

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

19

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

295859



ESTUDIO Y ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE PECULADO

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
VICTOR ARMANDO FRANCO BUSTOS

ASESOR DE LA TESIS:
LIC. EVERARDO FLORES TORRES
CED. PROFESIONAL No. 970910



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.

A mis Padres:

Por el apoyo incondicional que solo ustedes me pueden otorgar, llenado mi alma de amor, experiencia y comprensión; demostrando en más de una ocasión su infinita paciencia y dedicación, les entrego esta tesis como una pequeña parte de todo lo que me falta por recompensarles.

A Michelle, José Luis y Gloria:

En agradecimiento al amor que me han dado; y por estar junto a mi siempre que los he necesitado. Gracias.

A Mariana:

Por que en otros tiempos, sin tu amor, apoyo e insistencia, me hubiese sido imposible concluir el presente trabajo.

Al Lic. Everardo Flores Torres:

Por aceptar dirigir la presente tesis, y demostrarme durante mi vida universitaria su calidad como docente, amigo y profesionalista.

A Benjamin, Federico y Jorge:

Por la amistad que en todo momento me han brindado.

Al Lic. Carlos Aragón Navarro:

Por darme la oportunidad de iniciar en mi carrera profesional, y apoyarme con sus conocimientos.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	
1.1. Derecho Romano	7
1.2. Derecho Español Antiguo	14
CAPÍTULO II. EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.	
2.1. El delito de peculado en la legislación mexicana.	17
2.2. Definición de Peculado (su descripción legal).	38
2.3. Naturaleza Jurídica del Peculado.	44
CAPÍTULO III. ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO.	
3.1. La Conducta.	47
3.2. La Tipicidad.	52
3.2.1. Sujeto Activo.	53
3.2.2. Sujeto Pasivo.	57
3.2.3. Objeto Material.	60
3.2.4. Objeto Jurídico.	63
3.2.5. Elemento Descriptivo.	64
3.2.6. Clasificación del Tipo.	73
3.2.7. Elementos normativos.	75
3.2.8. Elementos subjetivos.	77

CAPÍTULO IV. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

4.1. La Punibilidad. 86

4.2 EL Peculado en el ámbito Internacional (Comparativo). 91

CONCLUSIONES. 103

BIBLIOGRAFÍA. 107

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad el estudio y análisis del delito de Peculado, figura jurídica que se encuentra contemplada en nuestra legislación penal vigente para el Distrito Federal, en el capítulo destinado a los delitos cometidos por servidores públicos.

Encontramos el presente tema de gran trascendencia dado que los ilícitos cometidos por servidores públicos, son definitivamente de gran impacto negativo para toda la colectividad en México, ya que son precisamente los servidores públicos, quienes deben ser un ejemplo para la sociedad y, jamás, como sucede actualmente, causar daño, y particularmente aprovechándose de su función para enriquecerse, o perjudicar a las dependencias o Estados para los que prestan sus servicios.

Ante tal evento, se pretende demostrar lo indispensable que resulta, que el *tipo penal* de estudio se considere en todos sus supuestos como un delito grave, a fin que el Servidor Público que incurra en la conducta descrita por el tipo, pueda ser reprimido con mayor severidad, buscando de esta forma erradicar en parte la comisión de este delito.

Así las cosas, nuestro trabajo se enfoca en el capítulo primero, a una semblanza histórica del delito, buscando sus orígenes en el derecho internacional, (principalmente en Roma), y considerando sus antecedentes en el derecho Español, en donde se tomaron las bases, para la creación de nuestra legislación penal.

Por otro lado, en el capítulo segundo se procede a un análisis histórico y evolutivo de la *figura típica*, materia del presente trabajo, que inicia con un breve antecedente de la época prehispánica, y se continúa con un repaso de las principales reformas que ha sufrido el tipo penal del peculado, hasta nuestros días. Se contempla también una descripción general del delito de peculado, así como su naturaleza jurídica,

El capítulo tercero, atiende a un estudio jurídico dogmático, utilizando diversos conceptos de estudiosos de la materia, para tener una clara comprensión de nuestra figura, se destaca el análisis jurídico que se realiza sobre los elementos generales del tipo, y su enfoque a la descripción hecha por el Código Penal vigente para el Distrito Federal; por lo que el presente estudio se enfoca específicamente a la regulación que impera en la Ciudad de México.

Por último, en el capítulo cuarto, se estudian las penas y sanciones aplicables, a aquellos sujetos que incurrir en la conducta ilícita descrita por el artículo 223 del Código Penal vigente para el Distrito Federal. Se concluye el capítulo con un estudio comparado de nuestra legislación y diversas *figuras penales* de otros países, de características similares al delito de peculado en México.

CAPÍTULO I.
ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La idea del delito de peculado, conocido en algunos países como malversación de caudales públicos, ha experimentado importantes variaciones a través del curso de la historia; cambios que por la trascendencia del tema en estudio, son de gran interés examinar dado que de éstas, se deriva la caracterización de este delito y los motivos para considerarlo agravado con respecto de otras figuras *típicas*; motivo por el cual se hace una breve reseña histórica, en el presente capítulo, respecto a la evolución de la figura *típica* que nos distrae, tanto en Roma como España.

1.1. DERECHO ROMANO.

En el derecho Romano el crimen de prevaricación (*repetundarum*), dio origen a la figura del peculado (*peculatus*). Según lo señala el maestro López Bentacourt, el *peculatus* "significó la apropiación cometida por el funcionario público o privado de los valores o dineros custodiados en las arcas públicas".¹

Así bien, encontramos que el *peculatus* en el derecho Romano presenta en su origen una forma agravada de hurto; es el *furtum publicae pecuniae*, de manera conjunta con el *sacrilegium*, constituido por el hurto de cosas pertenecientes a los dioses (*pecuniasacra*)².

¹. Eduardo López, *Delitos en Particular*, p.522

². Teodoro Mommsen, *El Derecho Penal Romano*, p. 221

Se habla del peculado en Roma, derivándose en su terminología peculatus (como pecunia, peculium) como lo indica su nombre "pecus"³ (ganado), conducta ésta, que inicialmente consistía en que el sujeto que se apoderaba del ganado público, el cual era considerado el objeto material de robo o hurto de carácter público, dado que en la antigüedad el ganado era el que servía al Estado y a los particulares como un medio de cambio o moneda primitiva, así como común de medida de valores.

Sacrilegium era, a su vez, el hurto de la res sacra, es decir, consagrada a los Dioses, tomando entonces también, la calidad de objeto religioso, e involucrando de esta forma valores divinos. Pero, no obstante la diferente denominación de uno y de otro, es indudable que en un comienzo, se les consideró como formando realmente un solo grupo; puesto que en Roma los bienes celestiales y los del Estado no se separaban jurídicamente, realizando exclusivamente la diferenciación de estos bienes con respecto al uso que se les daba.

Ha sido significativa la ausencia de conocimiento respecto de cómo se consideraba el delito en los tiempos antiguos; de allí, en consecuencia, el valor de la Ley Julia para el estudio de esta delincuencia, la cual textualmente describía al tipo de la siguiente manera:

"...que nadie quite, ni intercepte, ni invierta en cosas suyas, parte de dinero sagrado, religioso o público; ni haga de modo que alguno lo quite, lo intercepte o lo aplique a cosa suya, a no ser que a él le fuere ciertamente lícito por la ley; y que nadie ponga ni mezcle en el oro o en la plata o en el

³. Daniel Carrera, Peculado, p. 3.

*dinero público alguna cosa, ni haga a sabiendas, con dolo malo que se ponga o se mezcle, por la que se deteriore.*⁴

Destacando a esta ley como el primer antecedente histórico del derecho escrito, que en su contenido señalaba los elementos que constituían este delito, se asentó como una de las principales manifestaciones del peculado.

El peculado aparece, pues, como una modalidad de hurto agravado por la calidad de las cosas sobre las que recaía; pero esa estrecha noción se amplió y se extendió, agregando el siguiente texto: *...quitar, interceptar o aplicar en uso propio dinero público.*

Asimismo, se comprendieron formas que no consistieron precisamente en tomar algo de pertenencia del Estado, sino en procurárselo fraudulentamente, como lo señalaba la ley Julia:

*"...los que al trabajar en la moneda pública acuñan independientemente para si moneda, con el sello público, o hurtan la acuñada, no se considera que hicieron moneda falsa, sino que cometieron hurto de moneda pública, lo que cae dentro del delito de peculado".*⁵

Visto lo anterior, encontramos que en la antigua Roma se hallaban diversas conductas tendientes a encuadrarse dentro del tipo penal en estudio.

⁴. Idem..

⁵. Idem..

La evolución de la descripción jurídica, alcanzó también al objeto material, porque si bien es cierto que en un principio sólo se protegió a los bienes del pueblo romano, también es cierto que posteriormente, se consideró a los bienes propiedad de las ciudades.

Esta evolución del tipo penal, en el imperio Romano, implicó considerar un nuevo elemento, en que la represión atendió no solamente a la calidad o carácter de los bienes, sino que tomó en consideración la calidad del *agente* o funcionario del Estado que actuaba deslealmente; elemento que en los inicios de este delito no se consideraba dentro de la descripción, pues sólo se le daba trascendencia al objeto material, o a los bienes del Estado.

Cabe hacer mención, que con el paso del tiempo, ciertas conductas se fueron especializando en determinadas figuras jurídicas como es el caso de los *residuos* (*resiudis*), considerados en la antigua Roma como un delito que por sus características era equiparable al peculado. "Con la evolución se dulcificó el estado de cosas reinante al comienzo".⁶ La Ley Julia preveía, además del peculado y los *sacrílegos*, la figura de los *residuos*.

Como *residuos* se consideraba la suma o los bienes que quedaban en poder de alguien, después del ejercicio de una misión pública y que se debían restituir con la rendición de cuentas.

El crimen de residuos, según nos indica el maestro López Betancourt, consistía "en dar otro destino al dinero público, o en anotar en los registros públicos sumas inferiores a las recogidas".⁷

⁶. Teodoro Mommsen, Op. cit., p. 224.

⁷. Eduardo Betancourt, Op cit. p. 522.

La rendición de cuentas, como se puede apreciar, se estableció entre los romanos para los residuos, no para el peculado. Sin embargo, la doctrina moderna la trasladó al peculado y la hace jugar como significadora del momento de su consumación, o bien la sujeta al delito como una cuestión prejudicial.

Tanto respondía a título de residuo quién habiendo recibido dinero de la caja pública lo retenía en su poder, como aquel que lo usara de otro modo que el encomendado. La ley Julia, relativa a los residuos, señala: "es responsable el que retuvo dinero público para un uso y no lo invirtió en el", pero también el que hubiere retenido dinero público recibido para algún uso y no lo hubiera empleado, está sujeto a esta ley, señalaba Labeón.

En cambio, se decía, que si lo que quedaba en poder del agente era puro remanente de caja, porque la suma no se gastó íntegramente, éste, en rigor, era mero deudor privado del fisco, se convertía, en consecuencia, en un delito totalmente distinto al peculado, aunque con características similares.

Para la Ley Julia, después de un año, esa suma adquiría, sin embargo, el carácter de residuo.

La pena del peculado y la de los residuos se diferenciaban notablemente, El primero, llegó a ser sancionado con la pena de minas, la deportación e incluso con la muerte.

Al respecto señalaba Ulpiano, "...si alguno hubiere hurtado oro o plata del César, es condenado en virtud del edicto divino del Pío a destierro, o a las minas según la dignidad de las personas. Más el que al ladrón le dio

escondrijo en el pliegue de sus vestidos, es considerado lo mismo que si hubiese sido condenado por hurto manifiesto, y se hace infame. Pero el que ilícitamente tuviera oro de las minas y lo hubiera fundido, es condenado al cuádruplo⁸.

De aquí que, desde su origen, fuera una penalidad agravada; así también se contemplaba una penalidad para aquellos individuos que participaran en la comisión de este delito, la cual se leía de la siguiente forma:

“Los jueces que durante su administración sustrajeran caudales públicos son responsables, por la ley Julia relativa al peculado y, mandamos que sean sometidos a la pena capital, debiendo ser castigados, sin embargo, con la misma pena también, los que para ello le prestaran ayuda, o los que a sabiendas recibieran de ellos las cantidades sustraídas”⁹.

A diferencia de las penas descritas aplicables al peculado, la pena para los residuos acarrea solamente como castigo el pago de una tercera parte más de lo debido, es decir, la restitución del daño y el pago de una multa; destacando esta característica de la penalidad como una de las más distintivas entre ambos delitos, debido a que toma en cuenta la importancia del bien jurídico tutelado, y la forma de desviarlo.

Otra figura con características similares al delito de peculado, era la denominada *regla del riesgo*. Ésta comprende el caso en que se asuma el riesgo de las cosas que se han entregado, como el de aquel “que se encargó de transportar dinero, u otro cualquiera a cuyo riesgo está el dinero”. Esta

⁸. Daniel Carrera, Op cit., p. 5.

⁹. Daniel Carrera, Op cit., p. 6.

regla fue expuesta por Labeón, quien señalaba lo siguiente: "...hurto de dinero público no cometido por aquel a cuyo riesgo estuvo; y por esto el guardián del templo, no comete peculado sobre las cosas que a él se le entregaron"¹⁰.

En ella, se excluye el peculado, que queda definido así: "hurto de dinero público o sagrado no cometido por aquél a cuyo riesgo estuvo".

Se ha destacado la dificultad que ofrece el principio expuesto por Labeón, frente a aquellos casos en que se tiene la responsabilidad administrativa de la cosa encargada, e igualmente se analiza la pretensión sostenida al amparo de dicha regla de que, dentro del derecho romano, el deudor de cantidad (sumas de dinero), era mero deudor civil del fisco.

