



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Escuela Nacional de Estudios
Profesionales
"CAMPUS ARAGÓN"

**“LA NECESIDAD DE QUE EL DELITO DE
PECULADO SEA CONSIDERADO POR EL
ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO FEDERAL
DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN
VIGOR COMO DELITO GRAVE.”**

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

MARÍA GABRIELA MELO RODRÍGUEZ.

ASESOR: MTRA. MARÍA GRACIELA
LEÓN LÓPEZ.

ARAGÓN. EDO. DE MÉXICO MARZO DEL 2004.



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.

DEDICATORIAS

A dios por haberme permitido
haber llegado hasta este
momento importante en mi
vida.



A mis padres profundamente por
ser parte fundamental en mi vida y
por haberme dado la oportunidad de
culminar mis estudios.



A mis hermanos y hermanas,
con la esperanza de que
alguna de ellas pueda culminar
sus estudios y verla llegar a
uno de estos momentos tan
importantes.



A todos mis amigos que han estado
conmigo durante el transcurso de mi
carrera.



Con mucho cariño y admiración a, Maestra MARIA GRACIELA LEON LOPEZ, por haberme aportado los conocimientos necesarios y por haberme apoyado en la preparación del presente trabajo.



Y, en especial al amor de mi vida Licenciado Fabián Oropeza Baeza, quien a estado conmigo en momentos difíciles y tan importantes en mi vida durante seis años y a quien le agradezco todo el Amor y apoyo que me ha brindado para la terminación del presente trabajo.



POR MI

RAZA

HABLARA

EL ESPIRITU

LA NECESIDAD DE QUE EL DELITO DE PECULADO SEA CONSIDERADO POR EL ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN VIGOR COMO DELITO GRAVE.

	PAG.
INTRODUCCIÓN.	I

CAPITULO I RESEÑA HISTORICA DEL DELITO DE PECULADO Y CONCEPTOS BASICOS.

1.1.- El delito de Peculado en Roma.	3
1.2.- El delito de Peculado en España.	8
1.3.- El delito de Peculado en Argentina.	9
1.4.- Evolución histórica del Peculado en la Legislación Penal Mexicana.	17
1.4.1.- El Peculado en el Código de 1871.	17
1.4.2.- El Peculado en el Código de 1929.	19
1.4.3.- El Peculado en el Código de 1931.	20
1.5.- Conceptos básicos.	21
1.5.1.- Concepto de Peculado.	22
1.5.2.- Concepto de Servidor Público.	23
1.5.3.- Concepto de Organismo Descentralizado.	27
1.5.4.- Concepto de Administración.	28
1.5.5.- Concepto de Depósito.	29
1.5.6.- Otras causas.	31

CAPITULO II CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE PECULADO.

2.1.- Clasificación de los tipos en orden al tipo de delito.	33
2.1.1.- En orden a la afectación del Bien Jurídico.	33
2.1.2.- En orden a la conducta del agente.	34
2.1.3.- Delitos de resultado.	36
2.1.4.- Por su duración ó consumación.	37
2.1.5.- Por el elemento interno.	40
2.1.6.- En orden a la unidad o pluralidad de afectación de los bienes jurídicos.	41
2.1.7.- En relación al numero de los actos.	42
2.1.8.- En relación al número de los sujetos activos.	43
2.1.9.- En relación al número de los sujetos pasivos.	44
2.1.10.- Por su forma de persecución.	45

2.1.11.- En función a su materia.	45
2.1.12.- En Orden a su forma de integración.	47
2.1.13.- En orden a la calidad del sujeto activo.	49
2.1.14.- En orden a las características de la formulación de la conducta.	49
2.1.15.- En función de su gravedad.	51

CAPITULO III

LA TEORIA DEL DELITO Y EL ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO DE PECULADO.

3.1.- Teoría del delito.	53
3.1.1.- Breve referencia de las teorías causalista y finalista.	54
3.1.1.1.- Corriente causalista.	54
3.1.1.2.- Corriente finalista.	57
3.1.2.- Elementos positivos.	69
3.1.2.1.- Conducta.	69
3.1.2.2.- Tipicidad.	71
3.1.2.3.- Antijuridicidad.	77
3.1.2.4.- Culpabilidad.	77
3.1.3.- Elementos negativos.	80
3.1.3.1.- Ausencia de conducta.	80
3.1.3.2.- Atipicidad.	80
3.1.3.3.- Causas de justificación.	82
3.1.3.4.- Causas de inculpabilidad.	89
3.2.- Elementos del Tipo.	92
3.2.1.- Análisis de los Elementos del Cuerpo del Delito del tipo penal de Peculado.	93
3.2.1.1.- La Conducta.	93
3.2.1.2.- El Resultado.	106
3.2.1.3.- La relación de Causalidad o Nexo Causal.	108
3.2.1.4.- La Lesión al Bien Jurídicamente Tutelado.	109
3.2.1.5.- Las Calidades de los Sujetos.	110
3.2.1.5.1.- El Sujeto Activo.	111
3.2.1.5.2.- El Sujeto Pasivo.	112
3.2.1.6.- La Forma de Intervención.	112
3.2.1.7.- El Objeto Material.	115
3.2.1.8.- Las Circunstancias de Modo, Tiempo, Lugar y Ocasión.	115
3.2.1.9.- Los Elementos Normativos.	117
3.2.1.10.- Elementos Subjetivos.	119
3.2.1.10.1.- El Dolo.	119
3.2.1.10.2.- La Culpa.	120
3.2.1.11.- Elemento Subjetivo Especifico diverso al Dolo y la Culpa.	121
3.2.1.12.- Medios Comisivos.	122

CAPITULO IV
LA NECESIDAD DE QUE EL DELITO DE PECULADO SEA
CONSIDERADO POR EL ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO FEDERAL
DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN VIGOR COMO DELITO
GRAVE.

4.1.- Análisis del delito de Peculado, artículo 223 fracción I del Código Penal Federal.	124
4.2.- Breve análisis del delito de uso indebido de atribuciones y facultades, artículo 217 Código Penal Federal.	129
4.3.- Los delitos Graves, artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales en Vigor.	133
4.4.- Propuesta de adición al artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales en Vigor.	143
 CONCLUSIONES.	 152
 BIBLIOGRAFÍA.	

INTRODUCCIÓN

Es de hacerse notar que desde hace algunos años a la fecha, se han venido presentando fenómenos de índole jurídico-político en diversas partes del mundo, así como en nuestro país, ya que la sociedad teniendo plena confianza en las personas en quienes deposita el poder para administrar bienes u objetos pertenecientes al Estado, es burlada de manera cómoda por estos funcionarios, realizando un aprovechamiento por parte de los mismos, en quienes el Estado confía sus bienes para una mejor administración.

Es bien cierto que las personas en quienes se confía y en quien se deposita el poder, tienen una calidad especial que es la de desempeñarse como Servidor Público, como lo señala el artículo 212 del Código Penal Federal al referir: *“Para los efectos de este Título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal. Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente.”*; en virtud de esto dicho Servidor Público no debiera aprovecharse de la circunstancia en la que se encuentra como administrador de bienes u objetos, para apropiarse o desviar ya sea para sí o para una tercera persona dichos bienes ajenos, teniendo en consideración

que el Servidor Público es una persona en quien deposita su confianza el Estado. Es por ello que considero que el delito de *Peculado*, debe ser considerado como delito *Grave* ya que lesiona de manera importante los valores fundamentales de la sociedad. Ahora bien realizando un estudio comparativo de este delito con otros como lo es el caso del delito de Fraude, encontramos que éste último en la actualidad, en ciertos casos es considerado como un delito grave aun cuando en su descripción típica no se requiere que quien lo comete tenga la calidad específica de Servidor Público, y por el contrario es aberrante que en el caso del delito de Peculado, refiriéndonos específicamente a la fracción I del artículo 223 del Código Penal Federal en Vigor, se requiera necesariamente la calidad de Servidor Público y no esté contemplado dentro del catálogo de delitos graves que señala el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales en Vigor, por lo que a criterio propio el hecho de que el delito de Peculado sea cometido por un Servidor Público es un motivo suficiente para que se le considere como un delito grave.

Si el delito de Fraude es considerado como grave y éste lo puede cometer cualquier persona, ¿por qué? el delito de Peculado actualmente no lo es, si la persona quien transgrede y viola la norma lo es un Servidor Público, en quien se deposita la confianza y se vive con la esperanza de que los bienes los administre adecuadamente y siempre atento a la buena administración y distribución de estos. Si la calidad de Servidor Público se obtiene con la finalidad de que este vele por los intereses del Estado y no que de alguna manera él u otras personas se vean beneficiados por lo que en su persona se deposita.

No pasamos por alto que el delito de Peculado también lo puede cometer cualquier persona que no tenga la calidad de Servidor Público; pero para efecto de nuestro estudio solo tomaremos en cuenta lo que nos señala la fracción I del nuestro Código en Comento, mismas que nos indican que este delito lo cometen los Servidores Públicos, quienes abusando del cargo

que se le confirió y desempeñando una función tan importante en el Estado, administrando los bienes, valores o cualquier otra cosa perteneciente al Estado para que de alguna manera la sociedad obtenga algún beneficio, obtengan beneficios propios o hagan que un tercero los obtenga.

Por lo anterior es por lo que considero que el delito debe ser considerado como grave para que de alguna manera los malos Servidores Públicos que violen la disposición contemplada en la ley se vean en la necesidad de reparar el daño causado, ya que en la actualidad observamos que existe una gran impunidad y delincuentes que obtienen jugosas ganancias con los bienes del Estado jamás reparan el daño ocasionado. Ahora bien también tomemos en cuenta que si el delito de peculado fuese considerado como grave, el Servidor Público no podría Obtener su libertad provisional, del cual algunos Servidores públicos se valen para seguir haciendo de las suyas, aprovechándose de los beneficios que otorga la ley.

Necesariamente tendríamos que tomar en cuenta que se tiene que realizar urgentemente la reforma del delito en comento ya que de acuerdo a la naturaleza y característica del mismo se trata de un delito que afecta de manera trascendente los valores morales y los recursos materiales pertenecientes al Estado y que en el último de los casos pertenecen a la sociedad. Tomando en cuenta que uno de los valores fundamentales de la sociedad es el contar con bienes que de alguna manera los ayude a obtener algún beneficio y por supuesto conservarlo para una mejor administración llevada a cabo por una persona seria y que sea de total confianza.

Por lo que el motivo del presente análisis es el que sirva de apoyo para que los legisladores tomen en cuenta que un mal actuar del Servidor Público transgrede gravemente los bienes pertenecientes al Estado. Siendo lo anterior motivo suficiente por el cual considero que se debe de reformar la fracción I del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos

Penales en Vigor, para que contemple dentro de su catalogo de delitos graves el delito de Peculado.

Otra de las razones por las cuales se tiene que reformar el artículo 194 en su fracción I del Código Federal de Procedimientos Penales en Vigor, es para que de alguna manera se frene la delincuencia realizando una depuración de los malos Servidores Públicos aprovechadores de la bondad de la sociedad quien les encarga en administración los bienes del Estado.

