionario con prisión de uno a siete años, multa de quince a ciento cincuenta veces el salario mínimo diario vigente en la capital del Estado al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de seis meses a tres años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión dentro de la administración pública del Estado.

Respecto del ejercicio abusivo de funciones, como ya se señaló anteriormente, el tipo descrito en la ley es igual al del Código Penal para el Distrito Federal, pero en lo tocante a la punibilidad además de existir una diferencia, considero existe un grave error, por lo que a continuación transcribiré la parte relativa a la pena, para posteriormente expresar una breve crítica:

⁷² Código Penal del Estado de Campeche. Ed. Porrúa, S.A. México. 1991. Pp.

Art. 196.- Comete el delito de ejercicio abusivo de funciones:

I.....

II.....

Al que cometa el delito de ejercicio abusivo de funciones se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando la cuantía no exceda al equivalente a ciento ochenta días de salario mínimo diario vigente en la capital del Estado en el momento de cometerse el delito, se impondrán al responsable de tres meses a dos años de prisión, multa de cinco a cien veces el salario mínimo diario vigente en la capital del Estado 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.

Como puede apreciarse, una vez realizada la transcripción, la sanción en este Código estatal es menor que la que establece el nuestro, pero además adolece de una grave falta, pues sí se señala una sanción en caso de que la cuantía de las operaciones no rebase el equivalente de ciento ochenta días de salario mínimo, pero no prevé nada si se excede de esa cantidad, por lo que se presenta la interrogante de ¿Cómo se sanciona a los servidores públicos que incurren en este delito cuando el monto de las operaciones excede a ciento ochenta veces el salario mínimo diario vigente en la capital del Estado? ¿No se les sanciona?

Lo anterior, considero se debe a un lamentable error del legislador que no se ha subsanado, pero que es realmente importante porque ¿Cómo se va a aplicar una sanción que no se encuentra prevista en la ley? ¿Basándose en qué, un juez va a imponer una sentencia?

Así, y una vez realizado el comentario anterior, proseguiré con el siguiente ordenamiento que contempla en su articulado a los dos ilícitos en estudio, y que es el Código Penal del Estado de Guerrero⁷³.

Dentro de este Código, la figura que conocemos como uso indebido de atribuciones y facultades se encuentra en el artículo 243 y se denomina "desempeño irregular de la función pública".

El tipo descrito en el artículo antes citado, es más extenso que el descrito en el Código Penal para el Distrito Federal, pues engloba diversas conductas, algunas incluso que corresponden o deberían corresponder a otros delitos, por lo que considero importante realizar la transcripción del texto, para posteriormente analizar la forma como se encuentra previsto este ilícito:

CAPÍTULO III DESEMPEÑO IRREGULAR DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

243.- Se impondrá prisión de seis meses a tres años y de treinta a ciento ochenta días de multa, al servidor público que indebidamente:

- I.- Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio del Estado o Municipios;
- II.- Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico;
- III.- Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la administración pública estatal o municipal;

⁷³ Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Guerrero. Ed. Las Tres Hermanas. México 1997. Pp. 182-185 y 192-193.

IV.- Realice o contrate obras públicas, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes y servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos;

V.- Dé, a sabiendas, una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados los fondos públicos que tuviere a su cargo o hiciere un pago ilegal;

VI.- En el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos o contratos de prestación de servicios profesionales, mercantiles o de cualquier otra naturaleza; que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio o no se cumplirá el contrato otorgado;

VII.- Autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación;

VIII.- Otorgue un nombramiento o de cualquier modo autorice a alguien para el desempeño de un empleo, cargo o comisión, sin que el designado satisfaga los requisitos exigidos por la ley;

IX.- Otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a quien realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en aquélla, o

X.- Ejercer algún otro empleo, cargo o comisión oficial o particular, teniendo impedimento legal para hacerlo.

Cuando el monto del producto del delito o de los daños o perjuicios causados, exceda de mil veces el salario, la sanción será de tres a nueve años de prisión y de ciento ochenta a quinientos días multa. (sic)

Como puede apreciarse de la transcripción anterior, las primeras cinco fracciones del artículo 243 efectivamente corresponden al uso indebido de atribuciones y facultades tal y como lo conocemos, no obstante, de la fracción VI a la X, los

supuestos descritos considero, no se encuentran bien ubicados pues más bien corresponden al delito de abuso de autoridad.

Aunado a lo anterior, también es necesario criticar que no existe en este ordenamiento la inhabilitación para que el funcionario que sea condenado por este ilícito, en un tiempo no vuelva a ocupar otro empleo, cargo o comisión dentro de la administración pública del Estado.

Respecto del ejercicio abusivo de funciones, este delito se encuentra previsto en el artículo 251 del Código en comento, bajo la denominación de "negociaciones ilícitas", y debido a que presenta diferencias respecto de la figura que se prevé en nuestro Código Penal, también en este caso, considero necesario realizar la transcripción:

CAPÍTULO XI NEGOCIACIONES ILÍCITAS

251.- Se impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de treinta a doscientos cuarenta días de multa al servidor público que:

I.- En el desempeño de su empleo, cargo o comisión, otorgue por sí o por interpósita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones o efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público o a otra persona ajena a la relación;

II.- Mediante la realización de los actos a que se refiere la fracción anterior, genere beneficios económicos indebidos o notoriamente desproporcionados a favor de cualquier persona, ajena o no a la relación, o cause perjuicios patrimoniales a los poderes, dependencias o entidades de la administración pública del Estado o Municipios, o

III.- Valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, sea o no materia de sus funciones y que no sea del

conocimiento público, haga por sí o por interpósita persona, inversiones, enajenaciones, adquisiciones o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido al servidor público, a su cónyuge o a sus parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado o a sociedades de las que el agente forme parte.