Para el tema en estudio, la importancia de la regla que se comenta, materia de tantas controversias, finca en que, en su entorno, la doctrina de mayor influencia en la aplicación práctica de la figura ha construido su tesis conforme a la cual, los fondos públicos que afrontan riesgos dejan de ser tales, sin consideración a que su tenedor sea funcionario público.

Así pues, concluimos que el concepto de peculado dentro del Derecho Romano, fue más amplio que el de hurto; y dentro de aquél se comprendieron toda clase de defraudaciones contra la caja pública, aún cuando no consistía en tomar dinero de ésta, y ciertos fraudes comunes y monetarios; se diferenció el peculado con respecto del hurto, en que la cosa no debe haber sido transferida, sino confiada, lo que derivó así un abuso de confianza, con ofensa en contra de la fé pública.

¹⁰. Idem.

1.2. DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO.

Respecto a lo acontecido en la antigua España, y a manera de antecedente, a continuación se destacan de manera breve, aquellas disposiciones del antiguo derecho hispánico que la doctrina indica como precedentes, de las normas que influyeron en diversos procesos legislativos dentro de Latinoamérica.

- **Leyes de Partidas.**

Las Leyes de Partidas, castigaron la malversación de los caudales del rey y de los pertenecientes a villas y ciudades.

“El Peculado en las Leyes de Partidas fue tomado en cuenta, primordialmente como una ofensa a la autoridad real”¹¹. En el cuerpo de esta legislación, encontramos supuestos de peculado y de residuos. Que al igual que en el derecho romano, la principal diferencia entre ambas radica en la pena.

Conforme a lo dictado en dichas leyes, “debía morir no sólo el oficial del rey que tuviese algún tesoro en guarda, o que recaudara pagos o derechos y los hurtara; o el juzgador que, mientras estuviera en la función, hurtara los maravedís del rey o de un consejo, sino también aquel o aquellos que les prestaran ayuda o consejo, o los que lo encubrieran”¹², antecedente semejante al referido en la antigua Roma.

¹¹. Ibid. p. 6.

¹². Ibid, p. 7.

En cambio, en los residuos, aquellos a quienes se les hubiera encomendado realizar un pago y no lo hicieran, o bien, no aplicarían los fondos con arreglo a lo encargado, aparecen diferenciados de los anteriores, en cuanto que, sólo se les aplicaban sanciones de orden pecuniario (multa), significándose ésta, otra semejanza en cuanto hace al Derecho Romano.

- **Novísima Recopilación.**

Otras leyes que surgieron en España eran Las Recopiladas, las cuales se encaminaron, igualmente, a la defensa del erario, por cuanto es necesario para bien público la conservación de las rentas y derechos, toda vez que de ellos dependía el sostenimiento del Estado.

Sus previsiones estaban dirigidas hacia quienes, "de propia autoridad y sin licencia o mandato del rey, tomaban para sí tales fondos, o para quienes lo ocupaban a sabiendas y violentamente, y también, para los que hicieron pública resistencia a los encargados por el rey de la recaudación"¹³.

Así pues, encontramos que estas leyes sancionaban con igual rigor a las personas, concejos o universidades, que usurparan las rentas o derechos del rey. "El código de 1822 impuso a este delito penas de privación de libertad, multa y declaración de infamia y, además, obligaba a la restitución de lo malversado"¹⁴.

¹³. P. Carrera, Op. cit., p. 8.

¹⁴. Eugenio Cuello, Derecho Penal Parte especial, Tomo II, p. 451.

CAPÍTULO II.
EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACIÓN.
MEXICANA.

2.1. EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

A efecto de entrar al estudio del delito de peculado en nuestra legislación y poder definir su concepto, y así determinar la naturaleza jurídica del mismo, creemos conveniente hacer un análisis de las diversas modificaciones que los legisladores han considerado para el delito de estudio. Por lo que a continuación, se hace una reseña histórica que contempla los antecedentes y reformas mas importantes que, con el paso del tiempo han dado origen al delito de Peculado tal como lo conocemos hoy en día. Se parte desde el movimiento de Independencia hasta la actualidad.

Así entonces, a continuación citamos algunos de los antecedentes más antiguos del delito de estudio en nuestro país. Estos se remontan a la época prehispánica, dentro de la civilización azteca, en la cual se penalizaba al delito de peculado con la pena de muerte.

“El peculado, cometido por un administrador real, se sancionaba también con la muerte y le confiscaban los bienes al culpable”¹⁵

Recordamos que en nuestro país, durante la Época de la Colonia, se aplicaron diversas leyes surgidas de España, dentro de las cuales, se encuentran la Novísima Recopilación y Las Leyes de Partidas, de las que ya se ha expresado la forma de penalizar al delito de Peculado, en el capítulo que antecede.

¹⁵. Eduardo López, Op cit, p. 524.

A continuación, se transcribe un texto de la Real Orden de fecha 14 de marzo de 1807, la cual regulaba las conductas de los "funcionarios" que tuvieran a su cargo la recaudación y administración de la real hacienda, misma que textualmente se leía como sigue:

" Que sobre el peculado descubierto en el manejo de caudales públicos se observen exactamente las disposiciones que se citan:

Exmo. Sr. Del olvido e inobservancia de las sabias y justas disposiciones contenidas en las Leyes de Indias para la mejor recaudación y administración de la Real Hacienda, se han seguido enormes perjuicios y los más escandalosos alcances en las cajas reales, administraciones y subdelegaciones particularmente de América meridional, y a fin de aplicar el remedio conveniente para lo sucesivo, ha resuelto el rey que V.E. observe y haga observar exactamente en el distrito de su mando la le 45. tit. 4, lib. 8, y el real decreto de 17 de noviembre de 1790, expedido por iguales causas para estos reinos, cuyo tenor es el siguiente:

Las repetidas y escandalosas quiebras que se experimentaban en las tesorerías de mis rentas reales, á pesar de las instrucciones, estrechas ordenes dadas para que semanalmente se pusiesen sus productos en arca de tres llaves, y que los intendentes las reconociesen mensualmente, para asegurarse de si existían en ellas los caudales, que según el cargo correspondiese, y hacerlos pasar sin dilación a mi tesorería general o a las del ejercito; y a pesar también de la providencia tomada por el superintendente general de mi real hacienda, para que semanal y mensualmente se le remitiesen de todo el reino de los estados de cobranza, pagos y existencia; obligaron á mi gusto padre que esté en gloria, a declarar

terminantemente por su real decreto del 5 de mayo de 1764, cuál era la obligación de los tesoreros, arqueros, receptores administradores y demás empleados que tuviesen a su cargo en todo o en parte la custodia de las rentas reales, y las penas en que incurrirían los que faltase a sus deberes por malicia, omisión o de cualquier otro modo, no habiendo producido esta junta y necesaria providencia los fines a que se dirigía, y si continuando con mayor repetición y escándalo las quiebras referidas: he mandado a mi suprema junta de estado que examinen con la atención debida este punto; y conformándome con su dictamen, he venido en resolver y declarar, para recortar de raíz semejante exceso, que la obligación de los espresados tesoreros, arqueros, receptores administradores y demás empleados que tengan a su cargo en todo o en parte la custodia de mis reales haberes, es y debe estimarse, según se declaró en el citado decreto, como de verdaderos regulares depositarios, sin que puedan usar de ellos mas que para hacer los pagos de los salarios establecidos, y de lo que en virtud de mis reales ordenes ó de las de mi superintendente general se les mandase, recibiendo y entregando por cuenta y no por factura los caudales de mi real hacienda, con absoluta responsabilidad de la quiebra ó falta que resultare,; prohibiéndoles como les prohíbe espresamente, el uso de ellos para otros fines; porque se han de poner los caudales en las arcas de tres llaves en las mismas especies que se recibieron, quedando en las mismas arcas constituido el mas fiel y riguroso depósito hasta su traslación a mi tesorería general ó a las del ejército, en dónde se observará la misma disposición.

Y para que en lo sucesivo se verifique así inviolablemente y sin la más mínima contravención, declaro y mando, que faltando alguno a obligación tan precisa e indispensable, abusase de mis reales haberes para otros fines, aunque sea sin ánimo de hurtarlos, y sí con el de reponerlos y aprontarlos, y

aunque los apronte, quede por el mero hecho privado del empleo y de poder obtener otro alguno a mi real servicio: que si no se reintegrase el descubierto que por este abuse resultase en el preciso término de tres meses contados desde el día en que se descubriese la quiebra, y se empezare a proceder en la causa, se añada la pena insinuada de privación de empleo la de presidio en uno de los de África o América, según parezca, por el tiempo de dos hasta nueve años, según el perjuicio que haya causado a mi real hacienda, aumentando la calidad de que no salgan de ellos sin mi real licencia, cuando la malicia o la gravedad del abuso lo requiriese: que si la quiebra o falta procediese de haber los tesoros sustraído, alzado ú ocultado dolosamente los caudales, se les imponga la pena de galeras no siendo nobles, y a los que lo fueren, se les condene a los trabajos de bombas de los arsenales; debiendo estenderse este castigo á los que cooperasen y auxiliasen el hurto, alzamiento ú ocultación, según se dispuso por la ley 18, Tít. 14, Partida 7, que quiero y mando se observe inviolablemente con absoluta responsabilidad de los jueces y ministros de los tribunales que la alterasen: que no se liberten de estas penas ni haya minoración de ellas por que la quiebra o falta haya dimanado de puras y leves omisiones suyas, ó de confianzas prudentes y racionales, con que se conciben tener á la mano la satisfacción de los alcances, ni tampoco los contadores de provincia, que deben intervenir las arcas, los intendentes y subdelegados que deben presenciar estos actos, ni los administradores y oficiales mayores interventores, los cuales han de tener iguales responsabilidades en la parte pecuniaria, excepto el administrador, que se tendrá por principal en donde esté unida la tesorería á la administración, aunque no tenga el nombre de tesorería.

Y para que nadie pueda alegar ignorancia de esta mi resolución y declaración, mando se pasen copias de ellas al consejo de hacienda, á los

intendentes y demás subdelegados de rentas, quienes la harán intimar a los empleados y que se emplearen, para que todos se hallen enterados y cumplan puntual y exactamente con su tenor.

Para que se observe con todo rigor la citada ley y el real decreto inserto dispondrá V.E. que se haga saber a cuantos corresponda actualmente, y sus sucesores antes que tomen posesión de sus destinos, para que nunca puedan alegar ignorancia. Todo lo cual participo á V.E. muchos años. Aranjuez, 14 de marzo de 1807.- Saber .- Señor virrey de Nueva España,. Es copia Méjico 26 de Agosto de 1807.- Velásquez¹⁶

Respecto al texto citado, se deben destacar todos sus elementos, como un antecedente inmediato de la figura típica de estudio, pues fue el texto en que se inspiraron las posteriores redacciones de los códigos penales que han existido en nuestro país, en los que se describe el delito de peculado. Así, encontramos en dicho texto, diversas descripciones de conductas, penas, y sujetos que participan en la comisión del delito, que con el paso de la historia se han considerado dentro de los textos actuales.

Cabe mencionar que desde que se gestó la Independencia de la República Mexicana hasta nuestros días, en el Distrito Federal y los entonces Territorios Federales se han expedido tres Códigos Penales, los cuales se refieren a continuación:

¹⁶. Legislación Mexicana o Colección Completa de las disposiciones Legislativas. p. 314-315.

- **Código Penal de 1871.**

El 7 de diciembre de 1871, se promulgó el Código Penal para el Distrito Federal y territorios de Baja California, que en aquel entonces se le conoció como el "Código de Martínez de Castro", por ser éste el encargado de la comisión redactora. Entró en vigor el 1º de abril de 1872. Se considera que el antecedente inmediato que inspiró la redacción de este código, es el mismo Código Español de 1870.

En el libro tercero, título undécimo, relativo a los Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, Capítulo V del "peculado y concusión"¹⁷ del referido código, se estableció lo siguiente:

"Art. 1026.- Comete el delito de peculado: toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión por tiempo limitado determinado y no tenga el carácter de funcionario, que para usos privados, propios ó ajenos, distraiga de su objeto dolosamente dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente a la Nación, a un municipio o a un particular, si por razón de su encargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por cualquier otra causa."

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

¹⁷. Ibidp. 597, 702.

"Art. 1028.- El peculado se castigará con las penas siguientes:

I. Con arresto mayor y multa de 50 a 200 pesos, si el valor de lo sustraído no pasare de 100 pesos.

II. Con uno o dos años de prisión y multa de 200 a 1,000 pesos, cuando el valor de lo sustraído pase de 100, pero no de 500 pesos;

III. Cuando pase de 500, se aumentarán a las penas de la fracción anterior, dos meses más de prisión y 100 pesos de multa por cada 100 pesos de exceso; sin que la prisión pueda exceder de doce años, ni de 2,000 pesos la multa;

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

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

"Art. 1030.- Las penas de que hablan los dos artículos anteriores, se reducirá a arresto menor, si dentro de los tres días siguientes a aquel en que se descubrió el delito, devolviere el reo lo sustraído.

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

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

"Art. 1031.- El conato de peculado se castigará con la destitución de empleo."

El código penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1871, sufrió la reformas que se citan a continuación:

En atención a que en el artículo 1026 se exigía la figura de el *dolo* para la configuración del delito de peculado, y toda vez que resulta un elemento o difícil de comprobar, fue necesario suprimir el término *dolosamente*, por presumirse el dolo en todo peculado, desde el momento en que los valores se distraen de su objeto, supuesto que las personas que cometen este delito, tienen pleno conocimiento del alcance de sus actos.

Por lo que hace al término de tres días, previsto en el artículo 1030, que se le concede al responsable de la comisión del delito de peculado para devolver lo sustraído como excusa atenuante, se aumentó hasta diez días para favorecer los resultados prácticos.