Actualmente no podríamos decir que se aplica todo el rigor de la ley a los Servidores Públicos que se valen del cargo o función que desempeñan, para cometer tan repudiables actos; sino por el contrario tal parece que de alguna manera se ven protegidos por las leyes; por lo que dicha reforma es necesaria para hacerlos entender que no se vale aprovecharse de esa circunstancia para mal administrar los bienes pertenecientes al estado, algún organismo descentralizado o a un particular. Motivos todos ellos por los que se considera necesario y urgente que se realice una reforma al Código Federal de Procedimientos Penales en Vigor en el sentido de que el delito de Peculado sea considerado como un delito grave.

***LA NECESIDAD DE QUE EL DELITO
DE PECULADO SEA CONSIDERADO
POR EL ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO
FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS
PENALES EN VIGOR COMO DELITO
GRAVE.***

CAPITULO I

RESEÑA HISTORICA DEL DELITO DE PECULADO Y CONCEPTOS BASICOS

Iniciaremos mencionando que el delito de Peculado no se trata de un delito nuevo, por el contrario demostraremos la antigüedad de su historia y su evolución a través del tiempo; pero consideramos importante señalar que en la última época se presenta como un problema de muy particulares caracteres, distintos de los anteriores, por extenderse al Derecho internacional. Eso se explica por múltiples circunstancias nuevas, no ya en lo que atañe al delito mismo, sino a sus circunstancias y a las dificultades que se oponen a su represión o a su reparación. Ahora es indispensable fijar con la mayor exactitud posible la situación de los concusionarios o responsables de Peculados.

Los principales concusionarios de nuestro tiempo son los Dictadores, que tienen el Estado a su disposición. Juan Domingo Perón dijo en cierta oportunidad el 10 diez de Enero de 1953: "El Gobierno y el estado me pertenecen a mi como funcionario". Yo actúo sobre ellos los Gobierno, los manejo, los mando". Como se puede ver ese concepto va mucho mas allá de lo que se atribuye, sin poder precisarlo con exactitud al rey de Francia Luis XIV como expresión cabal de absolutismo: "El estado soy yo". Ya no se trata de la identificación del monarca absoluto con el estado, lo que en definitiva sería una premisa teórica de innegable franqueza respecto de una realidad institucional confesada. En el caso argentino era un Presidente de lo que aparecía con el nombre de república democrática, regida por una Constitución y por leyes en consecuencia, dictadas y en donde debía entenderse el Gobierno como habían querido que lo fuera Tomás Jefferson y John Marshall

en los Estados Unidos: gobierno de las leyes y no el de los hombres encargados de cumplirlas o de hacerlas cumplir.

Está visto que los Dictadores contemporáneos acumulan inmensas fortunas mediante sutiles formas de Peculado. El enriquecimiento ilícito de funcionarios y allegados al poder es regla general. En las Dictaduras las gestiones administrativas o financieras exigen la "colma". Los diarios informan frecuentemente sobre una institución obrera o patronal ó política, que obsequia valiosos objetos de oro macizo joyas y piedras preciosas. Así se explica que muchos gobernadores, ministros, diputados, dirigentes sindicales etc., acumulan en su forma de Gobierno fortunas individuales que se calculan en decenas de millones de pesos por cada uno. El establecimiento de un negocio, la importación de un producto extranjero exigen la "colma". Cada automóvil que entra al país representa un obsequio o una concesión política que proporciona al favorecido suculentas ganancias. El partido oficial de las Dictaduras hace colectas y exige cuotas voluntarias a las empresas industriales y comerciales y a los empleados y obreros públicos y privados, los cuales no se atreven a negar su contribución. En los asuntos judiciales de alguna importancia se obtiene la presión oficial e incluso la complacencia o favor de los jueces que pueden beneficiarse directamente o no, pero que facilitan el negociado y el enriquecimiento consiguiente de los explotadores del poder o de la influencia oficial.

Esos Dictadores convencidos como están de la inestabilidad de su situación en el propio país tratan de asegurar el porvenir incierto, mediante la colocación de su dinero en otros países, adquiriendo bienes o depositando en los bancos a su nombre o por interpósita persona. Suiza y Estados Unidos figuran en primer término entre los países en donde los dictadores latinoamericanos han hecho grandes depósitos de dinero, sustrayéndose así a la acción restitutiva que podría haber prosperado como

ocurrió en Venezuela cuando fue depuesto el Gobierno del General Medina Argarita.

Aparte de lo que significa por si mismo el hecho de cometer el delito de Peculado o concusión en relación con el propio delincuente, se plantea ahora el problema relativo a la restitución de los bienes delictuosamente habidos cuando ellos se encuentran ubicados en el exterior bajo la garantía de gobiernos extranjeros y del orden jurídico en ellos establecido. Aún hay algo mas grave la fortuna acumulada por los Dictadores y depositada fuera de los países se convierte en un poderoso instrumento de perturbación para las naciones que ya han padecido la calamidad de la Dictadura. El dinero elemento corruptor por excelencia es utilizado para preparar conspiraciones, comprar armas, alquilar mercenarios y sobornar funcionarios y empleados. Hasta puede ser la causa de graves conflictos de carácter diplomático como el ocurrido el 16 dieciséis de Mayo de 1960 en Italia en donde el Juez de Milán ordenó el embargo de buques pertenecientes al Estado argentino, de los depósitos bancarios de los consulados y de los funcionarios consulares.

Todo esto concurre a demostrar que el Peculado es, en nuestro tiempo un problema que reviste aspectos totalmente nuevos que es necesario enfrentar y resolver.

1.1.-EL DELITO DE PECULADO EN ROMA.

Peculado-Peculatus (como Peculia, peculium) deriva de pecus". Originalmente fue el delito de quien se apoderaba del ganado público, por que antiguamente era el ganado el que servía al estado y a los particulares como medio de cambio y común medida de los valores.¹

¹ P. CARRERA, DANIEL. *Peculado*; Editorial Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1968 pag 2.

Desde el Derecho Romano preocuparon los delitos que atacaban directa o indirectamente la seguridad del estado y eran llamados crimina o judicia pública.

En Roma existían dos delitos: el sacrilegium el cual era a su vez, el hurto de la res sacra, es decir consagrada a los dioses. Pero no obstante las diferentes denominaciones de uno y otro, es indudable que en un comienzo se les consideró como formando un solo grupo; y el delito peculatus, a los que se les consideró como formando un solo grupo, ya que en Roma no se distinguían jurídicamente los bienes divinos y los del Estado, por cuanto a la distinción se hacían por el uso de ellos. Existió también lo que se conoció como Ley Julia de Peculatus que según el autor Ferrini citado por Luis Roca Agapito, castigaba y punía el auferre, intercipere o veriere IN REM suma la pecunia sacra o religiosa. Por su parte Carrara también citado por Luis Roca Agapito decía que en el primitivo Derecho Romano, la sustracción del dinero público fue particularmente reprobada en razón de la cosa sustraída, la cual se consideraba sacra. De Ahí que los incursos en Peculado fuesen colocados en compañía de los sacrilegios. Por el contrario, en el Derecho Cesáreo prevaleció la consideración de la fe traicionada y de la facilidad para delinquir.

Se ha significado la ausencia de conocimiento respecto de cómo se consideraba el delito en los tiempos antiguos; allí en consecuencia el valor de la Ley Julia para el Estudio de esta delincuencia.

El Peculado aparece pues, como un hurto agravado, por la calidad de las cosas sobre las que recaía; pero esa estrecha noción se amplió y se extendió a 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.

SE DISPONIA EN LA LEY JULIA RELATIVO AL PECULADO.- *“que nadie quite, ni intercepte, ni invierta en cosas suyas parte del dinero sagrado, religioso o público, ni haga de modo que alguno lo quite, lo intercepte o lo aplique en 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 dinero público alguna cosa ni ha a sabiendas, con dolo malo que se ponga o se mezcle, por la que se deteriore...”*

...“Los que al trabajar en la moneda pública acuñan independientemente para sí moneda, con el sello público o hurtan la acuñada, no se considerará que hicieron moneda falsa, sino que cometieron hurto de moneda pública, lo que cae dentro del delito de Peculado...” Mas abajo se escribe en el mismo capítulo que no solo el dinero público sino también el privado constituye el delito de Peculado, si alguno recibiera lo que se le debe al fisco simulando que él es acreedor del fisco aunque haya quitado dinero privado...”

El Secreto de la expansión romana radicaba en su capacidad de mantener una inflexible disciplina pública, pero llegaron los tiempos en que el espíritu del lujo minó la austera moral antigua, *virtus post nummos* (primero el dinero); luego la virtud según menciona Guillermo F. Margadant.

Lo que debe resaltarse es que en Roma no se encuentran como nos dice Miguel A. Inchausti, disposiciones análogas ni parecidas” al delito motivo de nuestro estudio, no obstante que la corrupción, tanto en la esfera privada como en la pública es inherente a la naturaleza humana, y por lo tanto nos ha acompañado desde que el hombre habita este planeta y nos acompañará seguramente hasta que el mismo se extinga.

El Doctor Clemente Valdés sostiene: " la Corrupción es un peligro constante en el desempeño de las funciones públicas en todos los países del mundo".

El problema de la corrupción como fenómeno humano dejándonos a la Sociología, antropología, psicología y demás ciencias ó disciplinas que se ocupen de estos fenómenos para los efectos de este estudio, creó será suficiente tratar de incursionar en aquellas disposiciones jurídicas que se relacionan con el delito de enriquecimiento ilícito.

La evolución alcanzó también al objeto material por que si bien en un principio solo se protegió a los bienes del pueblo romano, después se comprendió a los de las ciudades. El proceso evolutivo se tradujo asimismo bajo el imperio en que la represión atendió no solamente a la calidad o carácter de los bienes sino que entró en consideración a la calidad del agente funcionario del Estado que actuaba deslealmente..

RESIDUOS.- Las previsiones de la Ley Julia no se agotaron en el Peculado. Con la Evolución se dulcificó el estado de cosas reinante al comienzo. La Ley Julia proveía además del Peculado a los sacrilegios a 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 debían restituir con la rendición de cuentas², la rendición de cuentas como se advierte se estableció entre los romanos para los residuos, no para el Peculado. Sin embargo la Doctrina moderna la ha trasladado al Peculado y la hace jugar como significadora del momento de su consumación o bien sujeta al delito a una cuestión prejudicial. Tanto respondía al título de residuo quien habiendo recibido dinero de la caja pública lo retenía en su poder como aquel

² Ibidem pag 4.

que lo usara de otro modo que el encomendado. En cambio si lo que quedaba en poder del agente era puro remanente de caja, por que la suma no se gasto íntegramente, éste, en rigor, era el mero deudor privado del fisco. Por la Ley Julia después de un año esa suma adquiriría 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, mientras que los residuos acarrearán como castigo el pago de una tercera parte mas de los debido.

LA REGLA DEL RIESGO.- Esta regla fue expuesta por Lebeón 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. En ella se excluye el Peculado que queda definido así: hurto de dinero público o sagrado no cometido por aquel a cuyo riesgo estuvo.

Ha sido destacada 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 ha sido examinada 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.

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

1.2.-EL DELITO DE PECULADO EN ESPAÑA.