Si el monto de los beneficios económicos obtenidos o de los perjuicios patrimoniales causados, excede de mil veces el salario, se impondrán de cuatro a doce años de prisión y de doscientos cuarenta a quinientos días de multa.

Como se puede apreciar de la lectura del artículo anterior, el texto es un tanto confuso en lo relativo al sujeto que, independientemente del servidor público, debe beneficiarse con la conducta indebida de éste, pues el término "persona ajena a la relación", utilizado por el legislador, es sumamente ambiguo, por lo que considero que dificulta tanto a los agentes del Ministerio Público como a los jueces la integración de las averiguaciones previas y la impartición de justicia, respectivamente.

En ese sentido, la palabra "ajena", de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española⁷⁴ tiene las siguientes connotaciones:

Ajeno, na. Adj. Perteneciente a otro. 2. De otra clase o condición. 3. Fig. Distante, lejano, libre de alguna cosa. *Ajeno de cuidados*. 4. Fig. Impropio, extraño, no correspondiente. *Ajeno a su voluntad*. 5. Fig. Que no tiene conocimiento de algo, o no está prevenido de lo que ha de suceder. *Estar ajeno de sí*. Fr. Fig. Estar desprendido de sí mismo o de su amor propio.

⁷⁴ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid 1992. P. 53.

De acuerdo a lo anterior, podemos entender que "ajeno" se refiere a alguien o algo que no corresponde, por lo que en el caso del artículo en estudio, podríamos entender que se refiere a cualquier persona que no tenga injerencia en los actos jurídicos que realice el servidor público, y que podría ser, incluso, un pariente consanguíneo o por afinidad del propio funcionario.

Así, y respecto de la primera fracción de la disposición en comento, quisiera criticar el hecho de que el legislador, al señalar que la persona que se debe beneficiar necesariamente tiene que ser extraña a la relación, no pensó en los particulares que intervienen en la realización de las conductas sancionadas, como los contratistas, que pueden verse favorecidos con las mismas y que de ninguna forma se pueden considerar como ajenos a la relación.

No obstante lo anterior, en la segunda fracción del artículo 251 se trató de salvar el error cometido en la primera, aportándose únicamente el señalamiento de que los beneficios económicos pueden recaer en alguien ajeno o no a la relación; hecho que desde mi punto de vista, se encuentra fuera de lugar, pues lo mejor sería que en una sola fracción se mencionara la descripción de las conductas, y el que las mismas favorezcan a los servidores públicos y a las personas, ajenas o no a la relación, que se beneficien con las mismas.

Respecto de la fracción tercera, en ésta sí se hace específica mención de que los actos indebidos realizados por el servidor público, deben reportar beneficio económicos para los parientes consanguíneos o por afinidad de éste, pero con la salvedad de que en este apartado se mencionan una clase específica de actos (inversiones, enajenaciones, adquisiciones, etc.), lo que también considero innecesario, pues éstas pueden caer también en la primera fracción.

Finalmente, y respecto de la punibilidad, es criticable el hecho de que, al igual que en el delito de desempeño irregular de la función pública, no se establezca ninguna clase de prohibición o inhabilitación para que el funcionario que ha sido

condenado por la comisión de este ilícito, por un determinado tiempo no vuelva a ocupar otro cargo público.

Siguiendo con el orden antes mencionado, encontramos que el siguiente ordenamiento que prevé en su articulado a las figuras en estudio es el Código Penal para el Estado de Jalisco⁷⁵, el cual contempla las conductas sancionadas en un solo delito que recibe el nombre de "Desvío y aprovechamiento indebido de atribuciones y facultades", y que se encuentra bajo el numeral 152 de la ley antes mencionada.

En virtud de lo anterior, y de que considero importante el análisis de este ilícito, a continuación transcribiré el mismo, para posteriormente dedicarme a su estudio:

CAPÍTULO VIII

Desvío y aprovechamiento indebido de atribuciones y facultades

ART. 152.- Comete este delito el servidor público que, indebidamente:

I. Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio del Estado o de los Municipios;

II. Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico;

III. Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas, de seguridad social, en general, sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la administración pública estatal o municipal;

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

⁷⁵ Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco. Ed. Porrúa. México 1994. Pp. 55-57.

V. Dé a los fondos recibidos por razón de su cargo, dolosamente, una aplicación pública distinta de aquélla a que estuvieren destinados, o hiciere un pago ilegal;

VI. Promueva o gestione por sí o por interpósita persona, la tramitación o resolución ilícita de negocios públicos, ajenos a los inherentes a su empleo, cargo o comisión;

VII. Otorgue por sí, o por interpósita persona, en el desempeño de su empleo, cargo o comisión: contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, deducciones o subsidios; efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico en beneficio propio, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o dependencia (*sic*) directa, socios o a sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte;

VIII. Se valga de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión sea o no materia de sus funciones y que no sea del conocimiento público, para hacer por sí, o por interpósita persona, inversiones, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido, o a cualquiera de las personas mencionadas en la fracción VII.

Al que cometa el delito de desvío y aprovechamiento indebido de atribuciones y facultades, se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando el monto a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo, no exceda del equivalente de quinientos días de salario, se impondrán de tres meses a dos años de prisión.

Cuando exceda del monto señalado en el párrafo anterior, se impondrán de dos a nueve años de prisión.

En ambos casos se impondrá una multa de treinta a trescientos días de salario.

En el artículo anterior, como puede verse, se encuentran fusionados los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones, ambos en los mismos términos en que se encuentran previstos en el Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal Federal.