El objeto material que se contenía en el artículo 1026, no comprendía las cosas pertenecientes a los Estados, como objeto de peculado; a tal evento se adicionó en tal sentido.

Se adicionó al capítulo del Peculado, una disposición que tuvo por objeto "establecer responsabilidad penal para los funcionarios que por falta de cumplimiento de los deberes que les imponen las leyes o reglamentos, o por negligencia grave, dan ocasión a que otros cometan delito de peculado."¹⁸

Para efectos del presente trabajo, se considera pertinente, destacar que entre las diversas *penas* aplicadas a los *sujetos activos* de este delito, se consideraba la destitución e inhabilitación definitiva del funcionario público, aún en el conato de peculado referido en el artículo 1031, que se cita con antelación.

- **Código Penal de 1929.**

El 30 de septiembre de 1929, se promulgó un nuevo código Penal, al cual se le conoció como "Código de Almaraz", por ser el Licenciado José Almaráz el principal encargado de la comisión redactora, y que entró en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

Con motivo de las reformas al Código Penal de 1871, en el código penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929, se reguló la *figura*

¹⁸. Trabajos de revisión, Código Penal, Proyecto de Reformas y Exposición de Motivos. Secretaría de Justicia, Comisión Revisora del Código Penal (1914), t. IV P 752.

típica de estudio, en su Título Vigésimo Primero, Capítulo I, con el nombre de "Del peculado y la Concusión"¹⁹, mismo que a continuación se transcribe:

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

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

"Art. 1221.- El peculado se sancionara del modo siguiente:

I. Con arresto por más de seis meses y multa de diez a veinte días de utilidad, si el valor de lo sustraído no pasare de cien pesos.

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

III. Cuando pase de quinientos pesos, se aumentarán a las sanciones de la fracción anterior, dos meses más de segregación y multa de diez días de utilidad por cada cien pesos de exceso, sin

¹⁹. Ibid p. 267.

que la segregación pueda exceder de doce años ni la multa de cien días de utilidad;

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

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

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

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

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

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

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

- **Código Penal de 1931.**

Por último, y mediante decreto de fecha 2 de enero de 1931, y estando como Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, el Lic. Pascual Ortiz Rubio, se abrogó por completo la legislación Penal de 1929, por el nuevo código de 1931, el cual, hasta nuestros días es el que nos rige. Dicho código entró en vigor el 17 de agosto de ese mismo año.

Este Código Penal, ha sufrido, a través de los años, diversa reformas, originadas por las necesidades prácticas y legales de nuestro país. Así bien, a continuación se destacan las principales reformas de los textos originales, relativos a la descripción del peculado que se han efectuado con el tiempo, siendo las siguientes:

Por decreto del fecha 19 de diciembre de 1943, publicado en el Diario Oficial de la Federación número 21, del 24 de marzo de 1944, y a fin de "reprimir con mayor severidad la disposición indebida de bienes pertenecientes a aquéllas personas morales en las que el Estado tiene un

interés cultural o pecuniario²⁰ se modificó el artículo 220 en la forma siguiente.

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

I. De cualquier institución, empresa, organismo o establecimiento creado por el Estado y en que el mismo se hubiere reservado una participación en la dirección o administración; y

II. De las universidades que gocen de subsidio de la Federación, del Distrito o territorios Federales²¹.

La siguiente reforma de importancia a dicho código se dio por decreto del 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de enero de 1946; y en virtud de que las conductas cometidas por los encargados de servicios públicos descentralizados, no quedaban típicamente descritas en el texto original del artículo 220 del Código Penal en referencia, hubo necesidad de reformar nuevamente dicha disposición, quedando como sigue:

²⁰. Sesión de la Cámara de Diputados efectuada el 29 de diciembre de 1943. Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, p. 6-7

²¹. Diario Oficial de la Federación del 24 de marzo de 1944, T. CXLIII, núm. 21, p. 1 y 28.

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

Por lo que hace a la penalidad del delito de estudio, se dispuso:

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

Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución, de la inhabilidad y de la multa correspondiente”²²

“No obstante que la consumación del delito impondría en rigor la aplicación sin variantes de las penas descritas en el artículo 219 del Código Penal se atenúan; exclusivamente por el interés pecuniario del Estado, alentando al agente a reparar el daño en forma pronta y total, así como por el hecho de la devolución de los sustraído se repara dicho daño y el agente no obtiene lucro.”²³

²². Código Penal para el Distrito Federal, vigésima novena edición, p. 72.

²³. Raúl Carrancá y Trujillo, Código Penal Anotado, p. 493-494.

Una posterior reforma se da mediante decreto de fecha 27 de diciembre de 1979, publicado en el Diario Oficial, número 2, el 3 de enero de 1980. Nuevamente fueron reformados los artículos 219 y 220, en los siguientes términos:

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

Cuando el Peculado no exceda en su monto al equivalente a seis meses del salario vigente en la región y en la fecha en que se consuma el delito, se impondrá al responsable de tres meses a seis años de prisión, multa de quinientos a cinco mil pesos, destitución del empleo o cargo e inhabilitación de uno a tres años para obtener otro."²⁴

Mediante esta reforma y por resultar imperante un aumento cuantitativo de la pena acorde a la realidad, se estableció para los casos graves de peculado, una sanción corporal de uno a doce años de prisión y una multa pecuniaria de mil a cien mil pesos. Asimismo, siguiendo un criterio de proporcionalidad de la pena en relación a la conducta y el daño causado, se agregó un párrafo al artículo 219, con el fin de imponer una sanción correlativa en aquellos casos en que el daño económico no es grave y, generalmente, el responsable del delito sea un empleado menor, estableciendo como límite económico del daño causado, el equivalente a seis

²⁴. Código penal para el Distrito Federal, trigésimo cuarta edición, p.72.

meses de salario mínimo para evitar la ineficacia de la norma por razón de las fluctuaciones monetarias.

*“Art. 220.- Comete el delito de peculado todo funcionario, empleado o encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, de depósito o por otra causa”.*²⁵

Ante la necesidad de definir con mayor rigor y precisión al agente de peculado, para evitar posibles interpretaciones que desvirtúan los propósitos del legislador, con esta reforma se optó por una reducción más explícita, obteniéndose, desde el punto de vista técnico, una mejor descripción típica.

Por otra parte, este decreto derogó el artículo 221 que imponía una penalidad muy atenuada a los agentes del delito de estudio, que devolvían lo sustraído dentro de los diez días siguientes a aquel en que, se descubrió el ilícito, por considerarse que, aunque la devolución de lo sustraído repara el daño pecuniario, con dicha devolución no se resarce el daño ocasionado por el incumplimiento de los deberes de lealtad al cargo desempeñado; además de que resultaba injusto que a los funcionarios prevaricadores se les otorgara un trato más benévolo, que el dispensado a los autores de los delitos patrimoniales, ya que, socialmente, se considera de mayor valor la obligación que tiene el funcionario público de ser un ejemplo constante de virtudes cívicas.

Esta derogación tuvo como finalidad, principalmente, fortalecer el crédito moral de la autoridad, dado que el tratamiento procesal atenuante había creado un clima de insatisfacción y desaliento, en lo tocante a la administración de justicia.

Por decreto del 30 de diciembre de 1982, publicado en el Diario Oficial de fecha 5 de enero de 1983, los dispositivos del peculado fueron objeto de un notable cambio, quedando tipificado y sancionado en términos del artículo 223, Capítulo XII, Del Peculado (erróneamente considerado como tal, pues es el X), Título Décimo, relativo a "Delitos cometidos por servidores públicos", Libro segundo del Código Penal, como a continuación se indica:

"Art. 223.- Comete el delito de peculado:

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

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

²⁵. Idem.

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

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

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

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

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito se impondrán de dos a catorce años de prisión, multa de trescientas

*a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos*²⁶.

La reforma que sufrió el texto contenido en la figura del peculado, eliminó el texto final de la fracción tercera del delito la cual concluía en los siguientes términos:

“... con el uso de los fondos públicos y de las facultades y atribuciones para regular la economía a efecto de lograr la promoción personal o la denigración de cualquier persona así como la distracción de dichos fondos para usos indebidos por parte de quienes los custodian, aunque no sean servidores públicos federales o del Departamento del Distrito Federal”.

Por otro lado, cabe destacar que la calidad del agente o sujeto activo del delito, no solamente se limitó al servidor público, dado que comprende cualquier persona, siempre y cuando, realice la conducta descrita por el tipo penal dentro de su fracción III.

Así también, encontramos que la reforma señalada en dicha fracción III, en su parte final, hace alusión a ciertos actos que podrían beneficiar al sujeto activo indirecta o directamente, derivados de los actos a que se refiere el artículo 217, que comprende el delito denominado Uso indebido de Atribuciones Públicas, el cual contempla los siguientes casos:

²⁶. Diario Oficial de la Federación del 5 de enero de 1983, Tomo CCCLXXVI, núm. 3, p. 7.

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

- a) *Otorgue 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) *Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos aprovechamiento o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales y sobre precios y tarifas de los bienes de los servicios producidos o prestados en la administración pública federal y en el 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 públicos.”*

Con base a lo referido en dicho párrafo y en relación con el precepto legal contenido en el artículo 217, se comprende que el legislador no solamente se enfocó a los bienes públicos, sino que también destacó las prestaciones o beneficios que surgen con el manejo ilícito que se da de los bienes y recursos del Estado o de la administración pública, que se otorguen tanto a servidores públicos como a personas ajenas a la administración pública.

Por otro lado, y en atención a la reforma mencionada que sufrió la figura del peculado; a consideración del legislador, la sanción que consistía de uno a seis meses de prisión, fue modificada por una pena, de tres meses o dos años de prisión, y multa y destitución e inhabilitación, cuando el monto de lo distraído o utilizado indebidamente, no excediera el equivalente de quinientas veces el salario mínimo o no sea valuable, y por el caso de que exceda del límite anterior, de dos a catorce años de prisión, multa e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo.

Por último, la más reciente modificación del tipo Penal materia del presente estudio, en el Distrito Federal, se dio mediante Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal del 2 de septiembre de 1999. En donde la primer Jefatura de Gobierno designada por elección popular en la historia de la Ciudad de México, mediante la Asamblea Legislativa, realiza modificaciones con el propósito de "desfederalizar" el ordenamiento legal y dotar a la ciudad de un Código Penal propio, buscando así combatir con mayor eficacia a la delincuencia, evitar la impunidad y dar mayor protección a las víctimas del delito.

Siendo sus principales aportaciones al tipo penal de estudio, las referidas en la fracción I y IV del artículo 223, en las que se consideran como bienes jurídicos tutelados, específicamente los pertenecientes al Gobierno del Distrito Federal, ámbito territorial al cual se encuentra enfocado el presente trabajo; estas fracciones quedaron redactadas en los siguientes términos:

“Art. 223.- Comete el delito de peculado:

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

IV. Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta de su destino.”²⁷.

En virtud de que la legislación penal Federal y del Distrito Federal definió hace más de un siglo la materia de responsabilidades de los servidores públicos, fue necesario e impostergable modernizarla conforme a los nuevos lineamientos operantes, por lo que se amplió como consecuencia, el texto descriptivo del delito de peculado en los términos que se conocen hoy en día.

2.2 DEFINICIÓN DE PECULADO (SU DESCRIPCIÓN LEGAL)

Es de hacer notar que el delito de Peculado, con el transcurso del tiempo y en distintos sistemas jurídicos, se ha definido de diversas maneras; pero sin perder sus elementos esenciales, es así que, por citar algunos, “dentro del derecho penal Argentino, el Peculado de bienes se analiza en dos formas, ya sea desde el punto de vista de los bienes públicos o de los trabajos

públicos²⁸". Dichas formas o análisis, son de cierta forma similares al concepto que propone nuestra legislación.

Así las cosas, y toda vez que el presente estudio se enfoca a la descripción legal de la figura típica del peculado, hecha por la legislación mexicana, y específicamente la del Distrito Federal; a continuación se hace un análisis de nuestro Código punitivo vigente para el Distrito Federal, en su título Décimo con el rubro Delitos cometidos por servidores públicos capítulo XI dentro de su numeral 223, en el cual el legislador define al delito de peculado.

Para efectos prácticos, y a fin de comprender sus principales elementos que lo caracterizan, se transcribe a continuación:

"Art. 223.- Comete el delito de peculado:

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

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

²⁷. Agenda Penal del Distrito Federal, p. 47.

²⁸. Daniel Carrera, Op cit. P. I.

jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

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

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

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

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

*Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente, exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito se impondrán de dos a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos*²⁹

El Peculado se define en sentido gramatical "como la sustracción de caudales del erario público, efectuada por aquel a quien se le ha confiado su administración"³⁰, atendiendo que el vocablo peculado, proviene del latín *peculatus*, de *peculium*, caudal.

Díaz de León, lo considera como "un delito cometido por quién siendo servidor público, distrae de su objeto para usos propios o ajenos los caudales, inmuebles o efectos propiedad del Estado, cuya administración, percepción o custodia, le hubiere sido confiada por razón de su cargo; se trata en esencia del abuso de confianza depositada en el funcionario."³¹

Haciendo un análisis breve, y atendiendo al concepto que nos da el legislador dentro de la figura típica, se puede determinar que en su esencia jurídica, el peculado consiste en la distracción que para usos propios o ajenos el servidor público hace de los bienes que, por su carácter o naturaleza de trabajo y prestación de servicio, le han sido confiados. Estos bienes pueden ser, según lo describe el tipo: valores, dinero, fincas o

²⁹. Idem.

³⁰. Eduardo López, Op cit, p. 517.

cualquiera otra cosa que pertenezca al erario del Distrito Federal o a un particular.

Se ha definido en el precepto con mayor claridad y precisión al agente del delito, a fin de evitar cualquier interpretación que desvirtuase los claros propósitos del citado precepto.