LEY DE PARTIDAS

En España en las Partidas esta delincuencia fue mirada primordialmente como una ofensa a la autoridad real. En este cuerpo de legislación encontramos supuestos de Peculado y de residuos, siendo de destacar el dinero tratamiento en cuanto a la pena. Se exigía una condición personal especial en el sujeto activo, pues se hablaba del despensero del Rey, y se hacía referencia a la infidelidad del mismo, ya que aquel que realizase las conductas ahí descritas “non fase furto, pero fase muy gran yerro, posponiendo la pro de su señor, por la suya misma.

Conforme a dichas leyes debía morir no solo 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 maravedis del rey o de un consejo sino también aquel o aquellos que les prestara ayuda o consejo o los encubrieran.

RESIDUOS.- En cambio aquellos a quienes se les hubiera encomendado realizar un pago y no lo hicieran o bien no aplicaran los fondos con arreglo a lo encargado aparecen diferenciados de los anteriores en cuanto solo se les aplicaban sanciones de orden pecuniario.

En la Novísima Recopilación se vuelve a la protección del patrimonio público sin exigir condición personal alguna.

En los tres siglos de nuestra época Colonial la Historia nos relata los llamados “juicios de residencia” y “a visita”.

El Autor Raúl F. Cárdenas historiador y Maestro, sobre la historia de nuestro Derecho Toribio Esquivel Obregón menciona "los dos procedimientos que la Corte Española había establecido para asegurar la responsabilidad de los funcionarios en concreto. La segunda era secreta y abarcaba a todos los funcionarios de una región o provincia. Ninguno de ellos en particular sabía si se le hacían cargos de qué ni por qué, ni aun después de que se le encontraba culpable y se le sentenciaba.

1.3.-EL DELITO DE PECULADO EN ARGENTINA.

El primer antecedente argentino que conocemos y el único de carácter constitucional se halla en la Constitución de 1819, artículo 8º que reconoce a la Cámara de Representantes "el derecho privativo de acusar de oficio o a instancia de cualquier Ciudadano a los miembros de los tres grandes poderes o a los Ministros de estados, enviados a las cortes extranjeras, arzobispos u obispos, generales de los ejércitos, gobernadores y jueces de las provincias y demás empleados de no inferior rango a los nombrados, por los delitos de traición, concusión, malversación de los fondos públicos, infracción de la Constitución u otros que según las leyes merezcan pena de muerte o infamia".

Esta Cláusula de la Constitución de 1819 presenta el inconveniente de no discriminar los delitos ya que se enumera simplemente con el propósito de dar cabida a las represión de todos los casos en que un funcionario ejecuta actos de carácter delictuoso en perjuicio de la sociedad o del estado, pero al mismo tiempo tiene la ventaja de presentar el problema global a tono con la realidad de suerte que con el nombre de concusión o malversación de los fondos públicos se abarca en conjunto al Peculado.

Los especialistas en Derecho penal distinguen la concusión del cohecho, la exacción ilegal, la malversación de fondos y hasta se puede incluir el soborno como un aditamento extrajurídico. Sin embargo el Peculado es y debe ser un concepto mas genérico y comprensivo exigido por las características de nuestro tiempo.

El proyecto del Código Penal del Doctor Carlos Tejedor iniciaba la legislación penal en nuestro país con un título destinado a "fraudes y exacciones y en eso incurría el empleado que en forma arbitraria exigiera una contribución o cometiera otras exacciones" aunque fuere en provecho público. Esta nomenclatura del Doctor Tejedor nos parece correcta como lo hemos sostenido al observar que no es exacción ni puede serlo el cobro o recaudación de impuestos, derechos, tasas, etc. Para el Doctor Tejedor no hacía falta decir "exacción ilegal" y creemos que estaba en lo justo. En la nota correspondiente agregaba el Doctor Tejedor:

"La concusión es un delito complejo que se compone de dos actos distintos: el abuso de poder que es el medio y la sustracción de dinero que es el fin"³.

Advertimos que el Doctor Tejedor percibe la dificultad de ceñirse a una calificación específicamente discriminada en esta clase de delitos y al decir que la concusión es un delito complejo lo identifica con el Peculado entendido en su sentido mas lato.

El 25 veinticinco de septiembre de 1941 un eximio penalista Argentino presentó en la cámara de Diputados de la República Argentina un proyecto de Código Penal que es, a nuestro juicio un antecedente singularmente valioso que ojalá fuese tenido en cuenta para la solución del problema que nos ocupa.

³ Enciclopedia Jurídica Omeba; tomo XXI, Editorial Ancafo S.A, Buenos Aires, pág 947.

El Doctor José Peco, profesor de las universidades de Buenos Aires y la Plata ha puesto una atención especial en lo relativo al enriquecimiento ilícito y en general a los delitos contra la administración convencido de lo que mencionamos anteriormente: que es necesario adecuar la legislación penal a las exigencias de nuestra realidad tal como es y no como deseáramos que fuese. El título III de su proyecto está destinado a "Delitos contra la administración pública" y el capítulo 1º de este título lleva como epígrafe "Delitos contra los deberes de la función Pública" y contiene: artículo 323 sobre "enriquecimiento ilícito"; artículo 324 sobre la presunción de enriquecimiento ilícito; 328 "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas"; 329 Peculado; 330 "Peculado por aprovechamiento del error ajeno"; 331 "Peculado por culpa"; 332 "malversación"; 333 "disposiciones comunes al Peculado y a la malversación"; 334 "exacción"; 335 "concusión". Como se ve aquí la figura una minuciosa discriminación y clasificación técnica de todos los delitos que se pueden cometer contra la administración pública y en violación de los deberes que impone el ejercicio de la función pública.

El Doctor Peco en su proyecto del Código Penal define y caracteriza separadamente el enriquecimiento ilícito, el cohecho en sus distintas formas, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, el Peculado (por aprovechamiento del error ajeno o por culpa), la malversación, la exacción y la concusión.

AL OCUPARSE DE PECULADO DICE:

ARTICULO 329. Al funcionario público que se apropiare, en beneficio propio o ajeno de dinero u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación o custodia esté encargado en virtud de sus funciones se le aplicará privación de libertad de uno a diez años e inhabilitación absoluta perpetua".

“Si concurrieren circunstancias extraordinarias de menor peligrosidad, la sanción aplicable será de seis meses a tres años”

ARTICULO 330. Al funcionario público que en ejercicio de su cargo aprovechándose del error de otro recibiere o retuviese indebidamente, en beneficio, propio o ajeno, dinero u otra cosa mueble se le aplicara privación de libertad de seis meses a tres años”.

ARTICULO 331. Al funcionario público que por culpa, diere ocasión a que se cometiere por otra persona la apropiación de dinero de que trata el artículo 329 se le aplicara multa de cien a mil pesos”.

¿Peculado o enriquecimiento ilícito? Es posible que con una rigurosa técnica legislativa de carácter penal, como lo hace el Doctor Peco se pudiera enumerar como delitos específicos claramente configurados, uno de los hechos o mejor aun de las formas que reviste el enriquecimiento ilegítimo de los magistrados o funcionarios, pero desde un punto de vista institucional y ante la necesidad de abordar las mayores sutilezas empleadas contemporáneamente para ese enriquecimiento, la voz o vocablo Peculado nos parece lo mas conveniente y adecuada a la finalidad ética que la técnica del derecho debe cumplir si le asignamos la acepción del enriquecimiento ilegítimo.

La verdad es que el enriquecimiento indebido o ilícito de los funcionarios escapa hoy al círculo cerrado de las calificaciones jurídicas tradicionales y usuales, El Peculado puede no ser concusión propiamente dicha, ni exacción, ni malversación, ni cohecho y esto lo han demostrado y siguen demostrándolo los tiranuelos de nuestra América. No es necesario dar nombres por que eso es del dominio Público por mucha que sea la propaganda de los Dictadores a su favor y en encubrimiento de las grandes

empresas periodísticas y de noticias al servicio del dinero precisamente del dinero obtenido mediante Peculados.

En el lenguaje vulgar se emplea el calificativo de "negociado" para cualquier negocio ilícito efectuado desde la función pública o con la complicidad de los funcionarios públicos. El tiempo en que vivimos demuestra que se pueden hacer grandes negocios en nombre del Estado y beneficiarse con ellos indebidamente, delictuosamente. El ejemplo diario nos demuestra que el movimiento del dinero de una nación deja muchas veces una parte de éste en las manos de quienes lo manejan, como en aquel cuento oriental de un individuo poseedor de una vasija que prestaba a un vecino y como sabía que este vecino la utilizaría para medir cantidades de monedas, untó con pez el fondo del recipiente a fin de que en cada oportunidad quedaran adheridas una parte de las monedas con la que se beneficiaba fraudulentamente.. Además la "coima" es una institución común a todos los países del mundo y por desgracia muchos funcionarios de nuestra América Latina que gestionan negocios en Europa o en Estados Unidos en nombre de sus respectivos Estados tiene fama de recibirla desaprensivamente y en forma tan regular que los comerciantes e industriales vendedores tienen ya su contabilidad establecida en ese sentido con el nombre de "comisión" que la agudeza popular ha convertido humorísticamente en "comisión"

Enriquecimiento ilegítimo, mejor que ilícito. Ahora que hemos dicho enriquecimiento ilícito observamos que el Peculado y la concusión son algo más que eso, son enriquecimiento delictuoso. Debemos hacer el distinguo entre ilicitud y delincuencia; en este caso es necesario porque no se trata de una simple irregularidad susceptible de anulación sino de un delito pasible de represión y de restitución para el Estado de los bienes mal habidos.

El "crimen repetundarum" de los romanos nos llevaba implícita la repetición o exigencia de restitución de los mal habido, pero eso no basta sin duda. Es necesario abarcar el problema en todos sus aspectos y consecuencias tal como ha sido planteado internacionalmente en el II Congreso Interamericano pro democracia y Libertad por el Doctor Gonzalo Barrios Diputado al Congreso nacional y ex ministro de relaciones exteriores de Venezuela.

Insistimos pues, en que el Peculado no es un delito político pero afirmamos que tampoco es un delito común. Un anterior Código Penal argentino dedicaba un capítulo especial a Delitos Peculiares a los empleados públicos y lo mismo hacen muchos otros Códigos conocidos. En efecto se trata de delitos que por su naturaleza revisten mayor gravedad moral que los delitos comunes y que los delitos políticos, Presentan una fisonomía particular. Son actos ejecutados bajo la apariencia de autoridad en el ejercicio de una función o tarea en nombre del estado y en representación de la sociedad. El simple abuso es ya un delito pero cuando ese abuso se comete para enriquecerse en cualquier forma que sea adquiere proporciones imprevisibles. El empleado o funcionario utiliza el poder o la presunción de poder o de autoridad como agente oficial del principio de autoridad y lo hace precisamente mediante actos que adulteran ese principio que lo convierten en algo bastardo y repugnante a mas de que en vez de perjudicar a un individuo determinado o de afectar un interés particular perjudica a la sociedad entera y afecta al interés común, lo que significa multiplicar indefinidamente la gravedad del delito y de sus consecuencias.

El Derecho Civil dentro del ámbito del derecho privado y en relación con intereses de carácter patrimonial cabe el enriquecimiento ilícito como una de las formas de enriquecimiento o provecho injusto o indebido o sin causa global y genéricamente consideramos como susceptibles de anulación e incluso de justificar la restitución.