Respecto de lo anterior, lo único que resulta un poco criticable fue la técnica de redacción utilizada, pues en la fracción VII, considero no era necesaria la repetición de todas las conductas descritas en las fracciones anteriores, pues hubiera bastado tan solo con que se precisara en el texto, que también se integraría el delito si de la realización de las actividades señaladas con anterioridad, se desprendía un beneficio económico para el cónyuge, descendiente, ascendiente, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado o cualquier tercero con el que el servidor público tuviere afectivos, económicos o de dependencia directa.

Por otro lado, en cuanto a la punibilidad, nuevamente tengo que referirme al hecho de que como puede apreciarse en el texto penal antes transcrito, no existe pena de inhabilitación para que el servidor público que haya sido condenado por la comisión de este delito, no vuelva a ocupar, por lo menos en un determinado tiempo, un empleo o cargo dentro de la administración pública del Estado.

El siguiente ordenamiento que procederé a analizar es el Código Penal para el Estado de Querétaro⁷⁶, el cual en sus artículos 263 y 271 contemplan al uso indebido de atribuciones y facultades y al ejercicio abusivo de funciones, respectivamente.

⁷⁶ Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro. Ed. Porrúa, S.A. de C.V. México 1998. Pp. 88-89 y 92-93.

Las diferencias que podemos encontrar entre el Código Penal de Querétaro y el Código Penal para el Distrito Federal comienzan por la denominación de los ilícitos, pues en el ordenamiento estatal, el uso indebido de atribuciones y facultades recibe el nombre de "Desempeño irregular de las funciones públicas", y el ejercicio abusivo de funciones, "Negociaciones ilícitas".

Respecto de la composición de los delitos, también es necesario que precise que en el artículo 263, como se verá a continuación, se prevén de igual forma, otras conductas que, en nuestra legislación penal integran delitos autónomos.

Desempeño irregular de las funciones públicas

ART. 263.- Se impondrá prisión de seis meses a tres años y de treinta a ciento ochenta días de multa, al servidor público que indebidamente:

- I. Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes del dominio del Estado o municipios.
- II. Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico.
- III. Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la administración pública estatal o municipal.
- IV. Realice o contrate obras públicas, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes y servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos.

- V. Dé, a sabiendas, una aplicación pública distinta de aquélla a que estuvieron destinados los fondos públicos que tuviere a su cargo o hiciere un pago ilegal.
- VI. En el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos o contratos de prestación de servicios profesionales, mercantiles o de cualquier otra naturaleza que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio o no se cumplirá el contrato otorgado.
- VII. Autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación.
- VIII. Otorgue un nombramiento o de cualquier otro modo autorice a alguien para el desempeño de un empleo, cargo o comisión sin que el designado satisfaga los requisitos exigidos por la ley.
- IX. Otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a quien realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en aquélla.
- X. Ejercer algún otro empleo, cargo o comisión oficial o particular, teniendo impedimento legal para hacerlo.

Cuando el monto del producto del delito o de los daños o perjuicios causados exceda de mil veces el salario, la sanción será de tres a nueve años de prisión y de ciento ochenta a quinientos días de multa.

En el artículo anterior, como puede apreciarse, y como se señaló anteriormente, no sólo se señalan las conductas del uso indebido de atribuciones y facultades (fracciones I a V), como nosotros lo conocemos, sino que además se enumeran una serie de supuestos que en nuestra legislación local y federal corresponden al delito de abuso de autoridad.

Respecto de la punibilidad, nuevamente es necesario señalar que en esta legislación penal estatal no se establece ninguna prohibición o inhabilitación por tiempo determinado.

Por otro lado, y en relación con el delito de "Negociaciones ilícitas" que se encuentra en el artículo 271 del Código en comento, y en el cual se prevé la figura que conocemos como ejercicio abusivo de funciones; en virtud de que la redacción de éste es idéntica a la del Código Penal del Estado de Guerrero antes estudiado, considero que, para no caer en repeticiones, el comentario realizado para tal ordenamiento puede aplicarse también para este artículo.

Continuando con este apartado, a continuación analizaré el Código Penal del Estado de Quintana Roo⁷⁷, el cual contempla los delitos en estudio bajo los numerales 207 y 208 de su articulado.

Antes de proceder al desglose de los artículos ya mencionados, quiero precisar que en las disposiciones comunes del capítulo I, Título Segundo, denominado "Delitos contra la Administración Pública cometidos por servidores públicos", en el artículo 206 se previene que a los servidores públicos que cometan alguno de los delitos previstos en ese título, además de las penas de prisión y multa que en cada caso se señalen, se les privará de su cargo y quedarán inhabilitados para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, hasta por el mismo tiempo que el señalado en las penas privativas de libertad, pero a partir de la extinción de éstas.

Una vez hecha la mención anterior, procederé al análisis de las figuras en estudio, dentro de la legislación del Estado de Quintana Roo. Así, el uso indebido de atribuciones y facultades se encuentra previsto, como ya se mencionó, en el artículo 207, y al igual que en el Código Penal para el Estado de Querétaro, el ilícito recibe el nombre de "Desempeño irregular de la función pública".

⁷⁷ Código Penal del Estado de Quintana Roo. Anaya Editores, S.A. México, 1999. Pp. 88-90.

La integración del desempeño irregular de la función pública, prevista en el Código Penal del Estado de Quintana Roo, es idéntica a la que prevé su similar del Estado de Querétaro, por lo que considero innecesaria su reproducción pues se caería en una repetición.

Por otro lado, y respecto al ejercicio abusivo de funciones, éste se encuentra contemplado en el artículo 208 del Código en estudio bajo el nombre de abuso de funciones públicas.

En lo concerniente a este delito, la descripción de los supuestos es igual a la que señala el Código Penal para el Distrito Federal, encontrándose como única diferencia la punibilidad, la cual es única, no va de acuerdo a la cuantía, y es de seis meses a cinco años de prisión y de treinta a doscientos días de multa.