Una vez que se han esgrimido todos y cada uno de los argumentos con claridad del artículo 223 del Código punitivo de la materia, se puede señalar como puntos mas importantes constitutivos de este delito los siguientes:

- La calidad del agente o sujeto activo debe ser un servidor público, aunque sea por un tiempo limitado, o cualquier persona, siempre y cuando por la naturaleza de su encargo, tenga bajo su cuidado bienes destinados a la prestación de un servicio público.

- Debe existir la distracción de bienes públicos o particulares. Por distraer para usos propios y ajenos, se entiende que el agente ha violado la finalidad jurídica de la tenencia, se adueña de los bienes obrando como si fuera su propietario, sea para apropiárselos o sea para disiparlos en su personal satisfacción, o en beneficio de otra persona; la distracción es un elemento semejante a la disposición indebida del abuso de confianza, pero en este caso, siendo de la misma naturaleza se ha tipificado especialmente: a) por su carácter público; b) para reprimirla con mayor severidad; y c) para demarcar su persecución de oficio. La distracción, además, implica un injusto cambio de destino del objeto.

³¹. Ibid, p. 518.

- El agente debe haber recibido por razón de su encargo o calidad de trabajador del Distrito Federal, los bienes o valores a título precario. El delito supone, la tenencia provisional con obligación restitutoria, o de rendir cuentas o darles un fin determinado previamente. Si se presenta el caso de que el agente no tiene posesión y los toma, entonces la conducta se adecuaría a la comisión del delito de robo.

- El agente como *particular*. Con la reforma aludida en el punto 2.1 del presente estudio, se considera sujeto activo al sujeto que, sin tener el carácter de servidor público, acepte realizar una promoción o denigración a cambio de fondos públicos o disfrute de los beneficios de los actos a que se refiere el artículo 217 (descrito con antelación), o que tenga la custodia o administración de los recursos públicos y les de una distinta aplicación a las que fueron destinados.

Una vez que se han distinguido los elementos que el legislador considera con respecto de la figura del peculado, a continuación se hace mención de otras definiciones del delito en estudio, como el contenido dentro de la legislación penal italiana en su artículo 314, en donde se define al peculado "(*peculat, Amtsunterschlagung*) como la apropiación de dinero o de una cosa mueble, pertenecientes a la administración pública, cometida por un funcionario público o por el encargado por un servicio público que, por razón de su cargo está en posesión de esos bienes"³². Como se puede apreciar en el presente concepto, la figura de peculado, en otras palabras, se asemeja en gran parte con la contenida en el Código Penal del Distrito Federal, por lo que se puede destacar, que prevalecen los principales elementos como son: la distracción de los bienes, y la calidad del sujeto activo como servidor público.

2.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL PECULADO.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo el 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal vigente, en su párrafo octavo, en el que se establecen las reglas para clasificar a los delitos conforme a su gravedad y, atendiendo a lo señalado por el artículo 223 del Código Penal para el Distrito Federal, en sus últimos dos párrafos, el peculado se considera como delito no grave en su primer supuesto y como grave en el segundo. Sobre el particular, en el capítulo cuarto del presente estudio, se analizará esta situación mas a fondo.

Atendiendo a su duración y, toda vez que existe una *acción* y una *lesión jurídica*, y dado que el *evento consumativo* en que se produce se da en un instante, de acuerdo a lo descrito en la figura típica de estudio, se determina que es de *realización instantánea*.

De acuerdo a la consecuencia producida, una vez que se despliega la conducta generada por el *sujeto activo*, y toda vez que para que se consume la conducta típica descrita, se requiere que se produzca un resultado objetivo, se determina que es de *resultado material*.

Conforme a lo que refiere el artículo 223, del Código Penal vigente para el Distrito Federal, y toda vez que dentro de su texto, no existe disposición expresa en la que se manifieste que sea perseguible a petición de parte, se deduce que es *perseguible de oficio*.

³². Guissepe Magiorie, Derecho penal, p. 160.

Atendiendo al elemento de culpabilidad, es de destacar que para que se de la consumación de dicho delito, debe imperativamente mediar el dolo en la conducta desplegada por el sujeto activo, dado que el agente busca el resultado descrito por el tipo penal, y no es posible concebir que, de manera imprudente o culposamente realice la conducta descrita.

Por último, se debe señalar como el bien jurídico tutelado el interés del Estado en que se preste debidamente el servicio público, y se cumpla con el fin para el cual se hizo entrega de los recursos a favor de la colectividad.

CAPÍTULO III.
ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO.

ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO

Una vez destacados los antecedentes legislativos, así como la definición y naturaleza jurídica del delito de Peculado, comprendidos en el capítulo que antecede, resulta conveniente para el presente estudio, profundizar en los elementos generales del *tipo* descriptivo, a fin de comprender con mayor exactitud su relevancia en nuestra legislación, así entonces, se procura describir de manera mas objetiva en que consiste este delito.

En tal virtud, y atendiendo a la *teoría tetratómica* del delito, se continuará con el estudio y análisis de los elementos del tipo, siendo el primero de ellos el siguiente:

3.1. LA CONDUCTA

La conducta, como elemento positivo del delito, encuentra otras formas de llamarse como tal. Es decir, suele identificarse con otros términos como son acción o hecho.

Puede definirse, la conducta como el comportamiento humano, voluntario, *positivo o negativo* (de hacer o no hacer), es decir, de realizar u omitir, el acto dirigido a un fin o resultado. Dentro de los diversos doctrinarios y estudiosos de la materia, se utiliza otra terminología.

Algunos doctrinarios se adhieren al término acto, el cual se podría considerar inadecuado, por que un acto lo puede realizar un ser irracional e implica únicamente un hacer. De esta forma, dejamos olvidada la omisión y, además, el acto sólo comprende una parte de la acción.

Al apegarnos por el término conducta como elemento del delito, el doctrinario Carrancá y Trujillo lo define así:

“Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo, consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior físico o psíquico. Y si es negativo consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado.”³³

Se puede complementar la definición anterior, mediante la cita del Maestro Celestino Porte Petit, quien agrega el elemento de la voluntad a la definición de conducta, además de prever un no hacer voluntario, que se determina como culposos, al indicar:

“Consiguientemente, la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa).”³⁴

Entonces cuando se considera a la conducta dentro de su aspecto positivo, es la acción, la cual se define como la modificación del mundo

³³. Raúl Carrancá, Derecho Penal Mexicano, p. 261.

³⁴. Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la parte general del derecho penal, p 295.

externo, mediante un hacer corporal y voluntario, que causa un resultado típicamente antijurídico y tangible por los sentidos.

Y, desde su aspecto negativo, en la conducta tenemos a la omisión simple, que es un no hacer dentro de lo que un precepto penal señala, teniendo el deber jurídico de obrar y producir un resultado *típico*.

Por lo que hace a este aspecto negativo de la conducta de comisión por omisión, Porte Petit lo define así:

“Existe un delito de resultado material por omisión cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (Culpa), violando una norma perceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva”³⁵.

El código Penal vigente para el Distrito Federal, en su artículo 7 expresa:

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

Este precepto establece a la acción con el término acto; pero desglosa lo que implica la “Acción”, por el uso de la palabra omisión. Al respecto el tratadista Carrancá y Trujillo lo explica de la siguiente manera:

“Ante todo, no se emplea el término acción, pues el código omite su referencia directa, aunque admite la indirecta, al eludir expresamente a la *omisión*, con ello indica que considera a estos como especies de un solo

³⁵ Ibid, p. 311

género, el que no puede ser otro que la acción. El delito de peculado se puede cometer a través de la acción.

En la Fracción I del multicitado artículo 223, se presenta la acción cuando el servidor distrae de su objeto los bienes que por razón de su cargo tiene bajo su administración, en depósito o por otra causa, esto implica un hacer voluntario.

También se comete a través de comisión por omisión, por la abstención de encaminar los bienes hacia el objeto previsto por los ordenamientos jurídicos (normas perceptivas del Derecho Público). Los encausa hacia un provecho personal, o al de una persona ajena, y realiza la distracción al dejar de hacer lo que se determina como el objeto de dichos bienes. Así, la distracción puede ser por acción o por omisión, como lo expresa el Dr. Burgoa Orihuela:

“La distracción activa u omisa de sus objetivos constitucionales del dinero de la nación por parte de José López Portillo, configura el citado delito tipificado en el artículo 223 (antes 220) de dicho código punitivo, pues por razón del cargo de Presidente de la República que ocupó, es decir, como depositario del poder Ejecutivo Federal, tuvo la obligación de satisfacerlos en los términos de la fracción VIII del Artículo 73 de la Ley Fundamental Suprema del país, y en relación con su artículo 128, que obliga a todo funcionario público, sin excepción alguna, a cumplir la constitución y las leyes que de ella emanen.”³⁶

³⁶ Ignacio Burgoa, Delito que quedó impune, Pág. 34

En las fracciones segunda y tercera del referido artículo, sólo se presenta la acción del sujeto. En la fracción segunda, se presenta la acción al momento de utilizar fondos públicos, o al otorgar los actos dentro del delito denominado como uso indebido de atribuciones y facultades. En la fracción tercera, mediante un solicitar o aceptar realizar, lo que dispone la fracción anterior.

En su fracción cuarta, se comete el delito por medio de la acción cuando distrae los bienes de su objeto, o les da una aplicación distinta a la que se les destinó a través de un hacer.

Por último, el *resultado* en el delito de estudio, descrito por el artículo 223 es el siguiente: En su Fracción primera, al distraer de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa para usos propios o ajenos, se ve claramente el *animus lucrandi* por parte del sujeto activo, y tenemos como *resultado material* una disposición patrimonial, puesto que los bienes tienen un fin determinado de acuerdo a la Ley de presupuestos o leyes especiales, o decretos legislativos o acuerdos presidenciales, o de los Secretarios de Estado, o los ejecutivos de las Instituciones descentralizadas, etc.

La fracción segunda de dicho artículo, tiene como resultado una disposición patrimonial de los fondos públicos y una promoción política, como puede ser el caso de las campañas electorales, o denigración de algún sujeto.

En la Fracción tercera, el resultado radica en un beneficio económico o el derivado del artículo 217, así como una promoción o denigración.

Por lo que hace a la fracción cuarta, el resultado que causa la conducta, es el distraer de su objeto recursos Públicos para usos propios o ajenos, o darles una aplicación distinta a la que se destinó.

Así las cosas, el ánimo de lucro es evidente si se dispone de los bienes para usos propios o ajenos. Pero si se les da una aplicación diversa de la asignada, sin que se beneficie el sujeto activo, no existirá tal ánimo de lucro, siendo solamente un cambio de destino.

3.2. TIPICIDAD.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al *tipo*; el *tipo* es la descripción hecha por la Ley de la conducta delictuosa.

El *tipo* normal es aquel que describe, objetivamente la conducta delictuosa, esta descripción se realiza mediante simples referencias a un movimiento corporal a un resultado material tangible.

Se podría considerar un tipo como anormal, cuando en él intervienen conceptos valorables jurídica y culturalmente (elementos normativos del tipo), o hace referencia a determinada situación anímica o psicológica (elementos subjetivos del tipo), del sujeto activo.

El *tipo* se integra de diversos elementos, como son: el sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material, objeto jurídico, elementos descriptivo, elemento Normativo y elemento Subjetivo.

3.2.1. Sujeto Activo.

El sujeto activo del delito es aquel quién realiza o participa en la realización de la conducta antijurídica tipificada como delito en nuestra legislación penal, en otros términos, es la persona que delinque; el actor o el agente del delito.

Diversos doctrinarios en materia Penal, concuerdan en que sólo puede ser sujeto activo del delito la persona humana que tiene capacidad y voluntad. Respecto a la capacidad, si la tiene, es imputable frente al poder público.

Al existir dentro de nuestro sistema jurídico, personas físicas como personas colectivas, forzosamente surge la interrogante de que si las personas colectivas o morales pueden ser sujetos activos del delito. Conforme al artículo 11 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, se da una clara respuesta en el siguiente sentido:

Art. 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

En atención de lo anterior, la responsabilidad recae directamente sobre la persona física que cometa el delito, y sólo en casos exclusivamente especificados por la ley, la agrupación recibirá como sanción la suspensión o la disolución, únicamente en el caso de que el Juez lo estime necesario para la seguridad pública.

Además, dichas sanciones no se aplican a las instituciones del Estado. De acuerdo a la excepción que hace el propio Artículo 11 referido, y en el caso de la figura típica que nos distrae, si el sujeto activo es un servidor público, se entiende que éste es el que cometió el delito, y no existe responsabilidad alguna para la institución en que labora.

Antes de entrar al estudio del sujeto activo en el delito de peculado, cabe destacar, que el rubro del Título Décimo de nuestro Código Penal, se clasifica por el sujeto activo del delito, al denominarse *Delitos Cometidos por Servidores Públicos*; en opinión de la doctrina, al titularse este capítulo, se desentiende el criterio que se usa para clasificación de los rubros, dado que no se utiliza ni el bien o el interés protegido; al respecto el maestro Castellanos Tena señala:

“El legislador de 1931, pretendió, en términos generales, hacer la división de los delitos teniendo en cuenta el bien o el interés protegido. Con acierto sostiene Fernández Doblado que el Código Penal vigente, a veces se aparta del criterio científico de clasificación de los delitos en orden al bien o interés jurídico tutelado, como tratándose de los “Delitos Cometidos por Servidores Públicos” en donde se atiende al sujeto activo de la infracción.”³⁷

³⁷. Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 146.

La denominación del título décimo del Código Penal ilustra claramente y no da lugar a confusiones, pues se entiende que el mismo se refiere a las conductas ilícitas desplegadas por los servidores públicos.