Eso nos induce a oponer reparos a la calificación de enriquecimiento ilícito lo mismo si se trata de un delito peculiar a empleados públicos que si es pura o simplemente "delito contra la administración", no importa quien sea la persona que en él interviene. Tanto en uno como en otro caso el enriquecimiento indebido es delictuoso pero comprendemos que no está de más prever los casos en que el enriquecimiento se logra mediante actos que por si mismos no son delitos y el enriquecimiento debe ser penado siempre que sea fruto de una indebida utilización del poder o de la autoridad sea directa o indirectamente como lo prevé el Doctor Peco en la redacción de su proyecto acaso convendría asumir una actitud mas elástica para que sea mas comprensiva de la realidad, no atenerse a la aconsejable sobriedad y precisión en la calificación de delitos cuando se apliquen al derecho en el plano intelectual. Se podría hacer la calificación enunciándolo, así por ejemplo enriquecimiento, provecho o lucro ilegítimo contra la administración o en perjuicio de ella. Eso tendría la ventaja de abarcar todas las formas de delito que pueden cometer las personas que sean funcionarios, empleados o particulares. Luego cabría la discriminación y gradación de la pena en relación con el delincuente agravada por su condición de empleado o funcionario y proporcionalmente a la elevación de su jerarquía.

En esto consiste concretamente la conclusión a que arribamos y nuestra contribución a la nueva técnica del Derecho Penal internacional con el propósito de dar solución al problema contemporáneo de lo que en términos generales se podría enunciar como el Peculado problema de nuestro tiempo.

La pena para el Peculado o el enriquecimiento ilegítimo. Esto nos conduce a sostener que también es necesario contemplar con otro criterio que aquel que inspira la legislación vigente el problema de la pena para esa clase de delitos. Debemos reconocer el acierto de la Constitución de

1819 cuando daba por sentado que el delito de concusión y de malversación de fondos suponía la pena de muerte o de infamia.

La pena con que los Códigos Penales de algunos de los estado de la República Mexicana reprimen el delito de Peculado, concusión, exacción, malversación son absurdamente leves. Que se gradúa como corresponde en relación con la importancia del cargo y la responsabilidad a él inherente cuando se trate de empleados y funcionarios como asimismo en relación con el monto de lo delictuosamente obtenido me parece que sea tal que sirva de escarmiento para ahora y para siempre, en virtud de la múltiple lesión que produce. De lo contrario nos haremos cómplices de la corrupción que amenaza extenderse y hundimos

Cuando el delincuente no es un humilde empleado sino uno de esos poderosos dictadores o tiranos que desgraciadamente conocemos entonces ellos descuentan su absoluta irresponsabilidad actual al mismo tiempo que confía en la mala memoria de los pueblos, desgraciadamente inclinados a la competencia cuando llega la hora de juzgarlos, si han tenido la habilidad de realizar obras materiales que sirven de testimonio favorable a sus autores. Hasta se dice "esto lo hizo fulano" como si se debiera a su esfuerzo personal y lo que es mas extraño a su personal sacrificio.

Ya hemos demostrado que el Peculado no es un delito político. Lo mismo podemos decir de la traición y de la felonía que reviste los mismos caracteres morales. Esto nos permite arribar a la conclusión de que tenemos el apoyo muy respetable de la Constitución de los Estados Unidos para afirmar que de todos los que se pueden cometer, los que mas se justifican la extradición antes interestatal, ahora internacional son los delitos cometidos en perjuicio del estado o de la sociedad; no de la persona de los gobernantes, que pretenden ejercer la representación de uno u otra y hasta de

identificarse con ambos; sino de la sociedad o el estado, repetimos tal como resulta de su estructura jurídico-institucional.

1.4.- EVOLUCION HISTORICA DEL PECULADO EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA.

En este apartado analizaremos de manera rápida los antecedentes del delito de peculado en México, realizando un recorrido por los diversos códigos penales mexicanos que incluían en su catálogo de delitos al peculado, efectuando una comparación (diferencias y similitudes) del tipo de peculado en las diversas legislaciones.

1.4.1.-EL PECULADO EN EL CODIGO DE 1871.

El ilícito de Peculado en este ordenamiento se trataba en el título decimoprimer "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones", capítulo V, junto con la concusión del artículo 1026 al 1031.

Se señalaba que cometía 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 propios o ajenos, distraiga de su objeto dolosamente el dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente a la Nación, a un Municipio o a un particular, si por razón de su encargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por cualquiera otra cosa (artículo 1026).*

No servía de excusa el haber hecho la distracción con ánimo de devolver, con réditos o frutos, aquello de lo que se dispuso (artículo 1027).

Como situación atenuante, se estipulaba el hecho de que el agente devolviera, lo sustraído dentro de los tres días siguientes al descubrimiento del ilícito, reduciéndose la pena a un arresto menor. Si la devolución la hiciera después de este término y antes dictar sentencia definitiva, la pena se reducía a la tercera parte (artículo 1030). Finalmente el conato de Peculado se sancionaba con pena de destitución del empleo (artículo 1031).

Aquí en lo referente a este Código cabe mencionar que desde este ordenamiento jurídico el delito de Peculado se encontraba dentro del título "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones" por lo que es importante soslayar que la calidad de funcionario público era para aquellas personas que trabajaban o prestaban sus servicios a favor del Estado, es decir que teniendo a su cargo algunos bienes o propiedades pertenecientes al estado aprovechaban la calidad que el mismo estado les encomendaba como Servidor Público para poder ejercer su función de manera corrupta. También lo es que para que se acreditara el Peculado o para que se considerara como tal no era necesario que especialmente se encontraran trabajando como funcionarios Públicos, es decir que el mismo delito lo podía constituir cualquier persona quien en comisión y por tiempo limitado distraía de su objeto dolosamente el dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente a la Nación, a un Municipio o a un particular, es decir que tampoco era necesario que la distracción fuera para usos propios sino también lo es que trabajara para alguna persona.

1.4.2.-EL PECULADO EN EL CODIGO DE 1929.

Es muy importante mencionar que el delito de Peculado no se encuentra en un capítulo exclusivo dentro del título noveno de este capítulo "de los delitos cometidos por funcionarios públicos". En el artículo 577, dentro del capítulo de abuso de autoridad se localizaba el Peculado en la siguiente forma:

"Asimismo, el funcionario que abusando de su poder, hiciera que se le entregaran algunos fondos, valores u otra cosa que no se le hayan confiado a él, y se los apropiara o dispusiera de ellos indebidamente por un interés privado sea cual fuere su categoría, aplicándole las sanciones de robo con violencia, destitución de su empleo o cargo e inhabilitación para obtener otro" (artículo 577)⁴.

Aquí a diferencia del Código Penal de 1871 en donde se encontraba el Peculado en el capítulo de los delitos cometidos por Funcionarios Públicos en ejercicio de sus funciones" en este Ordenamiento se encontraba dentro del capítulo de abuso de autoridad .

Es importante mencionar que en este Código Penal el Delito de Peculado no era encontrado como tal ya que del delito de abuso de autoridad se desprendía tal y como lo señala el artículo 577 del Código Penal la calidad de Funcionario Público y se distinguía de los otros Códigos Penales ya que se utilizaba la palabra "abusando" que desde mi muy particular punto de vista sería un calificativo que debiera encontrarse en los diversos delitos cometidos por funcionarios Públicos ya que si bien es cierto que el Estado les concede la calidad de funcionario Público también lo es que estos aprovechándose de tal calidad es como dolosamente se aprovechan de las

⁴ LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO. *Delitos en Particular*, Quinta Edición, tomo II, Editorial Porrúa, México 2000, pag. 524.

circunstancias para hacerse de cantidades elevadas o propiedades pertenecientes al Estado.

Otra importante característica que encontramos dentro de este Código Penal es que aun teniendo la calidad de funcionario Público los bienes o fincas, valores etc," no se le hayan confiado a el"

1.4.3.-EL PECULADO EN EL CODIGO DE 1931.

En el texto original del título décimo "Delitos cometidos por funcionarios públicos" capítulo V encontramos el delito de Peculado junto con el de concusión del artículo 219 al 221.

Cometía delito de Peculado toda persona encargada de un servicio Público aunque fuera en comisión por tiempo limitado y no tuviera el carácter de funcionario que para sus usos propios o ajenos distrajera de su objeto el dinero, valores, fincas o cualquiera 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 deposito o por cualquiera otra causa (artículo 220).⁵

La sanción correspondiente a este hecho delictivo era de seis meses a doce años de prisión, multa de diez a tres mil pesos y destitución de empleo o cargo e inhabilitación de dos a seis años (artículo 219).

Se atenuaba la pena de uno a seis meses sin perjuicio de la destitución, inhabilitación y de la multa correspondiente cuando el agente del delito devolviera lo sustraído dentro de los diez días siguientes de cuando se descubrió el ilícito (artículo 221)

⁵ Idem.

Aquí en esta Código regresamos al lugar de donde se debe desprender el delito de Peculado que es en el capítulo de los delitos cometidos por Servidores Públicos y se agrega la conducta de "encargada de un servicio Público" que significa aquella persona que teniendo aunque no sea directamente la calidad de Servidor Público, ya que como lo menciona el mismo artículo "toda persona encargada de un servicio Público aunque fuera en comisión por tiempo limitado y no tuviera el carácter de funcionario"; la misma se encuentra encargada de un servicio Público y que cuya finalidad de dicha institución es satisfacer de manera regular, continua y uniforme las necesidades Públicas de carácter esencial, básico o fundamental de la sociedad.

En cuanto a la penalidad que se establece en este Código de igual manera se castigaba con Inhabilitación ó destitución de su cargo o empleo, pero aquí a diferencia que en el anterior Código ya se da la figura de las atenuantes ya que como lo menciona el mismo artículo "***Se atenuaba la pena de uno a seis meses sin perjuicio de la destitución, inhabilitación y de la multa correspondiente cuando el agente del delito devolviera lo sustraído dentro de los diez días siguientes de cuando se descubrió el ilícito (artículo 221)***".

1.5.-CONCEPTOS BÁSICOS.

En éste capítulo analizaremos los conceptos indispensables que se requieren para una mejor comprensión del tema a estudio, estos conceptos nos darán mayor conocimiento respecto a los elementos que integran el delito de peculado.

1.5.1.-CONCEPTO DE PECULADO

El vocablo Peculado, proviene del latín **peculatus, de peculium, caudal**. El sentido gramatical, se puede considerar como la sustracción de caudales del erario Público, efectuada por aquel a quien se le ha confiado su administración⁶.

La etimología del nombre es **peculare, robar el peculio ajeno**. La raíz común de peculio y de pecunia (dinero) es **pecus**, ganado, sinónimo de riqueza en pueblos como el romano que fundaban su ordenamiento económico de modo principal en el pastoreo.

En el Diccionario Jurídico se considera al Peculado como la "sustracción de caudales del erario, hecha por las mismas personas que los manejan".

Peculado (**peculat Amtsunterschlagung**), dice Maggiore es la apropiación de dinero o de alguna cosa mueble, pertenecientes a la administración Pública, cometida por un funcionario Público o por el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo está en posesión de esos bienes⁷.

Para el autor Ranieri considera: "el Peculado es la apropiación o distracción voluntarias, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración Pública, por parte de un funcionario Público o del encargado de un servicio Público que está en posesión de ellos por motivos de su cargo o servicio".