El siguiente código a estudiar es el Código Penal del Estado de Sinaloa⁷⁸, el cual prevé los delitos en estudio bajo los numerales 300 y 308.

El uso indebido de atribuciones y facultades, al igual que en las legislaciones antes estudiadas se encuentra previsto bajo el nombre de desempeño irregular de la función pública, y su composición es igual a la del Código Penal para el Estado de Querétaro, antes analizado, por lo que para no caer en repeticiones innecesarias, no realizaré la transcripción del texto.

Asimismo, y referente al ejercicio abusivo de funciones, este delito en la legislación sinaloense recibe el nombre de negociaciones ilícitas, y se encuentra redactado en los mismos términos que en el Código Penal Guerrerense, por lo que también, en este caso, considero válido aplicar el mismo comentario formulado para el análisis de esa legislación.

⁷⁸ Código Penal y Procedimientos Penales de Sinaloa. Ed. Anaya Editores, S.A. México 1995. Pp. 94-95 y 99.

Continuando con el estudio de las legislaciones estatales encontramos el Código Penal para el Estado de Sonora⁷⁹, el cual prevé en su articulado al uso indebido de atribuciones y facultades y al ejercicio abusivo de funciones bajo los numerales 185 y 187, respectivamente.

En la redacción del uso indebido de atribuciones y facultades encontramos una variante importante que no se encuentra en ninguna otra de las legislaciones estatales, consistente en que para que se pueda configurar este ilícito, el sujeto activo o servidor público en este caso, "no debe tener ánimo de lucro", esta expresión constituye, en realidad, un elemento típico subjetivo, que de no darse, ocasionaría la atipicidad de la conducta.

Debido a lo antes expuesto, y con el fin de analizar mejor este delito, a continuación procederé a la transcripción de la primera parte del artículo en comento, que es la que incluye una variante en relación con el Código Penal para el Distrito Federal:

Uso indebido de atribuciones y facultades

ART. 185.- Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:

- I. El servidor público que indebidamente, **pero sin ánimo de lucro personal.....**

Como puede apreciarse de la reproducción antes realizada, la mención de que el servidor público al realizar la conducta indebida, no debe tener ánimo de lucro, convierte a este ilícito en un delito culposo, pues al no existir la intención de obtener un beneficio económico, la realización de las conductas ilícitas pareciere que obedece únicamente a la negligencia del funcionario.

⁷⁹ Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora. Ed. Porrúa, S.A. de C.V. México

Al respecto, considero que el legislador estatal al incluir esta condición dentro de la redacción del precepto legal, no contempló o previó que la comprobación de esta situación es muy difícil, pues aunque se realice una revisión de los bienes del servidor público, la buena o mala fe son elementos subjetivos que se pueden presumir, pero obtener una real verificación de éstos es casi imposible.

Asimismo, otro de los problemas que creo existen en este artículo, es que la conducta sólo es punible si se comprueba que existió ánimo de lucro por parte del servidor público.

Por otra parte, y respecto del ejercicio abusivo de funciones dentro del Código Penal para el Estado de Sonora, éste se encuentra previsto en los mismos términos que en el Código para el Distrito Federal y el Código Penal Federal, constituyendo la pena la única diferencia por ser menor a la que señala nuestra legislación.

El siguiente ordenamiento que analizaré dentro de este apartado es el Código Penal para el Estado de Tabasco⁸⁰, el cual establece al uso indebido de atribuciones y facultades y al ejercicio abusivo de funciones en iguales términos que el Código Penal para el Distrito Federal, por lo que al respecto no formularé ningún comentario, toda vez que en los capítulos precedentes de este trabajo ya se realizó el análisis correspondiente.

Finalmente, el último Código Penal local que prevé los dos delitos en estudio, es el Código Penal para el Estado de Tamaulipas⁸¹, el cual contempla los ilícitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones bajo los numerales 222 y 226, respectivamente.

1990. Pp. 56-59.

⁸⁰ Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Tabasco. Ed. Porrúa, S.A. México 1997. Pp. 67-68 y 70.

⁸¹ Código Penal para el Estado de Tamaulipas. Anaya Editores, S.A. México 1999. Pp. 61-63.

Respecto del uso indebido de atribuciones y facultades, este delito se encuentra previsto bajo los mismos supuestos que en nuestra legislación para el Distrito Federal, constituyendo la única variante el hecho de que según la ley tamaulipeca, para que se configure el delito, se tiene que acreditar que hubo dolo por parte del servidor público que realizó la conducta ilícita.

Así, y según la redacción de la primera fracción del artículo 222, que a continuación transcribiré, incurre en el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:

ARTÍCULO 222. Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:

I. El servidor público que **dolosa e** indebidamente.....

Como puede observarse, de la redacción de la fracción primera de este artículo, para que se pueda configurar el delito, según la legislación en estudio, es indispensable que exista dolo por parte del sujeto activo, elemento subjetivo que desde mi punto de vista, y como lo he expresado anteriormente, es indispensable en la integración de este delito.

Asimismo, y como en otras legislaciones estatales, incluso la del Distrito Federal y la Federal, se exige un elemento típico normativo que consiste en que la conducta sea realizada "indebidamente."

La punibilidad en este delito se encuentra prevista al igual que en casi todas las legislaciones, tomando en cuenta la cuantía del perjuicio que se causó al patrimonio público, por lo que cuando éste no excede del equivalente a quinientas veces días salario se impondrá de dos a seis años de prisión, multa de cien a

cuatrocientos días salario y destitución e inhabilitación de tres a seis años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Asimismo, cuando el monto de las operaciones exceda del equivalente a quinientos días salario se impondrán de seis a catorce años de prisión, multa de doscientos a cuatrocientos días salario y destitución e inhabilitación de dos a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Por otra parte, respecto del ejercicio abusivo de funciones, la redacción e integración de este delito también es casi idéntica a la del delito previsto en el Código Penal para el Distrito Federal, con la única variación de que en el Código Penal para el Estado de Tamaulipas se incluye una tercera fracción a las dos que conocemos, la cual es uno de los supuestos del delito de ejercicio indebido del servicio público como está previsto en nuestra ley penal.