Por su parte, otros Juristas afirman que la denominación del título en cuestión es inapropiada, como lo sustenta el doctrinario Francisco Argüelles en la siguiente cita:

"Delitos Cometidos por Servidores Públicos. La denominación de estos delitos se resuelve de modo diverso en otras legislaciones; en algunas se les denomina con más propiedad a juicio nuestro "Delitos contra la Administración Pública". En un sentido amplio, administración pública implica toda la actividad del Estado y aquí incluyen los campos legislativo y judicial."³⁸

El artículo 223 del Código Penal para el Distrito Federal, comprende cuatro fracciones en las que se determina el sujeto activo del delito de peculado en forma sencilla y clara, por lo que se considera conveniente analizarlo por fracciones.

En las Fracciones primera y segunda del citado artículo, no da lugar a ninguna confusión, pues de la lectura del texto, se infiere que el sujeto activo es *todo servidor Público* de los referidos en el artículo 212 de Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual, para mayor claridad, se transcribe a continuación.

³⁸. Francisco Argüelles, El Enriquecimiento Ilegítimo de los Servidores Públicos, p. 47.

“Art. 212. Para los efectos de este Título y en general, para cualquier delito cometido por algún servidor público, es servidor público del Distrito Federal toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejercen la función judicial en el fuero común en el Distrito Federal.”³⁹

En la Fracción tercera, se contempla como sujeto activo cualquier persona; ésto significa que puede ser sujeto activo tanto un particular como un servidor público. Cabe destacar que sólo se actualiza el supuesto referido en ésta fracción, si el sujeto activo realiza alguna de las conductas antijurídicas referidas en la fracción segunda.

Así las cosas, encontramos que el Legislador ve la necesidad de incluir en el delito de peculado a los particulares como sujetos activos, por las diversas situaciones que se podrían presentar, como pudiera ser, la denigración o promoción de determinadas personas, a cambio de fondos públicos, así como situaciones en donde personas ajenas a la función pública, tienen bajo su custodia recursos públicos, como es el caso referido en la fracción cuarta, donde el sujeto activo es cualquier persona, sin tener el carácter de servidor público.

La clasificación atendiendo al sujeto activo, es la siguiente:

El Peculado es un delito propio o especial en sus fracciones primera y segunda, ya que el *tipo*, en estas dos fracciones, exige la presencia de una

³⁹. Agenda Penal del D.F. p. 40.

cualidad específica. Es decir, la de ser un servidor público de los enumerados en el Artículo 212 del Código Penal.

Y en las fracciones tercera y cuarta, el peculado es un delito de sujeto común o indiferente, puesto que se establece que lo puede cometer cualquier persona.

También, con relación al sujeto activo, es individual o *monosubjetivo*, pues la conducta descrita por el tipo puede ser realizada por un solo sujeto. Lo contrario es lo que acontece en los delitos del concurso necesario o *plurisubjetivo*.

En tal virtud, se puede concluir que el sujeto activo podrá tener la calidad de servidor público o no tener dicha calidad, aunque por excelencia será un Servidor Público.

3.2.2. Sujeto Pasivo.

A efecto de definir al sujeto pasivo, se atiende a lo señalado por el Maestro Jiménez Asúa, quién nos da la siguiente descripción:

“El sujeto pasivo del delito es todo poseedor de un bien o de un interés jurídicamente protegido.”⁴⁰

La mayor parte de la doctrina coincide con ésta definición, ya que delimita muy bien al sujeto pasivo. Una vez individualizado el *bien o el interés*

⁴⁰. Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, p. 79.

jurídicamente tutelado, podemos situar al sujeto pasivo del delito, titular del bien, o del interés protegido por la norma jurídica.

Los sujetos pasivos pueden ser:

a) La persona física: por ejemplo, se protegen los bienes jurídicos de la vida y la integridad corporal, la libertad, la salud y el patrimonio entre otros.

b) La persona colectiva: ésta, como se expuso anteriormente, no puede delinquir, pero la innegable existencia de un patrimonio propio es suficiente como para considerarla como sujeto pasivo.

c) El Estado, ya que nuestra legislación penal protege los bienes e intereses jurídicos que le pertenecen.

La comunidad o la sociedad en general, sin duda que son sujetos pasivos, aunque en forma muy extensa, son titulares de bienes tutelados por la norma penal.

Al respecto el doctrinario Carrancá y Trujillo, en su obra de la parte general de derecho penal hace este comentario:

“Se ha sostenido que la sociedad misma es el sujeto pasivo de todos los delitos (Bucellati); pero aunque las penas sólo se establecen para la defensa social, el interés de sus miembros y el orden público llevan a la sociedad a

movilizarse, y ésto lo hace por medio del Estado en función de la personalidad jurídica que este ostenta.⁴¹.

En atención de lo anterior, y a efecto de seguir con el análisis del Peculado, podemos considerar dentro de su fracción segunda, a los siguientes como sujetos pasivos:

- a) La entidad Federativa.
- b) La Comunidad en General.

Por lo que hace a su fracción tercera, cabe señalar, que para que se configure el delito, es necesario que se cumplan los supuestos planteados en la fracción segunda, y por estar estrechamente relacionadas ambas fracciones, se pueden considerar los mismos sujetos pasivos.

Con relación a la clasificación del sujeto pasivo, los delitos se clasifican en personales e impersonales.

- Personales, cuando la lesión recae sobre una persona física.
- Impersonales, cuando la lesión recae sobre una persona moral, el Estado o la Comunidad en general.

En el delito de peculado, el sujeto pasivo es el Estado y la comunidad en general, por ello es un delito impersonal.

⁴¹. Raúl Carrancá, Op cit. p. 256.

3.2.3. Objeto Material

El objeto Material es la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictiva, el bien o interés protegido.

El objeto material de la *figura típica* del presente estudio, en su descripción penal, fracción primera, es el dinero, valores fincas o cualquier otra cosa perteneciente al erario público del Distrito Federal. Se observa que, en primer lugar, la descripción ejemplifica, y luego deja el camino abierto a cualquier otro bien, pues generaliza en "cualquier otra cosa".

Dentro de la fracción segunda, la conducta típica se dirige, en primer lugar, a los fondos públicos, se consideran a éstos como el objeto material. En segundo término, se consideran como objetos materiales, los servicios otorgados por el servidor público, que se refieren en el artículo 217 del Código Penal, con el fin de promover la imagen política y social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona, por lo que a continuación se refieren dichos supuestos:

"Art. 217. Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:

El servidor público que indebidamente:

a) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes del Patrimonio del Distrito Federal;

b) *Otorgue permiso, licencias o autorizaciones de contenido económico;*

c) *Otorgue franquicias, excepciones, 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, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes y servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos.*

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

III. *El servidor público que teniendo a su cargo fondos públicos, les dé a sabiendas, una aplicación distinta de aquella a que estuvieran destinados o hiciera un pago ilegal."*

En la fracción primera del artículo referido con antelación, se encuentran las conductas que puede desplegar el servidor público indebidamente, siendo estas las que interesan a la fracción segunda del multicitado artículo 223.

La fracción segunda del precitado numeral, refiere que también comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades la persona que solicite, promueva o intervenga en los actos otorgados indebidamente por el servidor público. Esta fracción se encuentra ligada con la fracción tercera del artículo 223; pero para que se configure el peculado se necesita una promoción o denigración de las que menciona la Fracción segunda.

Por lo que hace a la fracción tercera del artículo 217, se sanciona al servidor público que destine los fondos públicos que están a su cargo, hacia una aplicación pública distinta a la asignada o hiciere un pago ilegal.

El objeto Material comprendido en la fracción tercera del artículo 223, son los fondos públicos y los actos ejecutados indebidamente.

Por último, la fracción cuarta del artículo 223, nos especifica que el objeto material son los recursos públicos.

Los bienes distraídos pueden ser de cualquier cuantía especie y naturaleza en la fracción primera; en la fracción segunda se requiere que los fondos distraídos tengan la naturaleza de públicos, y que los actos otorgados sean aquellos referidos con anterioridad en el artículo 217, al igual que para la fracción tercera.

Por lo que hace a la fracción cuarta, los recursos deben reunir el carácter de públicos.

3.2.4. Objeto Jurídico.

El bien y el interés que se protegen jurídicamente, es lo que se ampara por la ley y que se ve afectado por la comisión del delito. Esto es el objeto jurídico del delito.

El peculado en nuestra legislación, en primer término, es un atentado en contra de la propiedad, en contra de los bienes patrimoniales del Estado y del pueblo mexicano (comunidad en general) y, por ello, lo consideramos un delito contra el patrimonio.

Además, en la comisión del peculado se viola la confianza depositada en el servidor público o en la persona que está obligada legalmente a la administración, custodia, o aplicación de los bienes que se le confían, y consecuentemente, se desatiende el interés que tiene el Estado y la colectividad por el buen funcionamiento de los servidores públicos y el cumplimiento de los fines del Estado.

Lo anterior, se apega a la posición adoptada por el tratadista Daniel Carrera, quien esgrime lo siguiente:

“Delito contra la propiedad, pero admitiendo la concurrencia de otro interés jurídico prevaleciente. Dado su origen y el proceso histórico de la figura, se ha encontrado que ella tutela un doble interés. Por un lado,

significa una protección de intereses patrimoniales; pero por otro el autor quiebra un deber al que está sujeto dada su calidad.⁴²

Resulta complicado hacer a un lado, el interés que tiene el Estado en que los servidores públicos o las personas que manejan recursos públicos federales, cumplan honesta y eficazmente con los deberes que tienen, dada su calidad con la confianza pública que se les depositó, para lograr los fines y objetivos planteados por el Estado, y consecuentemente, un buen desempeño de los servicios públicos.

Por lo tanto, no se coincide con las posturas doctrinales que consideran al delito de peculado, un delito contra la propiedad o contra la fe pública únicamente, ya que dicha *figura* protege tanto intereses patrimoniales del Estado, así como la correcta ejecución del servicio público y, consecuentemente, la eficiencia del Estado.

Para confirmar lo anterior, dentro de las fracciones segunda y tercera del artículo 223, no solamente se protegen bienes patrimoniales, sino que también, podemos apreciar que se tutela un interés para que exista igualdad en situaciones políticas y sociales, así como salvaguardar los intereses de la comunidad, lo que evita que cualquier persona sea denigrada por estos medios.

3.2.5. Elemento descriptivo.

Los tipos penales tienen como objetivo principal el describir una conducta típica que es materia de imputación y responsabilidad penal. El tipo penal,

⁴². Daniel Carrera, Op cit. p. 49.

dentro de la mayor parte de las legislaciones, tiene una naturaleza descriptiva; por ello, éste elemento es de gran importancia para el estudio del delito de peculado, y en general, de todas las figuras típicas.

Podemos decir, que es el elemento que nos da una idea completa sobre la totalidad del tipo.

El jurista Jiménez de Asúa, al respecto nos dice:

"...el papel descriptivo del tipo, más que valorativo a que la función del verbo que sirve de núcleo a la figura rectora, es la de delimitar la acción más que condenarla."⁴³

Se delimita la acción mediante una descripción de las particularidades que conforman la conducta.

Así vemos, por una parte, a la conducta como núcleo del tipo, y por la otra una descripción que se hace conforme a situaciones de naturaleza externa, susceptibles de captarse por el conocimiento. También, dentro de ésta descripción, se puede hacer una referencia directa dentro del tipo con relación al sujeto activo, al sujeto pasivo, al mismo tiempo, lugar u ocasión, a los medios empleados, al objeto material y al objeto jurídico.

Primero, estudiaremos los términos que conforman o son núcleo del tipo, y posteriormente, la descripción completa y las referencias que se presentan dentro del peculado.

⁴³. Luis Jiménez de Asúa, Op cit, p. 795.

En la fracción primera del artículo 223 de nuestro Código Penal, se utiliza el verbo "distraer", para referir la acción que debe realizar el sujeto activo, si se atiende al sentido de la oración que compone esta fracción, es decir "...que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores fincas o cualquier otra cosa...", se puede observar que el fin de distraer de su objeto para usos propios o ajenos, consiste o se refiere a una apropiación.

Al respecto nuestros tribunales sostienen lo siguiente:

"Tratándose del delito de peculado, conforme a la interpretación jurídica del artículo 220 del Código Penal Federal, el término *Distraer de su objeto*, significa el cambio de la finalidad jurídica, llevado a cabo por el sujeto activo del delito, cuya *antijuricidad* de alterar una situación establecida por exigencia del Estado, tratándose de bienes que figuran en el patrimonio de éste, independientemente de que tal patrimonio sea el que corresponde a un servicio descentralizado."⁴⁴

"Por distracción de una cosa, se entiende la aplicación de ella a un destino diferente del que ha querido darle su propietario por conducto de quien la recibe."⁴⁵

Ambas tesis *jurisprudenciales* entienden el término "*distraer de su objeto*", como un cambio en su finalidad que ya previamente estaba señalada por el propietario, y así no comprenden que es una verdadera apropiación, ya que se destinan dichos bienes para el provecho propio de la persona ajena.

⁴⁴. Seminario Judicial de la Federación, 6ª época, Vol. III, 2ª parte, p. 207.

⁴⁵. Tribunal Superior de Justicia, 6ª Sala, Abril 24, 1941.

De la fracción segunda del artículo 223 del Código Penal, se desprenden los siguientes conceptos: *"...que indebidamente utilice fondos públicos..."* es el primero. Y otro concepto, *"...u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades..."*.

Al utilizar fondos públicos para promociones políticas y sociales, o para denigrar a cualquier persona, se distrae de su objeto los fondos; en éste sentido, se puede advertir que se da una auténtica apropiación, la cual ya se encuadra dentro del texto que refiere la fracción I.

Con relación a la segunda conducta típica, es pertinente mencionar que dentro de una misma conducta se está tipificando dos veces.

La fracción tercera del precepto legal que nos ocupa, contempla los siguientes actos, que se adecuan como conductas típicas: *"...solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior..."*. En el presente texto, se prevee la participación de otro sujeto, al igual que en la fracción segunda.