⁶ Ibidem. Pág. 517.

⁷ GIUSEPPE MAGGIORE. *Delitos en Particular, Parte Especial*, Segunda Edición, Volumen III, Editorial Temis, Bogota Colombia, 1989, pág. 160.

Para Díaz de León el Peculado es un "delito cometido por quien siendo servidor Público distrae de su objeto para usos propios o ajenos los caudales, inmuebles o afectos 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 depositado en el funcionario".

Una vez analizadas las diversas definiciones que los doctrinarios emiten acerca del Peculado, en nuestra opinión consideramos que el Peculado viene a ser el ilícito, por medio del cual un servidor Público o un sujeto obligado a la custodia de bienes Públicos, los distrae de su objeto para su beneficio o de sus allegados o para causar daños a terceros.

1.5.2.-CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO.

De acuerdo a los que establece el artículo 212 del Código penal Federal: "Es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal..."

El 28 veintiocho de Diciembre de 1982 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación ciertas reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a otros ordenamientos con el propósito de

renovar las bases legales y prevenir y sancionar la corrupción en el servidor Público.

Una de estas reformas es la que se refiere al tratamiento Constitucional del término Servidor Público que desde esa fecha debe aplicarse a todos aquellos que han sido nombrados para desempeñarse laboralmente en cualquiera de los órganos Públicos de Gobierno“... independientemente de su jerarquía, rango, origen, o lugar de empleo, cargo o comisión.

El propósito de esta reforma fue dar un trato igualitario en la ley a los Servidores Públicos y suprimir la idea de fueros, tribunales o privilegios especiales; en este orden de ideas, el artículo 108 de nuestro máximo ordenamiento señala, en forma enunciativa, que deben ser considerados como servidores Públicos:

1.- Los Representantes de elección popular como: el Presidente de la República, los Senadores propietarios y suplentes al Congreso de la Unión, los Diputados propietarios y suplentes al Congreso de la Unión, los miembros, propietarios y suplentes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

Aunque el dispositivo que se comenta establece en forma general que son servidores Públicos los Representantes de elección popular, sin precisar si lo son también los suplentes de los diputados y miembros de la Asamblea de Representantes, estimo que deben ser considerados como tales en virtud del nombramiento que tiene su origen en la voluntad popular, sin importar que sus funciones estén latentes por la naturaleza de su suplencia; es decir son servidores Públicos que no se encuentran en el ejercicio de sus funciones y por tanto carecen de responsabilidad legal, en este sentido, mientras no suplan al que tiene el cargo de propietario.

2.- Los miembros del Poder Judicial de la Federación como : los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Magistrados Unitarios y Colegiados de Circuito y los Jueces de Distrito.

3.- Los miembros del Poder Judicial del Distrito Federal como: los Magistrados del Fuero Común del Distrito Federal, Los Jueces del Fuero Común del Distrito Federal, y los Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal.

4.- En el Instituto Federal Electoral, el Consejero Presidente, los Consejeros Electorales y el Secretario Ejecutivo.

Los restantes funcionarios, empleados y trabajadores del Instituto Federal Electoral no pueden ser considerados como Servidores Públicos en atención a la naturaleza política y jurídica del Instituto, en tanto que si bien es cierto que es un organismo autónomo de carácter político con personalidad jurídica y patrimonio propios, también lo es que no forma parte de la Administración Pública Federal, ni de ningún otro órgano de Gobierno. En la integración del Instituto Federal Electoral, órgano que es la máxima autoridad en la materia, participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos y los Ciudadanos. De esta forma se deben considerar como servidores Públicos de dicho instituto solamente a aquellos que guardan relación laboral con los órganos de Gobierno por haberla formalizado previamente al ostentar el carácter de Representantes populares, exceptuando desde luego, los integrantes de los Partidos Políticos y a los Ciudadanos.

Por lo que deben de ser considerados como Servidores Públicos todas aquellas personas que como funcionarios, empleados o

trabajadores de base desempeñan un empleo, cargo o comisión en el Poder Judicial de la Federación, en el Poder Judicial del Distrito Federal, en el Poder Legislativo Federal, y en la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, además de los senadores, diputados y asambleístas respectivamente que integran estos órganos Públicos así como los que desempeñan un empleo cargo o comisión en la Administración Pública Federal y en la del Distrito Federal; es decir los que están adscritos en ambos casos al poder Ejecutivo. Por lo que corresponde a los Servidores Públicos de las entidades que integran el pacto Federal, sus respectivas Constituciones y Leyes reglamentarias deben precisar en los términos del numeral 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para los efectos de sus responsabilidades el carácter de quienes desempeñan un empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios.

Los ordenamientos Legales federales que regulan substantivamente la conducta del Servidor Público no definen lo que debe entenderse como tal pero si enuncian a quienes les debe de dar tal carácter; por tal razón es necesario recurrir a las correspondientes leyes orgánicas o reglamentos inferiores de cada potestad pública, o en su caso a los de las dependencias o entidades de que se trate.

El criterio para definir el término Servidor Público tiene su fundamento en la formalización de su relación laboral con el Estado y no así en la prestación de un servicio Público, en tanto que no todos los servicios públicos son brindados por servidores Públicos y no todos los servidores Públicos los proporcionan. En estricto sentido, la función formal de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial que se traducen en definir controversias entre particulares mediante una sentencia que se aplica al caso específico no es un servicio Público como tampoco es la formalización y expedición de leyes por parte del poder Legislativo.

Con base a lo anterior se debe considerar como Servidor Público a aquella persona física que ha formalizado su relación jurídico laboral con el estado mediante un nombramiento previamente expedido por el órgano administrativo competente o en su defecto que figura en las listas de raya de los trabajadores temporales y que legalmente lo posibilita para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el Gobierno Federal, en el Gobierno del Distrito Federal, en los Gobiernos Estatales o en los Gobiernos Municipales.

La conceptualización del término Servidor Público obedece a la necesidad de identificar a las personas físicas que desempeñan un empleo, cargo o comisión en las diferentes esferas de gobierno para así poder demandar dentro del marco legal fijado el cumplimiento de las obligaciones que le son inherentes⁸.

1.5.3.-CONCEPTO DE ORGANISMO DESCENTRALIZADO.

Según el Diccionario de la Lengua Española, una de las acepciones de órganos es "persona o cosa que sirve para la ejecución de un acto o un designio". Jurídicamente, el órgano es parte e instrumento de las personas morales que se compone de personas a las que la ley atribuye una cierta esfera de competencia. Administración, según el propio diccionario significa gobernar, regir, cuidar.

Los organismos descentralizados presentan diferencias importantes en lo que se refiere a sus órganos de administración y Gobierno pues por no estar organizados bajo la forma de sociedades mercantiles, carecen de una asamblea general de accionistas, puesto que no hay

⁸ ORTIZ SOLTERO, SERGIO MONSERRIT. *Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos*. Editorial Porrúa, México 1999, pág 5.

accionistas ***Y EL UNICO QUE PARTICIPA EN ELLAS ES EL ESTADO y su máxima autoridad está representada por una junta directiva, junta de Gobierno u otro órgano similar siempre de naturaleza colegiada en el que participan distintos servidores Públicos y que en términos generales podemos asimilar al Consejo de Administración de una sociedad mercantil .***

1.5.4.-CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN.

El concepto jurídico de Administración compete a diversas ramas del derecho tanto público como del privado. Así los Constitucionalistas denominan "poder administrador" al poder Ejecutivo. Y en sentido mas lato, es administrador todo funcionario ó cuerpo colegiado que tiene a su cargo un sector de la administración pública⁹.

La administración puede considerarse en sentido técnico o sentido jurídico; tambien se distingue entre actos materiales de administración (por ejemplo, pintar una casa, cuidarla, cobrar el precio, invertirlo a nombre del propietario).

Naturaleza del acto de administrar. La función de Administración participa de la naturaleza del Mandato, pues si el administrador actua en nombre y por cuenta ajena y es responsable ante su comitente. En algunas hipótesis puede lindar con los conceptos de cuasicontrato en general y de gestión de negocio mas específicamente.

Atendiendo a su origen, la administración puede ser convencional o contractual (por ejemplo el administrador de propiedades que celebra un contrato de derecho civil) cuasi contractual (por ejemplo el gestor

⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1994, pag 112.

de negocios), legal (por ejemplo el padre que administra los bienes de sus hijos, el tutor legítimo, y quien actúa frente a una administración Pública, etc), o judicial (síndico de la quiebra; interventor judicial de una empresa; albacea designado judicialmente).

1.5.5.-CONCEPTO DE DEPOSITO.

La palabra depósito proviene del latín *depositum* que se deriva a su vez de *deponere*. El Código Civil en su artículo 2516 lo define como un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble o inmueble que aquél le confía y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante. El legislador de 1928 quiso quitarle al depósito el carácter de contrato real, al definirlo como obligatorio y extendió el contrato abarcando no sólo los muebles sino también los inmuebles. Un elemento fundamental en el contrato de depósito; el depositario se obliga a custodiar para restituir. La obligación de custodiar es la característica fundamental del depósito, si bien la encontramos en otras figuras contractuales. Así el mandatario, el comodatario y el arrendatario tienen la custodia de las cosas que se le confía, pero en estas figuras contractuales la custodia es tan sólo una obligación, en tanto que en el depósito el custodiar constituye la obligación fundamental

El fundamento general del contrato del depósito es el de libertad de contratación, y en específico su fundamento es satisfacer la necesidad del depositante cuando por atenciones preferentes se ocupa de otras cosas o tiene que trasladarse a otros lugares a cuyo efecto encarga el cuidado de sus cosas sin abandonarlas y, por esta razón el depósito surge fundándose en la honradez y buena fe del depositario y en la confianza ilimitada que de él tiene el depositante. Es por esta circunstancia que si bien como veremos surgen obligaciones en el depositante y en el depositario, el contrato de depósito es sinalagmático o bilateral pues hay la obligación

fundamental del depositario de custodiar para restituir la cosa mueble o inmueble que el depositante dejó bajo su custodia, y no queda exento de esta obligación aunque el depositante no le cubra los gastos que haya hecho en la conservación del depósito o que no haya pagado los perjuicios a no ser dicen los artículos 2532 y 2533 del Código Civil que el depositario para asegurarse del cumplimiento de las expensas y del pago de los perjuicios, pida judicialmente el aseguramiento mas entonces ya no estamos en presencia de un contrato sino de un acto judicial.

En cuanto a las clases de depósito éste puede ser extrajudicial es decir de derecho común y judicial mas en este caso recibe el nombre de secuestro. A la luz del artículo 2517 del Código Civil el depósito es oneroso pero puede ser gratuito. Los estudiosos distinguen también entre depósito voluntario que satisfaría los extremos de la definición del artículo 2516 del Código Civil y depósito necesario o miserable cuando es producto de una voluntad que la ley presupone como en el caso del incendio, inundación o cualquier otro desastre, pues en estas hipótesis el consentimiento presunto se basa en cuanto al depositante, en la regla de que todo el mundo quiere que lo favorezca y en lo que se refiere al depositario en la sabia disposición de que no quieras para otro lo que no quisieras para ti mismo.