En virtud de lo anterior, y por ser la única diferencia que existe con el Código Penal para el Distrito Federal, a continuación reproduciré la tercera fracción del artículo 226 del Código Penal para el Estado de Tamaulipas:

Artículo 226. Comete el delito de ejercicio abusivo de funciones:

I.....

II.....

- II. El servidor público que por sí o por interpósita persona, sustraiga, destruya, oculte, utilice o inutilice ilícitamente información o documentación que se encuentre bajo su custodia o a la cual tenga acceso o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión.

La punibilidad, al igual que en el uso indebido de atribuciones y facultades, va de acuerdo al monto de las operaciones realizadas, presentándose los siguientes supuestos:

- I. Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo no exceda de mil días salario, se impondrán de dos a seis años de prisión, multa de cien a cuatrocientos días salario y destitución e inhabilitación de tres meses a seis años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.
- II. Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo exceda de mil pero no de tres mil días salario, se impondrán de seis a nueve años de prisión, multa de doscientos a cuatrocientos días salario y destitución e inhabilitación de seis a doce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión pública.
- III. Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones excedan (sic) de tres mil días de salario, se impondrán de nueve a doce años de prisión, multa de trescientos a cuatrocientos días de salario y destitución e inhabilitación de ocho a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión pública.

Finalmente, y con el objeto de concluir este punto, debo precisar que los últimos dos Código Penales que contemplan estos delitos son el Federal y el del Distrito Federal, los cuales ya fueron analizados en el capítulo segundo de este trabajo, por lo cual para no caer en repeticiones, no transcribí dentro de este título.

CAPÍTULO III

CUADRO COMPARATIVO

ENTIDAD FEDERATIVA	USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FAC.	EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES	NINGUNO DE LOS SUPUESTOS
AGUASCALIENTES	ART. 211. SE PREVÉ COMO UNO DE LOS SUPUESTOS DEL EJERCICIO INDEBIDO DEL SERVICIO PÚBLICO		
BAJA CALIFORNIA		ART. 305 LO DENOMINA COMO NEGOCIACIONES ILÍCITAS	
BAJA CALIFORNIA SUR	ART. 323.- BAJO EL MISMO NOMBRE QUE EL DEL D.F.	ART. 326.- BAJO EL MISMO NOMBRE QUE EL DEL D.F.	
CAMPECHE	ART. 191 (DIFERENTE PUNIBILIDAD)	ART. 196 (DIFERENTE PUNIBILIDAD)	X
COAHUILA			X
COLIMA			
CHIAPAS		ART. 281.- LO DENOMINA ABUSO DE FUNCIONES PUBLICAS	
CHIHUAHUA			X

DURANGO		X
ESTADO DE MÉXICO		X
GUANAJUATO		X
GUERRERO	ART.243 LO DENOMINA COMO DESEMPEÑO IRREGU- LAR DE LA FUNCIÓN PÚBLI- CA	ART. 251 LO DENOMINA CO- MO NEGOCIACIONES ILÍCI- TAS
HIDALGO		ART.309 LO DENOMINA COMO NEGOCIACIONES IN- DEBIDAS
JALISCO	ART.152 SE CONTEMPLA COMO DESVÍO Y APROVE- CHAMIENTO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTA- DES. (SE FUSIONAN EL USO INDEBIDO Y EL EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES)	
MICHOACÁN		X
MORELOS		ART. 276 SE CONTEMPLA COMO EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES. NOTA: SE APLICA LA PUNI- BILIDAD DEL FRAUDE

NAYARIT	ART. 211 EJERCICIO INDEBIDO DE FUNCIONES	
NUEVO LEÓN		X
OAXACA	ART.217 BIS A.- SE DENOMINA COMO ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO	
PUEBLA		X
QUERÉTARO	ART. 263.- LO DENOMINA COMO DESEMPEÑO IRREGULAR DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS	
QUINTANA ROO	ART. 207.- SE CONTEMPLA COMO DESEMPEÑO IRREGULAR DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	
SAN LUIS POTOSÍ		X
SINALOA	ART. 300 LO DENOMINA COMO DESEMPEÑO IRREGULAR DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	
SONORA	ART. 185 (SE PRECISA QUE EL SERV. PÚBLICO NO DEBE TENER ÁNIMO DE LUCRO)	
	ART.187.- EN IGUALES TÉRMINOS QUE EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL D.F.	

TABASCO	ART. 196 (IDEM C.P. DEL D.F.)	ART. 199 (IDEM C.P. DEL D.F.)	
TAMAULIPAS	ART. 222 USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES	ART. 226 EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES	
TLAXCALA			X
VERACRUZ	ART. 254 ABUSO DE AUTORIDAD O INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL		
YUCATÁN			X
ZACATECAS		ART. 206, FRACC. III LO CONTEMPLA COMO UNO DE LOS SUPUESTOS DEL TRÁFICO DE INFLUENCIA Y NEGOCIACIONES ILÍCITAS.	
DISTRITO FEDERAL	ART. 217	ART. 220	
CÓDIGO PENAL FEDERAL	ART. 217	ART. 220	

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE FUSIÓN DE LOS DELITOS EN ESTUDIO

4.1 PROPUESTA DE FUSIÓN DE LOS DELITOS CONSIGNADOS EN LOS ARTÍCULOS 217 Y 220 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Como se ha mencionado en los capítulos precedentes, las similitudes que existen entre los artículos 217 y 220 del Código Penal para el Distrito Federal son muchas, e incluso las conductas sancionadas en la fracción primera de ambos delitos pueden incluso hasta confundirse, pues lo único que las diferencia es el hecho de que en el ejercicio abusivo de funciones (art. 220), el acto indebidamente realizado por el servidor público debe beneficiar a un pariente consanguíneo o por afinidad hasta el cuarto grado, o a cualquier persona con la que el sujeto activo tenga algún vínculo afectivo o económico.