Dentro de la fracción cuarta del multicitado precepto, se pueden hacer las mismas observaciones que en la fracción primera, afirmando que por distraer se entiende claramente una apropiación, haciendo la excepción en esta fracción, que cuando *"... les dé una aplicación distinta a la que se les destinó"*, en este supuesto no se podría equiparar con la apropiación, porque sólo se les da un destino diverso; pero ese destino no es para uso propio o ajeno, por lo que no podemos concluir con una apropiación, sino simplemente existe una conducta de distracción.

Una vez expuestos los verbos primordiales que dan figura al tipo, procederemos a estudiar la descripción del tipo y sus referencias .

Dentro de la fracción primera, el sujeto activo del delito (servidor público) tiene la tenencia y no el dominio de los bienes o fondos públicos. Es decir, ya tiene la tenencia previa de los bienes que posteriormente distrae de su objeto. Es un presupuesto del delito la previa tenencia de los bienes.

González de la Vega explica la tenencia de los bienes de la siguiente forma:

"Supone el delito la tenencia provisional con obligación restitutoria o de rendir cuentas o darles un fin determinado previamente."⁴⁶

El delito de peculado se caracteriza por existir una tenencia previa de los bienes; pero no hay que olvidar que el servidor público tiene que darles el destino que les corresponde a los bienes y, por el simple hecho de tener la tenencia, se le solicita la rendición de cuentas o una restitución.

Con referencia a lo anterior, nuestro máximo tribunal se ha expresado de la siguiente manera:

"Peculado.- La distracción jurídica de la tenencia es lo que caracteriza al delito del peculado."⁴⁷

⁴⁶ Francisco González de la Vega, El código Penal comentado, p. 334.

⁴⁷ Seminario Judicial de la Federación, Vol. XLVIII, 2da. parte, p. 75.

De esta manera, queda claro que el servidor sólo tendrá la tenencia y nunca llega a obtener la propiedad sobre dichos bienes.

El servidor público recibe los bienes previamente "*...si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa...*". Por tal razón, tiene la tenencia al momento de estar administrando los bienes, fungiendo como depositario, "*o por otra causa*" expresión bastante amplia, ya que deja abierta cualquier circunstancia en la que el servidor público tenga la tenencia de un bien por razón de su encargo.

El servidor público tiene, mediante la tenencia, una relación funcional con los bienes; o sea, que por la función pública que desempeña el sujeto, se llegó a relacionar con los bienes y obtener la tenencia para destinarlos al objeto designado por el Estado.

En la fracción segunda, al utilizar indebidamente fondos públicos el sujeto activo del delito, se considera que tiene la previa tenencia; aunque no lo menciona expresamente la fracción, como sucede con la anterior. Toda vez que para poder utilizarlos indebidamente se necesita la tenencia, tipificándose así como peculado. En el entendido de que el servidor público se allegara de los bienes sin haber recibido la tenencia de los mismos, estaríamos hablando de una diversa figura típica, mas no la figura objeto del presente estudio.

Se considera conveniente que se hiciera mención expresa de la tenencia, al igual que en la fracción primera, con el simple objeto de reunir los elementos esenciales de la figura típica de peculado conforme a su historia y doctrina.

Continuando con la fracción segunda, al hacer el legislador uso del vocablo "indebidamente", se presume que pueden utilizarse fondos públicos para las promociones políticas o sociales, o denigraciones.

Con relación a este punto, el maestro Jiménez Huerta, hace el siguiente comentario:

"... pues la concreta alusión a que la conducta de la Fracción segunda ha de efectuarse indebidamente- vale tanto como admitir que dicha conducta es susceptible de efectuarse en algún caso debidamente."

Se debe reconocer que dentro de nuestro sistema existe la utilización de fondos públicos, propiedad del pueblo de México, para promociones o denigraciones, en donde los servidores públicos llegan a justificar plenamente dicha erogación, y así lo respaldan múltiples ejemplos que no son necesarios mencionar.

Por lo que comprende a la conducta *típica* consistente en "...otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades...", descrita la fracción segunda, se requiere que el servidor público esté facultado para otorgar los actos a que se refiere el Artículo 217 del Código Penal, ya que de lo contrario, no puede otorgarlos.

No se menciona que por razón de su cargo está facultado para otorgar dichos actos, lo cual sería recomendable para que se cumplan los elementos esenciales de la figura del peculado.

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

En primer lugar, y con relación a los verbos núcleo del tipo "solicite" o "acepte realizar", contemplados en la referida fracción tercera, con la simple solicitud o con el aceptar realizarlo se incurre en el delito de peculado, siempre y cuando se efectúe a cambio de los beneficios sancionados en dicha fracción.

Se considera que debería plantearse como coparticipación esta fracción, por no cubrir ningún elemento esencial de la figura típica conforme a los principios doctrinales e históricos.

En la fracción cuarta, el sujeto activo tiene la tenencia de los recursos públicos, y obtiene esta tenencia, por estar obligado legalmente a la custodia, administración o aplicación. En esta fracción tiene la tenencia; pero no por razón de su cargo sino por obligación legal.

También existe un presupuesto en la fracción cuarta, o sea, el tener previamente los recursos a la distracción o a la aplicación distinta de la asignada.

El tipo hace referencia al sujeto activo, en las fracciones primera y segunda del artículo 223 del Código Penal, es sujeto activo calificado por ser un servidor público de los que refiere el Artículo 212 del Código Penal. Este

precepto comprende a cualquier servidor público, sin importar el nivel de éste, incluyendo a los trabajadores base.

Si en la fracción cuarta el sujeto activo, a través de la custodia, administración o aplicación, maneja recursos públicos, es un servidor público de los mencionados en el referido artículo 212.

La única solución para considerar la existencia de la fracción cuarta, es que el sujeto está obligado "*legalmente*", por ejemplo, mediante un contrato y no por razón de una comisión o de su encargo.

En el delito de peculado no encontramos referencias directas al sujeto pasivo, como sucede con el sujeto activo.

Sin embargo, cabe señalar que un particular, no es sujeto pasivo en la fracción primera, como se pudiera deducir, porque tiene la propiedad; y el servidor público tiene la tenencia del bien, está obligado a otorgar un recibo, una boleta o algo que ampare al propietario (particular), por tener únicamente la tenencia del bien. De ésta forma, la que responde es la administración pública, y en última instancia, es la que sufre el perjuicio de reparar el daño de acuerdo al artículo 32, fracción cuarta del Código Penal, que dice:

"...Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29 :

I. El estado subsidiariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueron culposos."

Las demás referencias, en cuanto al tiempo, lugar u ocasión, al objeto material, al objeto jurídico y a los medios empleados, no se presentan en el tipo del presente estudio.

3.2.6. Clasificación del Tipo.

Conforme a la estructura de los tipos y sus relaciones recíprocas entre ellos, podemos clasificarlos de la siguiente forma:

1. El tipo básico o fundamental, es aquel en que cualquier lesión del bien jurídico basta, por sí sola para integrar el delito. Es un tipo independiente o autónomo, pues tiene vida por sí mismo, por que no depende de algún otro para su existencia.

2. El tipo especial, se forma del básico, el cual agrega otros requisitos que alteran la penalidad atenuándola o agravándola, por lo que nos dará un tipo privilegiado o relaciones existente entre ellos.

3. El tipo complementado, circunstanciado o subordinado no tiene vida propia; no es independiente, necesita para su existencia del tipo básico, al que se le añade una circunstancia que lo particulariza. Presupone la aplicación del tipo básico al cual se incorpora.

Dentro del artículo 223, que típica al peculado, se observa que este se divide en cuatro fracciones, las cuales tienen, cada una de ellas, un supuesto distinto y, por lo tanto, se considera a cada una como un tipo diferente; aunque todas bajo el rubro del peculado.

Las fracciones primera, segunda y cuarta son tipos básicos o fundamentales, ya que tienen vida por sí mismos; o sea, son Independientes.

Sin embargo, la fracción tercera es un tipo complementado o circunstanciado o subordinado. Porque necesita para su existencia del tipo previsto en la fracción segunda, como claramente se desprende de la lectura de la fracción tercera, pues se necesita forzosamente que el servidor público (indicado en la fracción segunda) desee efectuar promoción o denigración, y que el sujeto activo de la fracción tercera lo solicite, (o acepte realizar esa finalidad que tiene el servidor público). También, es a cambio de lo distraído en la Fracción segunda, o a cambio de algún beneficio al otorgársele uno de los actos a que se refiere el artículo de uso Indebido de atribuciones y facultades.

La clasificación antes expuesta, el maestro Jiménez Huerta la denomina: "En torno a su ordenación metodológica."

También el mismo autor nos da la clasificación del tipo conforme a otros criterios.

- En torno el alcance y sentido de la tutela penal:
- De daño, cuando el bien tutelado se disminuye o se ve afectado o destruido.
- De peligro, baste que el bien tutelado se vea amenazado.

El peculado es un tipo de daño, conforme a esta clasificación.

- Complejos o compuestos, los que tutelan dos o más bienes, o intereses jurídicos.

Si se atiende a esta clasificación, se puede decir que el delito de peculado es un tipo complejo, si se toma en cuenta lo expuesto en el punto 3.2.4. de este capítulo. Puesto que protege bienes patrimoniales y el deber del servidor público, así como las situaciones de igualdad tanto en política como socialmente.

3.2.7. Elementos Normativos.

Son elementos más complejos que los descriptivos. Beling niega su existencia y dice que todos son descriptivos, porque son de simple reglamentación. La postura contraria la sustenta Mezger, al considerar como elemento normativo del *tipo*, todo elemento que para poder determinarse, necesita una previa valoración.

Estos elementos, se determinan a través de valoraciones del juez de carácter normativo que contienen una cierta descripción. Para Jiménez Huerta, los elementos normativos son:

“Los verdaderos elementos normativos que contienen los tipos penales, son aquellos que, por estar cargados de desvalor jurídico, resaltan específicamente la antijuricidad de la conducta.”⁴⁸

⁴⁸. Mariano Jiménez, Derecho Penal Mexicano. p. 86.

Y expone la razón de existencia de estos elementos, como sigue:

“Existen conductas que la técnica legislativa no puede fácilmente modelar sin hacer referencia a un elemento normativo, ya que normalmente son conductas lícitas y, sólo por excepción cuando son realizadas injusta, indebida o ilícitamente, adquieran relevancia penal.”⁴⁹

Podemos mencionar, como ejemplos de elementos normativos los siguientes términos: *sin causa justificada*, *sin causa legítima*, *indebidamente*, *ilícitamente*, *sin derecho*, etc., siempre que se encuentren dentro de algún tipo penal.

Conforme al criterio que sostiene el Maestro Jiménez Huerta, se concluye que dentro del artículo 223, en la fracción segunda, existe un elemento normativo, pues dice: “... que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades...”

Al utilizar el término *indebidamente*, se entiende que se puede efectuar debidamente o con causa justificada, como anteriormente ya se expuso en el numeral 3.2.3. de este capítulo.

Cabe destacar que no se encuentra facultado el servidor público para disponer de fondos públicos, o para otorgar los mencionados actos, con el objeto que se expresa en esta fracción segunda; por lo tanto, es innecesaria la inclusión de este elemento. Ya que si estuviera facultado podría hacerlo

⁴⁹. Ibid p. 87.

debidamente, y en este supuesto, sí sería necesario el elemento normativo *indebidamente*.

Cuando el legislador hace mal uso de los elementos normativos como sucede en la fracción segunda del artículo 223, puesto que dicho elemento es innecesario, se afecta la seguridad jurídica y se aprecia falta de técnica legislativa.

3.2.8. Elementos Subjetivos.

Para delimitar adecuadamente las conductas típicas, el legislador incluye, en algunas ocasiones, referencias a la finalidad, al sentido y a la dirección psicológica que debe regir a la conducta, para que ésta pueda ser típica. Tales referencias son los elementos subjetivos. Entonces las circunstancias anímicas en que el sujeto activo actúa se toman en cuenta, ya sea expresa o tácitamente.

Don Luis Jiménez de Asúa realiza una clasificación de los elementos subjetivos que resulta muy compleja y no ayuda a la simple comprensión, pues es extensa y nos complicaría el estudio de este elemento, dentro del delito de peculado.

Por lo tanto, para el estudio del elemento subjetivo nos apegamos a la clasificación que realiza el Maestro Jiménez Huerta por ser clara y precisa. Así, podemos encontrar que hace tres distinciones, en lo siguientes términos:

- Elemento subjetivo: que establece un conocimiento del sujeto activo de la realidad de una determinada situación o estado de cosas. Siempre son de forma expresa, nunca se manifiestan tácitamente.

En el delito de peculado, en ninguna de las cuatro fracciones, encontramos esta clase de elemento subjetivo.

- Elemento subjetivo que establece un determinado deseo, ánimo o intención que el sujeto activo enlaza a su conducta.

En el delito de peculado nos encontramos con esta clase de elemento subjetivo en sus fracciones primera, segunda, tercera y cuarta. En todas de forma expresa.

La fracción primera nos señala "*...que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto...*", indica un ánimo de lucro.

La fracción segunda expresa "*con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona*"; del presente texto, se puede apreciar la intención del sujeto activo de una promoción o denigración. Y forzosamente, se tiene que dar este elemento subjetivo para que se de el tipo establecido en esta fracción.

En la fracción tercera el elemento subjetivo se menciona de la siguiente manera: "*a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios de derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades*", aquí se aprecia que el sujeto activo solicita o

acepta realizar las promociones o denigraciones, con la intención que se da como elemento subjetivo.