Finalmente se distingue el depósito regular del irregular, siendo el primero aquel en el que no se señala tiempo ni duración facultándose el depositante para exigir la restitución cuando la pida. El depósito irregular es aquel en el que se faculta el depositario para usar la cosa depositada; entregando otra en su lugar en este caso se asemeja al contrato de mutuo, pero se distingue de él en que éste se constituye a beneficio del mutuario en tanto que el depósito irregular se constituye en beneficio del depositante.

La capacidad que se exige a las partes en el contrato de depósito es la capacidad general para contratar, pero se otorga una mayor latitud extendiéndose las obligaciones del depósito incluso a los incapaces por que si lo fuera el depositante el depositario no podría alegar la anulabilidad del contrato, y si el incapaz es el depositario éste no podrá eximirse de restituir la cosa depositada si la conserva aun en su poder o el provecho que hubiere recibido de su enajenación pues la base del contrato como se ha dicho es la confianza.

En cuanto a las obligaciones las del depositario son, las de guardar la cosa depositada; restituirla cuando se la pida el depositante aunque al constituirse el depósito se hubiese fijado plazo y éste no hubiere llegado. La restitución debe hacerse con todos los productos y accesorios, si el objeto ha sido recibido cerrado se restituirá en la misma forma. El objeto debe restituirse al depositante o a sus causahabientes o a la persona designada por éstos y debe hacerse en el lugar señalado siendo a cargo del mismo los gastos de la entrega. Por esta circunstancia el depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos de conservación e indemnizarlo de los perjuicios sufridos.

1.5.6.-OTRAS CAUSAS.

Es de señalarse que el mismo artículo 223 del Código Penal Federal en su fracción I concluye su descripción típica señalando "... si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, depósito **ó por otra causa;**" Y en este sentido señalaremos que esta última hipótesis de *por otra causa* se refiere únicamente al acto de recepción que hace el Servidor Público, dejándonos abierta la puerta para adecuar cualquier acto a esta hipótesis, es decir, el tipo primeramente nos enuncia que la recepción de la cosa debe ser en administración ó en depósito, sin embargo al incorporar la frase *ó por otra causa* pretende ampliar típicamente la conducta respecto a las

causas por las cuales el Servidor Público recibe las cosas, pudiéndose concretar la conducta aun cuando la recepción de la cosa no haya sido en administración o en depósito.

CAPITULO II

CLASIFICACION DEL DELITO DE PECULADO.

En este sentido diremos que el delito de Peculado se clasifica de diversas formas, las cuales analizaremos en los párrafos subsiguientes:

2.1.- CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN ORDEN AL TIPO DE DELITO.

Ahora bien tenemos que los tipos penales se pueden clasificar de diferentes formas atendiendo a:

2.1.1- EN ORDEN A LA AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO.

De acuerdo a la clasificación consistente en la afectación del Bien Jurídico, el delito puede ser de Lesión o de peligro.

2.1.1.1- De lesión.

Tipos de delito de lesión. En estos delitos la conducta típica genera la afectación por vía de la destrucción, disminución o molestia de un bien jurídico.

2.1.1.2.- De peligro.

Tipo de delito de peligro. Estos tipos no previenen una conducta materialmente lesiva a un bien jurídico, sino que se configuran con la sola puesta en peligro del mismo. Entendiendo por peligro el grado de probabilidad en la causación de la lesión a un bien jurídico.

En este sentido estamos hablando que el delito de Peculado es un de lesión ya que con la comisión de esta conducta delictiva se afecta el bien jurídico tutelado como lo es la **SEGURIDAD EN LA CORRECTA ADMINISTRACION DEL SERVIDOR PUBLICO.**

2.1.2.- EN ORDEN A LA CONDUCTA DEL AGENTE.

Delitos de mera conducta. El legislador se limita a describir la acción o la omisión. Por lo mismo, esta clasificación en orden a la conducta del agente, a su vez, se divide en:

2.1.2.1.- Delitos de Acción.

Delitos de actividad simple. Estos delitos que se configuran por vía de acción, es decir, por vía de la realización de la sola conducta, la cual, por sí, implica el delito (Vgr.: ataques a las vías de comunicación conformada por el hecho de conducir en estado de ebriedad con la violación de alguna infracción de tránsito). Son en los que se requiere el movimiento del sujeto, para cometer el ilícito, como lo sería el jalar el gatillo de una pistola, realizar el movimiento para clavar un puñal.

2.1.2.2.- Delitos de Omisión.

Son aquellos en los que se requiere la inactividad del sujeto, es decir, que deje de hacer lo que esta obligado. Y estos se subdividen en:

2.1.2.3.- Delitos de omisión simple.

Estos delitos constituyen figuras delictivas que se integran solo con el no hacer exigido por la ley penal que implica la conducta omisiva del deber jurídico, con lo cual el agente, no evita la lesión al bien jurídico protegido y la violación a la norma correspondiente, sin que sea necesaria la producción de resultado alguno, o bien, el resultado, en su caso, será constitutivo de un delito independiente. (Vgr.: no socorrer o auxiliar a la persona que lo necesita en términos de lo dispuesto en la ley penal; y falta de asistencia médica oportuna que a su vez favorece la presencia de lesiones que ponen en peligro la vida).

2.1.2.4.- Delitos de Comisión por omisión.

Necesariamente como consecuencia, debe haber un resultado, por ejemplo, el guardavías no realiza el cambio de vías del tren, por tal razón chocan los trenes, entonces se castigará dicha omisión ya que se viola una ley prohibitiva¹⁰.

De esta manera señalaremos que la comisión por omisión, consiste básicamente en omitir hacer algo que el sujeto activo estaba obligado a realizar, es decir, se atribuye el resultado típico al activo que omitió impedirlo, cuando tenía la obligación de hacerlo, ya sea por ser garante del Bien Jurídico,

¹⁰ LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO. *Teoría del Delito*, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 1998.

ya sea porque atendiendo a las circunstancias estaba en posibilidades evitarlo, o porque su omisión es equivalente a una acción prohibida.

Para los efectos del presente trabajo estamos hablando que el delito de Peculado que establece el propio Código Penal Federal, es una conducta de mera acción, ya que con la sola conducta desplegada por el Servidor Público, trae como consecuencia la configuración de un delito.

2.1.3.- DELITOS DE RESULTADO.

Delitos de resultado. Estos delitos están caracterizados por la prohibición o mandato de una conducta, orientada a causar o evitar la producción de un resultado que es exigido por el derecho penal, pudiendo ser material o formal.

2.1.3.1.- Resultado Material.

Los delitos de resultado material, se caracterizan por el hecho de que no es suficiente la producción de la sola conducta prohibida u ordenada, sino que además es necesario que se produzca el resultado material típico y antijurídico (ejemplo, en el delito de homicidio una es la conducta ejecutada para causar el resultado de muerte, y otro es el resultado de muerte en sí mismo). Al derecho le interesa, tanto que no se realicen las conductas que pueden tener como consecuencia el resultado de muerte, como también que no se produzca los resultados de muerte en sí.

El resultado es una modificación del mundo externo o la mutación del mundo físico, que es relevante para el derecho penal, en la medida en que aparece prevista en la ley, y que aparece relacionado causalmente con la conducta prohibida u ordenada por la ley penal.

2.1.3.2.- Formal.

Los delitos de resultado formal son aquellos que para configurarse no requieren de ningún resultado, esto es, no requiere de ninguna materialización, por ejemplo el abandono de un niño, la portación de arma prohibida.

Así las cosas y por lo que hace al tipo penal que establece la fracción I del artículo 223 del Código Penal Federal, que es el delito de Peculado éste es de resultado material ya que como lo señala la propia legislación, la conducta del Servidor Público consiste en **“distraer para usos propios o ajenos”**, por lo que al hablar o al especificar la conducta distraer, esta trae como consecuencia un resultado material.

2.1.4.- POR SU DURACIÓN Ó CONSUMACIÓN.

Por su duración los delitos se clasifican en Instantáneos, permanente ó continuo y continuado.

2.1.4.1.- Instantáneo.

Tipo de delito instantáneo. Estos tipos previenen delitos cuyo resultado y lesión al bien jurídico penalmente protegido aparece producido de manera concomitante e instantánea con el momento de realización de la conducta típica que viola la norma, pudiendo implicar delitos de mera conducta, o bien delitos de resultado material. Aparecen previstos en el artículo 7, fracción I del Código Penal Federal.

En este grupo aparece una subespecie denominada delitos instantáneos con efectos permanentes, que son aquellos donde el resultado es instantáneo, pero sin embargo los efectos que produce es definitivo, como por ejemplo las lesiones calificadas que dejan cicatriz perpetuamente notable en lugar visible de la cara.

2.1.4.2.- Permanente ó continuo.

Tipo de delito permanente o continuo. Éste es un delito de tracto sucesivo; y es aquél en donde el resultado se prolonga en el tiempo, hasta que la realización de una nueva conducta da por terminado ese estado, generando la terminación del delito. Por ejemplo el delito de secuestro, la privación ilegal de la libertad, etc.

2.1.4.3.- Continuado.

Tipo de delito continuado. Aquí se trata de una ficción jurídica, en donde diversas conductas, cometidas en tiempos diversos, cada una de las cuales lesiva de un específico bien jurídico protegido, aparecen reguladas por el derecho como una sola conducta, por razón de la unidad en la intención criminosa del autor. En algunas legislaciones, esta figura del delito continuado exige la unidad en el sujeto pasivo, es decir, que las diversas conductas, unidas por la misma intención criminosa del autor, afecten a un solo pasivo; como también, en otras legislaciones se exige que el bien jurídico protegido sea de la misma especie. Como ejemplo daremos el fraude en el cual el activo se propone obtener de un mismo sujeto pasivo cierta cantidad de dinero de la que se allega mediante diversas conductas en diversos momentos, teniendo en este caso una unidad de propósito, otro ejemplo lo es el robo hormiga en el que el activo se propone apoderarse de una enciclopedia

completa, sustrayendo un día un tomo, al día siguiente otro tomo y así sucesivamente hasta obtener la colección completa.

Cabe hacer mención que esta figura no debe confundirse con el concurso de delitos, en donde aun cuando sea el mismo sujeto pasivo no existe unidad de propósito como lo sería la violación de una persona en diversas ocasiones y en diversas fechas en cuyo caso el propósito en una fecha es el violar a la víctima y en la fecha siguiente es el violarla de nueva cuenta, por lo que aun y cuando se trate del mismo delito y de la misma víctima estaríamos hablando de un concurso de delitos.

En fin, es evidente que lo que se procura en el tipo del delito continuado, es castigar con una sola pena aquellas conductas que aun siendo plurales responden a diseño criminoso único, en donde el agente quiere cometer una sola conducta delictiva, lo que supone una delimitación que no siempre resulta ser fácilmente identificable.

Por lo que para hacer mas clara la diferencia entre un delito continuado y un concurso de delitos diremos que se debe tener presente que el concepto del fin criminoso tiene que hacer referencia a un fin concreto aun y cuando se ejecuten diversos actos, se trata de la realización de un sola conducta delictiva por lo que estaríamos en presencia de un delito continuado; por lo que resulta evidente que la realización de diversas conductas delictivas con el objetivo específico de cometer cada una, o bien en relación con objetivos no pueden concretar la idea de que se trata de una única conducta, ante lo cual no serían constitutivas de un delito continuado, sino de un concurso real de delitos.