En virtud de lo anterior, y de otras consideraciones que a continuación analizaré, en el presente capítulo expondré mis razonamientos por los cuales afirmo que ambos delitos deberían fusionarse para que sólo existiera uno, que sería el uso indebido de atribuciones y facultades, y así no hubiera la duplicidad que actualmente existe y que a todas luces resulta confusa e innecesaria.

Así, y como ya se mencionó en el primer párrafo de este capítulo, la fracción primera del uso indebido de atribuciones y facultades y la del ejercicio abusivo de funciones son casi idénticas, ambas asimismo, constituyen la parte medular de los ilícitos en estudio, pues como se analizará a continuación, las otras conductas

previstas en las siguientes fracciones o pertenecen más bien a otro delito o no deberían incluirse en los artículos.

Respecto del delito de uso indebido de atribuciones y facultades, las fracciones II y III del artículo 217 que lo contempla, desde mi punto de vista, no deberían estar contempladas en el delito en comento, toda vez que como ya se ha mencionado, la fracción II se refiere a la participación en el delito de otra persona, que solicite o promueva la realización del ilícito, hecho que ya se encuentra previsto en el artículo 13 de los Códigos Penal Federal y del Distrito Federal, y que expresamente se refiere a los grados de participación que pueden existir en los delitos regulados por los Códigos antes mencionados.

Asimismo, en lo referente a la fracción III del artículo 217, podemos señalar, como ya lo han hecho otros juristas citados en los capítulos precedentes, que el supuesto previsto en la mencionada fracción, corresponde más bien, al delito de peculado, que al de uso indebido de atribuciones y facultades, hecho que dificulta a los Agentes del Ministerio Público la adecuada integración de las averiguaciones previas, puesto que se confunden dichos tipos penales.

Por otra parte, y respecto del delito de ejercicio abusivo de funciones previsto en el artículo 220 de los Códigos Penal Federal y del Distrito Federal, quiero señalar que si bien en este delito también su parte fundamental es la fracción I, la fracción II, aunque pareciera más bien que pertenece al ejercicio indebido del servicio público, considero que está correcta su mención dentro del delito en estudio, pues las conductas sancionadas pueden derivar de los actos jurídicos realizados indebidamente conforme a la fracción I.

Una vez hecho el análisis anterior, y conforme al título del capítulo en desarrollo, procederé a desarrollar mi propuesta de fusión de los delitos previstos en los numerales 217 y 220 de los Códigos Penal Federal y del Distrito Federal.

Así, la propuesta a que me refiero en el párrafo anterior, es fusionar los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y el ejercicio abusivo de funciones, en virtud de que como ya he expresado, ambos presentan tantas similitudes que considero como un absurdo el hecho de que se encuentren regulados dos delitos con nombres distintos pero afines, que prácticamente sancionan las mismas conductas, y cuya punibilidad además es la misma.

En ese sentido considero lamentable la falta de técnica jurídica expuesta en la iniciativa presentada por el Ejecutivo, así como el criterio de los legisladores que aprobaron en 1982, la inclusión de estos delitos en el entonces Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

En virtud de lo anterior, y retomando el estudio de estos ilícitos, quisiera señalar que desde mi punto de vista, la fracción I de ambos delitos es la más importante, por lo que en mi propuesta, dejaría como primera fracción del delito que propongo, la primera del uso indebido de atribuciones y facultades, como segunda incluiría la segunda fracción del artículo 220, eliminando desde luego, las fracciones II y III del artículo 217 por las razones antes señaladas.

En lo que respecta a la punibilidad, conservaría los grados de pena conforme al monto de las operaciones realizadas, pero incluiría un señalamiento en el que quedara establecida como agravante de la pena hasta en un cincuenta por ciento; el hecho de que las conductas ilícitas del servidor público beneficien al propio sujeto activo, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte.

Finalmente, y para ejemplificar mi propuesta a continuación presentaré la redacción y composición del artículo que sugiero en este trabajo, tomando como base el Código Penal para el Distrito Federal:

ARTÍCULO 217.- Comete el delito de uso indebido de atribuciones y Facultades:

Tipos del delito

- I. El servidor público que indebidamente:
 - a) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio del Distrito Federal;
 - b) Otorgue permisos licencias o autorizaciones de contenido económico;
 - c) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública del Distrito Federal;
 - d) Otorgue, realice o contrate obras públicas, deudas, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos del gobierno del Distrito Federal.
- II El servidor público que valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, sea o no materia de sus funciones, y que no sea del conocimiento público, haga por sí, o por interpósita persona, inversiones, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido al servidor público o a cualquier otra persona.

Sancciones

Al que cometa el delito de uso indebido de atribuciones y facultades se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de 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.

Si la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo 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 doce 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 doce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando las conductas sancionadas y descritas en los numerales I y II de este artículo, reporten beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte, las sanciones antes mencionadas se elevarán hasta en un cincuenta por ciento.