Por último, en la fracción cuarta, el elemento subjetivo se identifica a continuación: "...los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les de una aplicación distinta a la que se les destinó." Primero, al ser la distracción para provecho personal del sujeto activo o el de un tercero, nos encontramos que existe ánimo de lucro por parte del agente. Y si es la distracción para una aplicación distinta a la que se les determinó, no se presenta el ánimo de lucro, pero se da la intención de una aplicación diversa a la prevista.

- Elemento Subjetivo, que no se da expresamente: su existencia se desprende de una interpretación y se descubre que este elemento es propio del tipo aunque se manifieste en forma tácita. Ejemplo: Artículo 367 del Código Penal "... el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho de ella con arreglo a la ley". Mediante el apoderamiento, el sujeto activo concurre con el ánimo de apropiación, lo que penalmente se traduce como incremento en su patrimonio con una consecuente disminución en el patrimonio ajeno, no se menciona en el precepto, pero se infiere, por medio de la interpretación.

Respecto a esta especie de elemento subjetivo, se encuentra un supuesto en el delito de peculado, atendiendo a lo que se señala a continuación: en la fracción primera: "Todo servidor público que distraiga de su objeto dinero valores...". Aquí no se encuentra expresamente el elemento subjetivo, aunque si hacemos una interpretación, podemos concluir que en el "distraer", existe un ánimo de apropiación.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Debemos señalar que, dentro del peculado, el elemento subjetivo se encuentra bien delimitado por el legislador, ya que siempre determina el deseo, la intención o el ánimo del agente.

3.3. LA ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad, es un elemento esencial para la integración del delito. Puede entenderse de manera general, como todo aquello que se encuentra contra derecho, que contravenga a lo que se encuentra previsto por la ley, como todo aquel comportamiento humano que ataca y lesiona a el poder del Estado.

Al respecto el maestro Castellanos Tena, señala:

“...comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a Derecho.”⁵⁰

Por otro lado, el maestro López Betancour, coincide con el concepto anterior, y nos define a la antijuridicidad de la siguiente forma:

“... es lo contrario al derecho. Se estima que todo delito para llegar a ser considerado como tal, debe ser antijurídico.”⁵¹

Sobre el particular, y dado que los conceptos vertidos con antelación resultan muy claros para la interpretación y comprensión de la antijuridicidad,

⁵⁰. Fernando Castellanos, Op cit. p. 177.

⁵¹. Eduardo López, Op cit, p. 535.

podemos señalar que para el caso concreto, basta con que la conducta descrita, por el tipo de Peculado, sea llevada a cabo por un funcionario público hasta su total consumación, para que se actualice la antijuridicidad.

3.4 LA CULPABILIDAD.

Culpabilidad es la relación existente entre el sujeto activo y el resultado producido con su conducta; es una relación psíquica que da un juicio de reproche por no haber actuado conforme a Derecho.

Como presupuesto de la culpabilidad tenemos a la imputabilidad, o sea, la capacidad que se atribuye a un sujeto para cometer una infracción penal. Es imputable la persona que tiene capacidad para realizar actos que caen en la esfera del Derecho Penal y trae consigo la consecuencia punitiva de la infracción.

Fernando Castellanos define la imputabilidad así:

"En pocas palabras, podemos definir a la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer, en el campo del Derecho penal."⁵²

La culpabilidad, conforme a nuestro código Penal puede ser de dos diversas formas o grados, las cuales son referidas en el artículo octavo, el cual nos señala:

⁵². Fernando Castellanos, Op cit. p. 218.

"Artículo 8.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente"

Así las cosas y conforme al artículo noveno del multicitado código, se definen las acciones dolosas en los siguientes términos: "Obra dolosamente, el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, ...".

Así apreciamos que el Código Penal no se separa de los principios doctrinales y reúne los dos elementos necesarios para que exista el dolo: primera, Conciencia cuando refiere "...el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico..."

Y segunda, Voluntad, cuando indica "...quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley." Se expresa la misma cuando el sujeto desea, quiere o acepta obtener el resultado.

En el artículo 9 se define, en segundo término, la acción culposa de la siguiente forma: "...Obra Culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible, o previó confiado en que no se produciría, en virtud a la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

En el artículo 223 del código penal, la culpabilidad se presenta de la siguiente forma:

En la fracción primera, la acción desarrollada por el sujeto activo es dolosa. El sujeto, en primer lugar, tiene conocimiento de que la cosa es ajena; y en segundo lugar, tiene conocimiento del destino asignado para la cosa, el cual no es para usos propios o ajenos o de un tercero. Así se nota el ánimo de lucro que tiene el agente del delito.

El sujeto activo, conoce las circunstancias de hecho típico y quiere o acepta el resultado que nuestra legislación penal sanciona.

Bajo la conciencia se presentan los medios, o sea, el hecho de que por razón de su cargo tenga en administración o bajo su custodia los bienes. Y también, se representa el resultado (una ganancia ilícita que recibe el agente o una tercera persona), al cometer la conducta delictiva de distraer los bienes para usos propios o ajenos.

Mediante la voluntad se ponen a funcionar los medios y se llega a la consumación del delito.

La fracción segunda del precepto legal que nos ocupa, contempla una conducta dolosa. Los medios, son los fondos públicos; el agente del delito sabe que son ajenos y está enterado del fin propuesto para dichos fondos. Como medios, también tenemos el otorgamiento de los actos mencionados en el artículo 217 del Código Penal. El resultado es la promoción política y social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero, o de la denigración de cualquier persona.

En la fracción tercera, también podemos apreciar la existencia del dolo en la conducta descrita, cuando el sujeto activo tiene conocimiento de que los

fondos son públicos. El sujeto activo (cualquier persona); solicita o acepta realizar las promociones o denigraciones por que tiene los medios para ello. Por ejemplo, el dueño de un periódico; así en su conciencia se representan los medios que lo llevarán a promover o denigrar.

Dentro de la misma fracción tercera, en el supuesto de que el agente reciba los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo que tipifica el uso indebido de atribuciones y facultades, es doloso por que siempre tendrá conocimiento del origen del acto que otorga. No existe ninguna excluyente de responsabilidad en estos supuestos.

Por último en la fracción cuarta, la conducta desplegada es dolosa, cuando los bienes distraídos de su objeto se encaminan para usos propios o ajenos. Se nota el ánimo de lucro por parte del sujeto activo del delito; sabe que los bienes son ajenos y también conoce su destino. Cuando les da (a los bienes) una aplicación distinta a la que se les destinó, el sujeto activo se conduce con dolo, dado que tiene pleno conocimiento hacia donde se deben encaminar los recursos públicos Federales. Tiene los medios necesarios para realizar la distracción de su objeto, al tenerlos bajo su custodia, y es obvio que se llega a representar el resultado.

CAPÍTULO IV.
JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.

4.1. LA PUNIBILIDAD.

La *Punibilidad* es considerada por algunos autores como el último de los elementos positivos del delito, ello en razón de que todo delito, por el simple hecho de ser una conducta típica antijurídica y culpable, debe ser punible o sancionable.

Sin embargo, diversos estudiosos de la materia, consideran que la *punibilidad* no es un elemento del delito, sino mas bien, una consecuencia lógica y jurídica por la comisión de aquél. En este sentido, será el presupuesto jurídico el que dará lugar a la imposición de sanciones por la realización del hecho típico antijurídico y culpable.

En tal orden de ideas, se puede decir que la punibilidad es propiamente el merecimiento de penas; es la imposición de sanciones como consecuencia de la comisión de algún delito. Se comprende igualmente dentro de la punibilidad, los mínimos y máximos para sancionar una determinada conducta delictuosa. Por lo tanto, no deberá confundirse la punibilidad con los términos pena, punición o sanción, ya que, estos últimos son específicamente la forma en que concretamente el juez de la causa, impone como castigo al sujeto activo; una vez que lo ha encontrado culpable al habersele imputado la realización de un delito, y en consecuencia, lo ha condenado a sufrir una pena de entre el mínimo y el máximo que prevee la punibilidad del delito específico.

Aclarado lo anterior, se considera como punto toral del presente estudio, la punibilidad prevista en el artículo 223, del Código Penal vigente para el Distrito Federal en sus últimos dos párrafos, los cuales, a la letra, señalan lo siguiente:

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

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

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”⁵³.

⁵³. Agenda Penal del Distrito Federal, p. 47.

De la lectura de los párrafos anteriores, encontramos tres modalidades de sanciones, que serían aplicables al sujeto activo del delito, en los siguientes términos:

Se aprecia la sanción que refiere el numeral 1, del artículo 24 de nuestra regulación penal, y que descrita en el tipo del peculado consiste en prisión de tres meses a dos años, tratándose del supuesto contemplado en el primer párrafo; y de dos a catorce años de prisión tratándose de lo señalado en el segundo párrafo.

Se encuentra la aplicación de una pena pecuniaria, que consiste en una multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, en el caso de que el monto de lo distraído no exceda de quinientas veces el salario mínimo, o no sea valuable, o multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo, en caso de que el monto de lo distraído exceda los quinientos salarios.

Finalmente, se encuentra una última sanción, la cual se considera, que es la que hace menos sentido al objeto de la punibilidad del delito, y que consiste, en la destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, por el supuesto contemplado en el primer párrafo del artículo 223 que trata la Punibilidad. Y la destitución e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, en el postulado que se refiere en su segundo párrafo.

Se considera que el legislador, en su afán de reprimir al funcionario corrupto con la imposición de sanciones en demasía, olvida la verdadera

esencia que busca el tipo penal, la cual es, la de erradicar la corrupción de la Administración Pública.

Esto, en virtud de que el legislador busca aplicar sanciones privativas de libertad y pecuniarias, y se atreve a considerar una destitución e inhabilitación del cargo a un funcionario público, solamente de manera temporal; lo cual resulta sin sentido, pues si bien puede llegar a ser suspendido o "inhabilitado" hasta por 14 años, continúa latente la posibilidad de que vuelva a ocupar un cargo público, por lo que también continúa el riesgo de que la corrupción persista en la Administración Pública.

Es importante destacar que nuestro sistema judicial no sólo sanciona los actos de los delincuentes con la finalidad de castigar, sino que persigue una rehabilitación de los mismos; sin embargo, en el caso específico, no se puede sólo esperar la rehabilitación del funcionario y su posterior reinstalación a su cargo. Pues se corre nuevamente el riesgo de que ese afecten caudales o bienes públicos, lo cual resulta en un nuevo perjuicio que repercute en la colectividad en general, de ahí que surjan insuficiencias en la Administración Pública, para satisfacer las necesidades de la sociedad.

A tal evento, y a manera de propuesta, se considera que la suspensión o "destitución e inhabilitación" debe ser definitiva y no sólo por un tiempo determinado, atento a lo expuesto con antelación.

Así también, otro punto que cabe destacar, conforme a las penas que se aplican al sujeto activo de este delito, es que el peculado se puede clasificar dentro del rubro de los delitos no graves, atendiendo solamente al supuesto descrito en su primer párrafo, por cuanto a las sanciones se refiere, siendo

“el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo ...”

Sin embargo, revisando el texto del último párrafo del artículo 223 del Código Penal para el Distrito Federal y a las sanciones descritas en él, encontramos que el peculado también puede ser considerado como grave.

Dicho supuesto se sustentan en lo señalado por el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, el cual a la letra, nos señala lo siguiente:

“Art. 268

“Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito del que se trate y dividirlo entre dos.”

De nueva cuenta, se percibe una inconsistencia en el deseo del legislador, pues no es posible que la comisión de un peculado, sea por el monto que fuere, le permita al funcionario acogerse al beneficio de la libertad bajo caución, pues en diversas ocasiones se corre el riesgo de que se sustraiga de la acción penal, sin que exista de esta forma, cualquier posibilidad de restablecer el orden en el organismo o dependencia afectado por la comisión de un peculado.

Así entonces, se considera que cuando el valor de lo distraído fuera un monto "pequeño", la penalidad para el *tipo* de estudio debería ser más severa, tanto en los años de prisión (a efecto de que en todos sus supuestos se considerara un delito grave), como la destitución e inhabilitación permanente del funcionario público de su cargo.

Lo anterior, no es sólo una postura caprichosa, pues como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, la consecuencia mediata e inmediata generada, por la comisión de este delito, no sólo afecta en lo particular a una dependencia del gobierno, o a un Estado; afecta los bienes e intereses generales de la colectividad, teniendo repercusiones político económicas, tanto a nivel nacional, como internacional. Por lo tanto, en la medida en que las sanciones sean mas severas, en dicha medida, se considera que los servidores públicos que pretendan delinquir, considerarán más las posibles consecuencias.

4.2. EL PECULADO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. (Comparativo)

De la propuesta anterior, relativa a una punibilidad con mayor severidad para los sujetos activos del Peculado, encontramos un sustento en diversas legislaciones penales de otros países latinoamericanos que, buscando acabar con la corrupción, han procurado mantener alejados de las funciones públicas a todos aquellos servidores públicos que han incurrido en peculado o figuras similares a este delito.

Así, podemos encontrar que en dichas legislaciones se aplican penas más reducidas, respecto a los años de prisión o sanciones pecuniarías; pero

invariablemente, se contempla la suspensión e inhabilitación para el funcionario público que adecua su conducta al tipo del peculado.

En este orden de ideas, a continuación se extraen los textos relativos a las figuras típicas equiparables al delito de Peculado de los códigos penales de países como Chile, Argentina, Bolivia y Nicaragua.

Así también, se aprecia que la figura de malversación de caudales públicos del código punitivo chileno, es una figura similar al delito que nos ocupa:

“Malversación de caudales públicos.

Art. 233. El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraiga o consintiere que otro los sustraiga, será castigado:

1.º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

2.º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal, en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

Art. 234. El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos substraídos.

Art. 235. El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa del diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere substraído.

No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad sustraída sin perjuicio del reintegro.

Art. 236. El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento.

Art. 237. El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio.

Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración.

Art. 238. Las disposiciones de este párrafo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.

*En los delitos a que se refiere este párrafo, se aplicará el máximo del grado cuando el valor de lo malversado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, siempre que la pena señalada al delito conste de uno solo en conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 67 de este Código. Si la pena consta de dos o más grados, se impondrá el grado máximo."*⁵⁴

De lo anterior, se puede destacar que a comparación de nuestro derecho, si se contemplan suspensiones e inhabilitación definitivas del cargo, a determinados niveles de funcionarios. Sin embargo, apreciamos que no se consideran las penas corporales o de Prisión para el infractor.

Así también, se destaca que aparecen una gran variedad de atenuantes de la pena, dado que se prevén diversas conductas del Funcionario, así como la valoración del entorpecimiento o daño del servicio público, a efecto de determinar una sanción.

Por otro lado, si nos remitimos al código penal argentino en su capítulo VII, denominado Malversación de Caudales Públicos, se aprecia que en términos generales es similar tanto por el sujeto activo como bien jurídico tutelado, al Peculado contemplado en nuestra legislación, el cual nos indica:

⁵⁴. <http://www2.la hora.com.ec/paginas/Dpenal.10html>, Código Penal Chileno.

"Cap. VII - Malversación de caudales públicos

Art.260.- Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquélla a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

Art.261.- Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.

Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

Art.262.- Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

Art.263.- Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administran o custodian bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Art.264.- Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expéditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente.

En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.⁵⁵

Por lo que hace a esta legislación, advertimos que persiste la inhabilitación absoluta del cargo al infractor, y se sigue tomando en cuenta como juicio de valor, el daño que se provoque al servicio público o su entorpecimiento. Lo cual el legislador lo considera como atenuante de la pena, en caso de que no se vea afectado el servicio, pues se aplica una sanción mínima.

Además, se establece una multa para el infractor, que consiste en un porcentaje sobre la cantidad distraída.

⁵⁵. <http://www.códigos.ar>, Código Penal.

Un aspecto importante, de la descripción que hace el código argentino, es que el legislador considera más importante el hecho de la comisión del delito en sí. Es decir, se interesa más, en la adecuación de la conducta al tipo, y no los montos o valores que se pudieren afectar para determinar las sanciones; a diferencia de nuestro código, en donde el legislador, al parecer, se preocupa más por determinar parámetros como son los quinientos salarios mínimos o más, para reprimir las conductas en menor o mayor medida, restando así, la importancia a la conducta desplegada por el sujeto activo.

Para continuar con la presente comparación, acudimos a lo establecido por el código penal boliviano, el cual contempla penas menores, para funcionarios públicos que incurran en la conducta prevista por el tipo penal de estudio, leyéndose de la siguiente forma:

Título II

Delitos Contra la Función Pública.

Capítulo I.

Delitos Cometidos por funcionarios públicos.

Artículo 142.- (Peculado). El funcionario público que aprovechando el cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días.

Artículo 143.- (Peculado culposo). El funcionario público que culposamente diere lugar a la comisión de dicho delito, será sancionado con prestación de trabajo de un mes a un año y multa de veinte a cincuenta días.⁵⁶

En este tipo penal, se encuentra como novedad la figura del peculado culposo, la cual resulta una nueva modalidad de este delito, pues en nuestro derecho no existe una descripción similar, incluso la naturaleza jurídica, como ya se ha visto, describe al peculado con una conducta eminentemente dolosa. Por otra parte, se aprecia que las penas aplicadas a los infractores, a comparación de nuestro derecho, son muy atenuadas.

De este tipo penal, podemos señalar que su texto es muy pobre por lo que hace a la descripción, toda vez que se limita a supuestos muy objetivos, como el caso de que sólo se señala al funcionario público, como sujeto activo del delito; en contraste, nuestra legislación procura contemplar otros supuestos, incluyendo a aquellas personas que no son funcionarios públicos, pero tienen a su encargo bienes del Estado, o el Distrito Federal

Para finalizar el presente comparativo, nos disponemos a analizar la figura del peculado en el código penal nicaragüense, misma que lo describe en los siguientes términos:

Capítulo XVI

Peculado y Concusión

⁵⁶. <http://www2.la hora.com.ec/paginas/Dpenal.10html>, Código Penal Boliviano.

Arto. 435.- Comete delito de peculado toda persona encargada por cualquier título de bienes o servicios del Estado, sus entes descentralizados o empresas, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga carácter de funcionario, que para uso propio o ajeno sustraiga o en general distraiga objetos, dinero, valores, bienes inmuebles o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, a sus organismos descentralizados o empresas o a un particular, si por razón de su cargo le hubiere recibido en administración, depósito o por cualquier otra causa. La pena para este delito será de 2 a 12 años de prisión e inhabilitación absoluta. Esta disposición es aplicable a los administradores y depositarios de bienes y caudales entregados por autoridad competente aunque pertenezcan a particulares.

Arto. 437.- La pena será de uno a seis meses de arresto, si dentro de los diez días siguientes a aquel en que se descubrió el delito, fuese devuelto lo sustraído. Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución, de la inhabilitación y de la multa correspondiente.

Arto. 440.- Las penas del artículo anterior se aplicarán también a los encargados o comisionados por un funcionario público que con aquella investidura cometan el delito de concusión.⁵⁷

Aquí, la descripción del tipo penal es similar a la realizada por nuestro Código Penal; se destaca que el legislador toma más en cuenta el bien

⁵⁷. <http://www2.la.hora.com.ec/paginas/Dpenal.10html>, Código Penal de Nicaragua.

Jurídico tutelado, que la misma calidad del sujeto activo, dado que no se da a la tarea de describir a fondo las características del mismo, pues lo señala de manera muy subjetiva lo cual se puede apreciar en el artículo 435 que indica "...*Toda persona encargada por cualquier título...*", "... y no tenga carácter de funcionario,..."

Por lo que hace a la pena privativa de libertad, encontramos gran similitud con la que se aplica en México, siendo todo lo contrario por cuanto hace a la inhabilitación, pues aquí encontramos un criterio uniforme con las legislaciones Chilena y Argentina, dado que se aplica una inhabilitación absoluta al funcionario que realice la conducta descrita por el tipo penal.

Al igual que el Código argentino, el legislador no parece preocuparse realmente por los montos o valores que se pudieran ver afectados, atendiendo más a la conducta desplegada por el sujeto activo, pues incluso considera como atenuante, el hecho de que en un plazo cierto el sujeto devuelva lo distraído.

CONCLUSIONES.

Atendiendo a todos los elementos plasmados en el presente trabajo y al estudio efectuado en el transcurso del mismo, así como al comparativo con otras legislaciones de la figura típica que nos distrae, podemos concluir lo siguiente

El peculado en si, debe ser considerado como un delito grave en todos sus supuestos, pues delinque tanto el funcionario que distrae un objeto o caudal con valor de un salario mínimo, como aquel que desvía cantidades exorbitantes, por lo que se considera que no sólo se debe castigar por razón de los "números" distraídos o desviados; se debe castigar la conducta en sí, pues el funcionario público, con la adecuación de su conducta al tipo, esta afectando la prestación del servicio, y consecuentemente desvirtuando los objetivos de la administración pública, afectando directamente a la sociedad.

Así las cosas, y no sólo a manera de crítica, consideramos oportuno proponer que el delito se considere grave en sus dos supuestos, lo cual se podría realizar mediante la inclusión de dicha mención en la descripción que hace el tipo penal, lo anterior, a efecto de que el sujeto activo de esta figura típica no se ve beneficiado con la libertad provisional bajo caución .

Por otro lado, y a diferencia de los textos comparados en el presente estudio, en los cuales no se consideran parámetros para la imposición de sanciones, resulta importante destacar que para nuestro código penal, es necesario que estos persistan, pues la consideración hecha por el tipo respecto a los salarios mínimos, es indispensable para el juzgador, pues de

esta manera, le permite valorar y determinar la pena aplicable al momento de dictar la sentencia que condene al servidor público que incurra en esta conducta; dado que no se puede reprimir con los mismos años de prisión a aquel que incurre en una distracción de un salario mínimo, que al sujeto activo que distrae una finca o bienes de mayor cuantía.

Los puntos anteriores, se esgrimen en atención a la necesidad de comprender los efectos producidos por la comisión del peculado, como el bien que resulta afectado con la comisión del peculado, y las consecuencias que esto trae a la sociedad en general, tanto en el Distrito Federal como lo que le atañe al Fuero Federal.

Conforme a lo expuesto, se considera que el legislador debería de tomar en cuenta, el hecho de que las personas que prestan los servicios públicos, y más, aquellos que por su encargo controlan o manejan el patrimonio de las entidades federativas, en teoría, son personas que tienen una capacidad reconocida para tales funciones, y por lo tanto saben y conocen cuáles son las conductas que se consideran delictuosas, elemento que los hace aún más peligrosos; pues para distraer o desviar bienes o fondos públicos, etc, deben de idear con cuidado y dedicación la forma de la comisión del delito, pues conocen perfectamente los riesgos que conllevan. Por lo que se demuestra así que toda conducta encuadrada al Peculado solamente puede ser dolosa.

De lo anterior, la insistencia en que el delito sea penalizado con mayor severidad.

Por otro lado, y como en su momento se expuso, se concluye que la pena consistente en la destitución e inhabilitación del cargo para aquellos

funcionarios que caen en la conducta prevista por el peculado, debe ser de manera definitiva, y no debe existir de ninguna manera la posibilidad de rehabilitar a aquellos funcionarios corruptos, pues no es posible concebir que un servidor público que comete este tipo de delitos, por el sólo paso del tiempo, ya sea en prisión, con la obligación de reparar el daño y pagar una multa, se va a rehabilitar, para volver a tomar un nuevo cargo dentro de la Administración Pública, exponiendo nuevamente al servicio público, a verse afectado por un nuevo peculado.

Por lo anterior, se concluye que la atención y penalización del delito de peculado debe llevarse a cabo con todo el rigor necesario, para obtener los objetivos perseguidos por una figura típica de estas características, pues como podemos apreciar, la comisión de este delito no es nada nuevo, es un problema que con el transcurso del tiempo ha afectado en todas sus esferas a nuestro país, tanto Estatales como Federales, se encuentran actualmente casos tan sonados, como lo es el juicio entablado en contra del Señor Raúl Salinas de Gortari, hermano de un ex presidente de la República Mexicana, y que su actuar, ha causado serias afectaciones tanto de carácter social como político en México; o por otro lado, y atendiendo al Distrito Federal, territorio de competencia de este estudio, los procedimientos existentes actualmente en contra del ex regente capitalino de apellidos Espinoza Villarreal, por la comisión de peculado.

A tales eventos, debemos reiterar que este tipo de conductas deben ser atacadas con ímpetu, pues las mismas se dan a todos los niveles de la política nacional, con las consecuencias conocidas, políticas, económicas y sociales, que en general crean una inestabilidad en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA.

LEYES

LEGISLACIÓN MEXICANA O COLECCIÓN COMPLETA DE LAS DISPOSICIONES LEGISLATIVAS EXPEDIDAS DESDE LA INDEPENDENCIA DE LA REPÚBLICA. (ordenada por los Licenciados Manuel Dublán y José María Lozano, T. XI. México, Imprenta del Comercio, Edición oficial, 1879.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Vigésima novena edición, Ed. Porrúa, año 1976.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, trigésimo cuarta edición, Ed. Porrúa, año 1981.

AGENDA PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 2ª ed. Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México, D.F.. Año 2001.

LIBROS:

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en particular, Tomo II. 4ª edición, México, D.F., Ed. Porrúa, 1998. 481 pp.

MOMMSEN, Teodoro, El Derecho Penal Romano (Traducción de Pedro Dorado Montero), Tomo II, Madrid, España, Ed. La España Moderna.1989, 501 pp.

CARRERA, Daniel P., Peculado, Buenos Aires, Argentina, Ed. De Palma, 1968. 89 pp.

CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal. Parte especial Tomo II, Volumen Primero, 14ª ed. Barcelona, España, Ed. Bosch, 1980. 884 pp.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, Código Penal Anotado. 19ª ed, México, D.F., Ed. Porrúa, 1995, 891 pp.

MAGIORIE, Guissepe, Derecho Penal, parte especial, Volumen III. 2ª ed., Bogotá, Colombia, Ed. Témis, 1989, 254 pp.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, 18ª ed, México, D.F., Ed. Porrúa, 1995, 359 pp.

PORTE PETIT, Celestino Candaudap, Apuntamientos de la parte general del derecho penal, 13ª ed., México D.F., Ed. Porrúa, 1990, 553 pp.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Delito que quedó impune 2ª ed, México, D.F. Ed. Edamex, 1983, 48 pp.

CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 36ª ed. México, D.F., Ed. Porrúa, 1996, 257pp.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. "Tomo III" 2ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Losada. 1992, 115 pp.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal comentado. 13ª ed.,

México D.F., Ed. Porrúa, 1996, 342 pp.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano T. I. 4ª ed, México D.F., Ed. Porrúa, 1983, 337 pp.

DIARIOS

DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, XXXIX Legislatura, año I, periodo Ordinario , T I , número 37, México, D.F, 29 de diciembre de 1943 (Periodo Ordinario)

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, T. CXLIII, núm. 21, fecha 24 de marzo de 1944.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN T CCCLXXVI, núm. 3, Fecha 5 de enero de 1983.

REVISTAS.

ARGÜELLES, Francisco. "El Enriquecimiento Ilegítimo de los Servidores Públicos", Revista Mexicana de Ciencias Penales, México, Año 3, Núm. 3, Julio – Junio, 1980.

INTERNET.

Código Penal Boliviano, http://www2.la_hora.com.ec/páginas/Dpenal.10html, 12 febrero 2001.

Código Penal, <http://www.códigos.ar>, 23 marzo, 2001