Por lo que respecta a esta clasificación diremos que el delito de Peculado pueda ser instantáneo ya que esta conducta en sí se puede consumir en el instante de la comisión del hecho delictivo, pero también puede

ser permanente o continuo ya que aunque va a ser la misma actividad desempeñada por el Servidor Público pero se puede prolongar en el tiempo, es decir el sujeto activo puede desempeñar varias conductas en diversos momentos, pero todas van encaminadas a un fin, que es el de distraer los bienes, valores, fincas etc, pertenecientes al estado y con esto vulnerar la Seguridad y la correcta administración del servidor.

2.1.5.- POR EL ELEMENTO INTERNO.

Por el elemento interno los delitos pueden ser :

2.1.5.1.- Dolosos.

Cuando el Sujeto activo tiene la plena y absoluta intención de cometer el delito, a sabiendas de que se trata de una conducta prohibida por la ley, es decir el sujeto conoce que se trata de un delito y aun así quiere y acepta cometer el delito y producir el resultado prohibido.

2.1.5.2.- Culposos.

Cuando el agente no tiene la intención de delinquir, pero actúa con imprudencia, es decir, el sujeto no prevé el resultado que puede ocasionar aun cuando sea previsible, mismo resultado que se produce no por que el sujeto activo quiera, sino que se produce por descuido o torpeza, por ejemplo el que atropella a una persona por imprudencia.

A su vez los delitos culposos se subdividen el Culpa con representación y culpa sin representación, la primera de ellas consiste en que el sujeto activo prevé como posible el resultado a producir, pero sin embargo confía en que dicho resultado no se produzca, y por lo que respecta a la

segunda de las culpas, en éste caso el sujeto activo no prevé el resultado que necesariamente era previsible debido a que no observo un deber de cuidado.

En este sentido diremos que la conducta realizada por el sujeto activo del delito, es meramente dolosa ya que el mismo activo al realizar la conducta tiene la plena intención de hacerlo, y la capacidad de comprender y entender el carácter ilícito de su conducta, así como sabe las consecuencias que puede implicar la realización del hecho delictivo descrito en la ley.

2.1.6.- EN ORDEN A LA UNIDAD O PLURALIDAD DE AFECTACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS.

En orden a la unidad o pluralidad de afectación de los Bienes Jurídicos, estos pueden ser simples o complejos.

2.1.6.1.- Simples.

Tipos simples o tipos de ofensa simple, que son aquellos en que se lesiona un solo bien jurídico;

2.1.6.2.- Complejos.

Tipos de ofensa compleja o tipos complejos, que son aquellos en donde la lesión o puesta en peligro, aparece relacionada con la afectación a más de un bien jurídico.

Como ya quedó debidamente señalado en la primera clasificación, en el delito de Peculado únicamente se lesiona un solo bien jurídico como lo es la Seguridad en la correcta administración del servicio y de

la función Pública, entonces es importante mencionar que en cuanto al delito de Peculado la afectación de los bienes jurídicos son simples.

2.1.7.- EN RELACIÓN AL NUMERO DE LOS ACTOS.

De acuerdo a la clasificación del delito en relación a número de los actos, los delitos pueden ser:

2.1.7.1.- Unisubsistentes.

Cuando para la comisión del delito únicamente se requiere de un solo acto.

2.1.7.2.- Plurisubsistentes.

Cuando para la comisión del delito es necesaria la concurrencia de dos ó mas actos.

Hablando en relación al número de los actos cabe mencionar que pueden ser ambos, es decir tanto Uní subsistentes ya que las actividades desempeñadas por el sujeto activo en ejercicio de sus funciones y para efectos del delito de Peculado, pueden realizarse diversos actos para la consumación de la acción que consiste en distraer, así como también pueden ser Plurisubsistentes ya que la función Pública puede implicar el ejercicio de diversas conductas o diversos actos, pero todos encaminados a un fin, que es el de distraer.

2.1.8.- EN RELACIÓN AL NÚMERO DE LOS SUJETOS ACTIVOS.

De acuerdo a los sujetos que interviene en la comisión de los delitos, estos pueden ser:

2.1.8.1.- Monosubjetivos, individuales ó unisubsistentes.

Tipos de delito mono-subjetivos, individuales o unisubsistentes. Aparecen caracterizados porque la conducta típica observa su comisión por un sólo sujeto activo por ejemplo el robo perpetrado por una sola persona.

2.1.8.2.- Plurisubjetivos, colectivos ó plurisubsistentes.

Tipos de delito pluri-subjetivos, colectivos o plurisubsistentes, en donde se hace necesario que la conducta típica sea realizada por un número plural de sujetos activos por ejemplo la asociación delictuosa.

En conveniente afirmar, desde ahora, que el sujeto activo será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, nacionalidad y otras características, cada tipo (descripción legal de un delito), señala las calidades o caracteres especiales para ser sujeto activo, como lo es en el presente trabajo que la calidad específica es ser Servidor Público y por lo tanto los sujetos activos pueden ser Monosubjetivos ó Plurisubjetivos es decir

pueden intervenir uno o varios Servidores Públicos en la conducta encaminada a distraer los bienes pertenecientes al estado.

2.1.9.- EN RELACIÓN AL NÚMERO DE LOS SUJETOS PASIVOS.

Al igual que la clasificación anterior, surge en relación con el número de los sujetos pero en este caso se refiere a los sujetos pasivos, y para el caso se habla de:

2.1.9.1.- Pluriofensivos.

Tipos de delito pluri-ofensivos, para el caso del sujeto pasivo múltiple por ejemplo el genocidio.

2.1.9.2.- Monofensivos.

Tipos de delito monofensivos son aquellos tipos delictivos que prevén la afectación a un solo pasivo por ejemplo el delito de homicidio de una sola persona.

El sujeto pasivo es la persona física o moral sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente, por lo que diremos que para efecto del presente trabajo y respecto a esta clasificación el número de los sujetos pasivos únicamente puede ser Monoofensivos ya que en este delito el único sujeto pasivo es el estado ó un particular.

2.1.10.- POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN.

2.1.10.1.- Querrela.

Estos delitos también son conocidos como de petición de parte agraviada u ofendida, ya que es únicamente la víctima quien puede solicitar la persecución del delito, una característica especial de este tipo de delitos es que en este caso también se puede otorgar el perdón por parte del ofendido o víctima.

2.4.10.2.- Oficio.

En este tipo de delitos no es requisito que la parte ofendida se querelle o pretenda perseguir el delito, sino que basta con que cualquier persona denuncie el hecho para que el Ministerio Público se vea obligado a perseguir el delito.

En base a esta clasificación el delito de Peculado "por su forma de persecución" indudablemente es de oficio ya que basta con que el Superior Jerárquico o cualquier persona se percate de la conducta delictiva desplegada por el Servidor Público para que se denuncien los hechos y en consecuencia se de inicio a la averiguación previa correspondiente.

2.1.11.- EN FUNCIÓN A SU MATERIA.

Respecto a esta clasificación apuntaremos que se van a dividir en comunes, federales y militares, atendiendo a la legislación que les va a ser aplicable.

2.1.11.1.- Comunes.

Son los delitos que se pueden aplicar en una determinada circunscripción territorial, es decir solamente en un espacio determinado, por ejemplo los delitos aplicables en un estado de la República.

2.1.11.2.- Federales.

En este caso los delitos tienen plena validez en toda la república mexicana, es decir, en todos los estados de la República y de éstos conocerán únicamente las autoridades Federales.

2.1.11.3.- Militares.

En este caso los delitos únicamente pueden ser cometidos por sujetos que se encuentren bajo en régimen militar, es decir, la aplicación de los delitos debe ser de acuerdo al catálogo castrense y únicamente a militares, por lo que en ningún caso podrán aplicarse a los civiles.

El delito de Peculado se puede dar a nivel Federal ó Local, pero para efectos del presente trabajo se hace referencia al delito de Peculado que establece el artículo 223 del Código Penal Federal en vigor.

2.1.12.- EN ORDEN A SU FORMA DE INTEGRACIÓN.

2.1.12.1.- Tipos básicos.

Tipos básicos. Los tipos básicos los que se integran con todos los elementos necesarios y suficientes para conformar el tipo delictivo de que se trate ejemplo el homicidio, el robo, etc.

2.1.12.2.- Tipos complementados.

Tipos complementados. Los tipos complementados son los que se conforman con los elementos de un tipo básico, a los que se suman otros elementos más, denominados "circunstancias cualificantes o atenuantes", que aparecen previstos en una disposición distinta de la propia ley penal, los cuales, sumados, conforman un tipo delictivo nuevo y diverso, el cual, de acuerdo con sus características, podrá suponer un mayor o menor grado del injusto y, en función de ello, observará una elevación o disminución de la punibilidad respecto de la prevista para el tipo básico, como pueden ser las agravantes de ventaja, alevosía, traición, premeditación en los delitos de lesiones y homicidio, o la violencia para el delito de robo y para el caso de las atenuantes citaremos como ejemplo la riña en las lesiones

2.1.12.3.- Tipos especiales.

Tipos especiales. Los tipos especiales satisfacen todos los elementos necesarios y suficientes para integrar el tipo básico a los que se suman otros elementos más que no contiene aquél, en manera de constituir y conformar un tipo especial, autónomo. De acuerdo con las características de los

elementos especificantes, y en forma similar a como ocurre en los complementados, el tipo especial puede ser, privilegiado, o atenuado y cualificado o agravado, según supongan una elevación o disminución en el grado del injusto, generando, por tanto, una pena menor o mayor, según sea el caso. Como ejemplo citaremos el robo específico que contiene los elementos del robo mas algunas circunstancias que lo hacen especial y que agravan la sanción, otro ejemplo es el parricidio que contiene los elementos del homicidio que es privar de la vida mas la característica especial de que sea a un ascendiente.

A criterio de la Suprema Corte de Justicia ha manifestado que "desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón de su índole fundamental y por tener independencia, los especiales suponen el mantenimiento de caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial, de tal manera que éste elimina al básico; por último los tipos complementarios presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan. Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos aislar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como tipo básico, el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. El Peculado es un delito de tipo especial en razón que el tipo contiene una referencia al sujeto activo, de tal manera que sólo pueden cometer este delito, aquellos que reúnan las condiciones por referencias típicas en el sujeto; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen tal calidad."

2.1.13.- EN ORDEN A LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO.

En orden a la calidad del sujeto activo, estos pueden ser:

2.1.13.1.- Delitos propios.

Tipos de delito propios, o *delicta propria*: requieren de una calidad específica en la persona del sujeto activo, que lo coloca en una determinada y especial relación con el bien jurídico protegido para el caso del delito cometido por funcionario público se requiere precisamente esa calidad en el activo de ser servidor público, como lo es en el delito de Peculado que establece el artículo 223 del Código Penal Federal en vigor.

2.1.13.2.- Delitos comunes.

Tipos de delito comunes o *delicta comuna*: son aquellos en donde la ley no exige una determinada calidad en el sujeto activo, por lo que se les refiere como delitos de sujeto activo innominado, y en donde el texto legal frecuentemente los refiere como "el que", "quien", etc. pudiendo ser el sujeto activo cualquier persona por ejemplo el homicidio, el robo, etc.