4.2 CONSIDERACIONES SOBRE EL VÍNCULO DEL PARENTESCO COMO UNA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA CONDUCTA TÍPICA

Como puede apreciarse en el artículo antes redactado, considero que el hecho de que la conducta indebida del servidor público beneficie a un tercero, en detrimento del patrimonio público, y del probo ejercicio del mismo, debe ser considerado como un agravante del delito, pues ya de por sí es bastante grave que un funcionario se enriquezca indebidamente en el desempeño de su cargo, como para no sancionar con más rigor el que además sus familiares o socios también participen en la corrupción del servicio público.

En virtud de lo anterior, y de que como ya he repetido en diversas ocasiones, es una falta grave de técnica el que existan dos delitos que sancionan las mismas conductas, creo necesario que se realice una fusión de los artículos 217 y 220 del Código Penal Federal y del Distrito Federal, pero no dejando sin sanción el hecho de que los ilícitos beneficien a un tercero con el que el servidor o funcionario tenga algún vínculo.

Así, nuevamente reitero que cuando en la corrupción del servicio público no sólo interviene el funcionario, sino además sus parientes consanguíneos o por afinidad, o cualquier tercero con el que el sujeto activo tenga algún vínculo, debe de sancionarse con más fuerza la comisión del delito para evitar que los cargos dentro de la administración pública, ya sea federal o del Distrito Federal sean utilizados para el enriquecimiento de familias enteras, o de sociedades que se sostengan indebidamente a costa del erario público.

4.3 ELEVACIÓN DE LA PENA

Una vez formulados mis comentarios sobre el vínculo del parentesco como una circunstancia agravante del delito, y en virtud de que en el artículo que propongo,

presento una elevación de la pena del cincuenta por ciento si se llega a comprobar que existió tal situación, en este título expondré los motivos por los cuales creo necesario que se eleve la pena para sancionar debidamente la comisión del delito.

Así, cuando en el año de 1982 el Ejecutivo presentó ante el Congreso de la Unión, un proyecto de reformas al entonces Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, se promovía una reforma moral dentro de la administración pública, por lo que la exposición de motivos se refirió a la intención de frenar la corrupción existente, creando para ello, diversos delitos en los que se plantearon las conductas indebidas en que puede incurrir un servidor público durante el ejercicio de su cargo y las sanciones que podrían imponerse en el caso de que se comprobara la existencia del ilícito.

Como resultado de lo anterior, se incluyeron en el Código Penal, entre otros delitos, el uso indebido de atribuciones y facultades y el ejercicio abusivo de funciones, ambos con sanciones casi idénticas pues la única diferencia radicó en la multa, que en el ejercicio abusivo de funciones fue establecida más alta, si las operaciones realizadas por el sujeto activo excedían del equivalente a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito.

Siguiendo con lo antes mencionado, y en virtud de la propuesta que formulé en el presente trabajo, considero que si ha de tomarse como una agravante del delito el hecho de que las conductas sancionadas beneficien a un tercero, tal circunstancia forzosamente debe repercutir en la pena, la cual debe incrementarse; sugiero, por tanto, hasta en un cincuenta por ciento.

Ahora bien, con la reforma penal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 1999, de la cual surgió el Código Penal para el Distrito

Federal, se modificó el artículo 29 de la anterior legislación, para que en el Código naciente se previera el hecho de que tratándose de los delitos contemplados en el título décimo, esto es, los cometidos por servidores públicos, cuando como consecuencia del acto u omisión se obtenga un lucro o se causen daños y perjuicios, se aplicará la sanción económica que consistirá en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados.

Lo anterior, cabe señalar, confunde en cuanto a cuál va a ser la pena económica que tendrán que cubrir los responsables de la comisión de alguno de los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones, pues ambos ilícitos como ya se ha visto, en su punibilidad establecen multas en razón de la cuantía de las operaciones indebidamente realizadas, lo que nos lleva a la obvia pregunta ¿Qué sanción pecuniaria es la que van a aplicar los jueces al momento de emitir su sentencia?

Desde mi punto de vista, esta reforma por estar bien planteada, debería modificarse para que en vez de considerar lo previsto en el artículo 29 como una sanción económica que ya se prevé en los artículos 217 y 220 del Código Penal para el Distrito Federal, debería señalarse como una reparación del daño causado que se puede aplicar independiente de la sanción que ya se encuentra prevista.

Por otro lado, en materia procesal, en la misma fecha en que se reformó el Código sustantivo, también se publicaron reformas que si bien, no hacen referencia específica a los delitos cometidos por los servidores públicos, si tienen repercusión en los mismos, pues al modificarse el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya se señalan como graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años, situación en la que entran tanto el uso indebido de atribuciones y facultades como el ejercicio abusivo de funciones, si las operaciones realizadas exceden del equivalente a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal.

Finalmente, con la reforma antes mencionada, los servidores públicos que se encuentren bajo proceso penal por alguno de los delitos antes citados, no tendrán el beneficio de la libertad provisional bajo caución.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Desde el nacimiento de los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio abusivo de funciones en el año de 1982, éstos tuvieron errores de técnica jurídica, pues innecesariamente se duplicaron conductas, y se incluyeron dentro de las descripciones actos que corresponden a los tipos penales de otros ilícitos ya previstos en los Códigos Penales Federal y del Distrito Federal.

SEGUNDA.- Respecto del uso indebido de atribuciones y facultades, las conductas de las fracciones II y III, no tienen razón de estar contempladas y por lo tanto, deberían ser eliminadas.

TERCERA.- Debido a las innumerables similitudes que existen, incluso en la punibilidad de los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades y ejercicio indebido de funciones, éstos deberían fusionarse, pues no tiene caso que existan dos preceptos que sancionen las mismas conductas, y cuya pena sea casi la misma.

CUARTA.- Por lo que respecta al supuesto de que la conducta ilícita del servidor público beneficie a un tercero, que puede ser cualquiera de los mencionados en el artículo 220 del Código Penal Federal y del Distrito Federal, esta circunstancia debiera de considerarse como una circunstancia agravante de la pena en el delito.

QUINTA.- Del estudio y análisis de los códigos penales estatales, podemos desprender que sólo en el estado de Jalisco se prevén fusionados ambos delitos; y que lamentablemente una tercera parte de las legislaciones que se encuentran

vigentes en la República Mexicana, no contemplan ninguno de los ilícitos en estudio, por lo que en materia de fuero común y dentro del ámbito jurisdiccional de estos estados, los funcionarios públicos que realicen alguna de las conductas señaladas en los artículos 217 y 220 del Código Penal Federal, no serán sancionados, aún cuando sus acciones menoscaben el patrimonio y la moral pública.

SEXTA.- Con la reforma penal que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 1999, y en la cual se creó el primer Código Penal para el Distrito Federal, se reformó el artículo 29 del antes Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, incluyéndose una sanción económica para los servidores públicos que incurrieran en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el título décimo del nuevo Código Penal.

No obstante, al incluir dicha sanción sin reformar los artículos 217 y 220 relativos al uso indebido de atribuciones y facultades y al ejercicio abusivo de funciones, los cuales ya contemplan una multa cuantificada en razón del monto de las operaciones indebidamente realizadas, se duplica la sanción económica y se confunde la aplicación de la misma, por lo que para evitar lo anterior, el precepto del artículo 29 debería considerarse como una reparación del daño, más que como una sanción económica o multa.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA G., *Derecho Penal*, Harla, México, 1993.
- 2.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL, Y CARRANCÁ Y RIVAS, RAÚL, *Código Penal Anotado*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.
- 3.- CARRANCÁ Y RIVAS, RAÚL, *Derecho Penitenciario*, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1974.
- 4.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 5.- DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1994.
- 6.- INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, *Leyes Penales Mexicanas*, Tomos I y III, México 1979.
- 7.- LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 8.- MALO CAMACHO, GUSTAVO, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 9.- OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO, *La Averiguación Previa*, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 10.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 11.- TENA RAMÍREZ, FELIPE, *Leyes Fundamentales de México*, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1991.

REVISTAS Y PUBLICACIONES PERIÓDICAS

- 12.- BARREDA, LUIS DE LA. FELLINI, ZULITA Y RIGHI, ESTEBAN, *Responsabilidad de los Servidores Públicos en México*, Revista Alegatos, No. 6, México, 1987.
- 13.- DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, *La Responsabilidad Penal de los Servidores Públicos*, Crónica Legislativa, Año V, número 8, México 1996.
- 14.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA INICIATIVA DE REFORMAS AL TÍTULO X, LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL, Revista Mexicana de Justicia, No. 3, Vol. V, México 1987.
- 15.- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, *Reformas al Título X del Código Penal en Relación a los Delitos Imputables a los Servidores Públicos*, Revista Mexicana de Justicia, No. 4, Vol. III, México, 1985.
- 16.- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Revista Mexicana de Justicia*, número 3, Vol. V, México 1987.

LEYES Y CÓDIGOS

- 17.- Código de Defensa Social y de Procedimientos en Materia Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla, Editorial Cajica, México, 1998.
- 18.- Código Penal y de Procedimientos Penales de Yucatán, Anaya Editores, México, 1999.
- 19.- Código Penal y de Procedimientos Penales de Zacatecas, Anaya Editores, México, 1997.
- 20.- Código Penal del Estado de Campeche, Editorial Porrúa, México, 1991.

- 21.-Código Penal y Procesal Penal del Estado de Durango, Editorial Porrúa, México, 1988.
- 22.- Código Penal del Estado de Guanajuato, Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C.V., México, 1997.
- 23.- Código Penal del Estado de Guerrero, Ediciones e Impresiones Pedagógicas, México, 1996.
- 24.- Código Penal del Estado de Quintana Roo, Anaya Editores, México, 1999.
- 25.- Código Penal del Estado de México, Editorial Porrúa, México, 1995.
- 26.- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista, México 1999.
- 27.- Código Penal para el Estado de Aguascalientes, Editorial Sista, México, 1994.
- 28.- Código Penal para el Estado de Baja California, Editorial Impresos Bahía, México, 1996.
- 29.- Código Penal para el Estado de Baja California Sur, Colegio de Abogados, México, 1990.
- 30.- Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Coahuila, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 31.- Código Penal para el Estado de Colima, Editorial Sista, México, 1998.
- 32.- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Chiapas, Anaya Editores, México, 1999.
- 33.- Código Penal para el Estado de Chihuahua, Editorial Porrúa, México, 1997.

- 34.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, Micro Themis, México, 1998.
- 35.- Código Penal para el Estado de Hidalgo, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 36.- Código Penal para el Estado de Jalisco, Editorial Porrúa, México, 1994.
- 37.- Código Penal y Procesal Penal para el Estado de Michoacán, Editorial Porrúa, México, 1996.
- 38.- Código Penal para el Estado de Morelos, Editorial Sista, México, 1996.
- 39.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nayarit, Anaya Editores, México, 1998.
- 40.- Código Penal para el Estado de Nuevo León, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 41.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 42.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 43.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Tlaxcala, Editorial Porrúa, México, 1996.
- 44.- Código Penal para el Estado de San Luis Potosí, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 45.- Código Penal para el Estado de Sinaloa, Anaya Editores, México, 1997.
- 46.- Código Penal para el Estado de Sonora, Editorial Porrúa, México, 1990.
- 47.- Código Penal para el Estado de Tabasco, Editorial Porrúa, México, 1997.

48.- Código Penal para el Estado de Tamaulipas, Anaya Editores, México, 1999.

49.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave, Editorial Porrúa, México, 1998.

DICCIONARIOS

50.- Diccionario de la Lengua Española. Madrid 1992.