2.1.14.- EN ORDEN A LAS CARACTERÍSTICAS DE LA FORMULACIÓN DE LA CONDUCTA.

En orden a las características de la formulación de la conducta pueden ser:

2.1.14.1.- De formulación libre.

Tipos de formulación libre. En estos tipos la conducta típica que causa el resultado no aparece descrita de manera específica en el precepto penal, es decir, que el resultado típico puede ser cometido por cualquier conducta que sea idónea al efecto desde el punto de vista causal.

2.1.14.2.- De formulación casuística.

Tipos de formulación casuística. A diferencia de los anteriores, los tipos de formulación casuística son aquellos en donde la ley penal describe de manera precisa y detallada la conducta y la casación del resultado, en su caso por ejemplo la violación para el caso de que sea cometida a través de la violencia, aquí se encuentra la descripción exacta de cómo se debe cometer este delito.

2.4.14.3.- De formulación alternativa.

Tipos de formulación alternativa. En estos delitos el tipo contiene diversas conductas a través de las cuales es posible producir el resultado típico. El delito puede ser cometido por vía de cualquiera de las conductas previstas en el tipo.

Los tipos alternativos, obviamente suponen tipos completos que se integran plenamente con cada una de cualquiera de las modalidades previstas. Por esta razón los artículos de la ley penal pueden suponer, de acuerdo con su texto, diversos tipos formados con cada una de las conductas alternativamente previstas, como en el caso del fraude en donde se establece que puede cometerse a través del engaño o aprovechándose del error en que el otro se halle.

2.1.14.4.- Acumulativos.

Los tipos acumulativos. Son aquellos donde aparecen previstas y exigidas por la ley penal más de una conducta, las cuales se acumulan para la integración del tipo delictivo correspondiente.

Para el caso concreto en estudio diremos que el delito de peculado puede ser de formulación casuística, porque el propio artículo 223 del Código Penal Federal precisa de manera clara y específica la conducta a cometer por el servidor público; de igual forma el peculado puede ser de formulación alternativa, pues dicho artículo supone diversas modalidades a través de las cuales se puede configurar el delito de Peculado.

2.1.15.- EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD. ¹¹

Atendiendo a la gravedad de los delitos, éstos pueden dividirse en:

2.1.15.1.- Delitos.

Estas conductas se encuentran contempladas en las leyes penales y las sanciones son aplicadas por la autoridad judicial a través de un procedimiento penal; estas conductas se conocen como delitos.

¹¹ Ibidem. Pág. 291.

2.1.15.2.- Faltas.

Estas son sancionadas por la autoridad administrativa, en cuyo caso se les conoce como faltas administrativas y nunca se integrara un delito por estas conductas.

Por lo que respecta a esta clasificación y al estar refiriéndonos al delito de Peculado, esta es una conducta que se encuentra contemplada en la ley, específicamente en el artículo 223 del Código Penal Federal en vigor y las sanciones que en el propio artículo se contemplan las mismas son aplicadas por una autoridad judicial, por lo que nos encontramos en presencia de un delito.

CAPITULO III

TEORIA DEL DELITO Y ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO DE PECULADO.

En este capítulo realizaremos un análisis breve de la Teoría del Delito, para comprender los elementos del delito y posteriormente señalar éstos elementos en el delito de peculado; por otra parte analizaremos al delito de peculado a la Luz de la Teoría del Tipo, para acreditar todos y cada uno de los elementos del Cuerpo del Delito.

3.1.- TEORIA DEL DELITO.

La teoría finalista de la acción, maneja los conceptos ya expuestos por la teoría causalista, es decir se habla de acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, pero tales conceptos son manejados con un esquinista distinto, que trae como consecuencia y ello es lo importante, soluciones a problemas que no encontraban una adecuada solución por la teoría causalista como son los relativos a la tentativa, la participación la autoría etc. La teoría finalista no es pues una mera exposición mas o menos interesante que nada aportaría a los conocimientos que ya nos ha proporcionado la teoría causalista, sino un sistema que busca solución técnica y práctica a cuestiones que la teoría causalista no resolvía satisfactoriamente. El punto de partida de la teoría finalista de la acción es, como su nombre lo indica, una concepción distinta de la acción de la que maneja la teoría causalista. Recordando el concepto de acción de la teoría

causalista tenemos que la acción es la manifestación de la voluntad por medio del o movimiento corporal (o de la ausencia e ese movimiento corporal) que produce un resultado es pues un proceso causal donde la acción es la causa del resultado, ya que como proceso causal naturalístico tiene que existir forzosamente un nexo causal entre la acción y su resultado. Ahora bien para la teoría finalista de la acción la acción humana es el ejercicio de la actividad finalística. La acción es por lo tanto un acontecimiento finalista no solamente causal. La finalidad o actividad finalística de la acción se basa en que el hombre sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencia posibles de una actividad proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. La finalidad es una actuar dirigido conscientemente desde lo objetivo, mientras la pura causalidad no esta dirigida desde lo objetivo sino que es la resultante de los componente causales circunstancialmente concurrentes.

3.1.1.- BREVE REFERENCIA A LAS TEORÍAS CAUSALISTA Y FINALISTA.

Actualmente ambas teorías tienen un punto de coincidencia fundamental, mismo que se debe tener presente a lo largo de este módulo, y es que parten de una misma estructura del delito constituida a partir de tres categorías básicas: Acción típica, antijurídica y culpable; la diferencia radica en el contenido y muchas veces en la concepción de cada uno de estos elementos, por lo que primeramente veremos sus esquemas y después sus contenidos y diferencias de una forma muy somera.

3.1.1.1.- SISTEMA CAUSALISTA.

Este sistema de la teoría del delito, tiene a su vez dos teorías, la clásica y la neoclásica o teleológica.

La teoría clásica del delito (1881-1915) Sus máximos exponentes son Franz von Liszt, Ernst von Beling y Gustav Radbruch y el sustento metodológico de esta teoría es el positivismo naturalista de finales del siglo XIX, cuando empezaron a ver el delito con un criterio objetivo-subjetivo. Es decir, frente a un fenómeno complejo en que participa el hombre, la reacción primera que se tiene al analizarlo, es la de separar sus aspectos subjetivos y objetivos, a esta dicotomía no podía sustraerse tampoco la consideración analítica del delito. Esto necesariamente habría de tener como resultado que al delito se le considerará en primer término como un acontecimiento físico y luego como un acontecimiento psíquico.

En 1884 Franz von Liszt empieza a analizar de manera sistemática el delito a partir de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad y en 1906 Ernest von Beling introduce el concepto de tipo a dicha sistematización, por lo que de acuerdo a esta concepción, la tipicidad y la antijuridicidad son los componentes del injusto, el cual se va a ocupar de la parte objetiva (externa) de la conducta, por su parte la culpabilidad se ocupará de la parte subjetiva (interna), por lo que también se le conoce como teoría bitómica (los componentes del delito son dos: injusto y culpabilidad).

El tipo como descripción de los elementos objetivos contendrá:

- Movimientos corporales voluntarios
- Resultado, esto es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.
- Nexo causal
- Especiales medios o formas de realización de la acción.
- Modalidades de tiempo, lugar y ocasión.
- Objeto material

- Bien Jurídico.
- Sujetos

La culpabilidad (teoría psicológica de la culpabilidad), será subjetiva y se la entiende como la relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo y culpa.

Teoría neoclásica o teleológica (1907-1935) El contexto cultural del naturalismo positivista que sustentó el sistema clásico fue superado por la filosofía Neokantiana, de acuerdo con la que el centro de análisis debía recaer en la comprensión del significado valorativo de los conceptos jurídicos. Sus principales exponentes son Reinhard Von Frank, Berhold Freudental y Edmundo Mezger.

Con esta corriente de pensamiento, la concepción del tipo pasó de ser de puramente objetiva a positivo-valorativa, y el tipo describía una conducta a la que correspondía una pena no sólo por ser una lesión causal de un interés, sino porque esa acción por su general tendencia procura más daño que beneficio al Estado y sus miembros.

Max Ernst Meyer puso de manifiesto que junto a los elementos descriptivos del tipo, perceptibles a través de los sentidos, existen otros elementos que hacen necesaria una valoración anterior a la antijuridicidad misma, es decir, se deben analizar en el tipo, por ejemplo la ajeneidad en el robo. A estos elementos los llamó normativos, y también forman parte del tipo objetivo, es decir, éste queda conformado por los elementos citados en la teoría clásica mas los elementos normativos.

Hans Albrecht Fischer y August Hegler, descubrieron que en muchos supuestos de hecho se debe atender a la dirección que el autor da a su acción, para determinar cual es el tipo en el que se puede subsumir la conducta

o sí, por el contrario, ésta es atípica. Lo anterior sucede con tipos con elementos anímico-subjetivos específicos, por ejemplo el ánimo de apropiación en el robo, el cual no puede aplicarse atendiendo a juicios estrictamente causal-objetivos, sino sólo recurriendo a juicios estrictamente subjetivos, por tanto el tipo penal se integra:

- Elementos objetivos (elementos descriptivos y elementos normativos).

- Elementos subjetivos distintos del dolo y la culpa y que se refieren a los ánimos, deseos, intenciones, mismos que en conjunto son elementos del tipo.

La culpabilidad (psicológica-normativo).

En esta teoría la culpabilidad además del contenido psicológico, tiene un contenido normativo, por tanto el sustento de la culpabilidad es mixto. Aquí se le concibe a la reprochabilidad, por lo que el dolo ya no es el único fundamento de la culpabilidad, pues además del dolo y la culpa se requiere de la imputabilidad y de la normalidad de las circunstancias concurrentes.

3.1.1.2.- SISTEMA FINALISTA.

Sus iniciadores son Hans Welzel, Reinar Maurach, Awin Kaufman, Hans-Henrich Jescheck.

En 1935, Hans Welzel inspirado en la filosofía neokantiana, filosofía de los valores, da a conocer su teoría final de la acción conocida como finalista, dicha teoría parte de una estructura lógico-objetiva de la acción, para lo cual toma como base la realidad objetiva: "La acción consiste en el ejercicio

de una acción finalista. El legislador no puede modificar ni ignorar, la estructura finalista de la acción humana ni el papel que desempeña en ella la voluntad. La acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal, por la voluntad humana. El contenido de la voluntad ha de pertenecer al concepto de la acción, si este ha de corresponder al ser de la misma".

De acuerdo con esta teoría, el tipo ya no sólo se conforma de elementos objetivos (descriptivos y normativos) y excepcionalmente de elementos subjetivos distintos del dolo, sino que en todos los tipos penales existe un tipo subjetivo que se conforma por el dolo, o en su caso, por la culpa.

El sistema final de acción asumió los postulados de la teoría causal a nivel de tipo objetivo en cuanto a elementos descriptivos y normativos; su aportación la encontramos en el tipo subjetivo y la reubicación sistemática del dolo y la culpa en el tipo, por tanto, el tipo subjetivo, comprende tanto al dolo y la culpa, como a los elementos subjetivos del autor, a saber: Las especiales intenciones, tendencias y momentos relativos al carácter del autor¹².

Culpabilidad (Normativa)

En esta teoría la culpabilidad pasó a ser considerada como un juicio puramente normativo, es decir, es un juicio de reproche personal contra el autor, quien no se comportó conforme a la norma, pese a haber estado en condiciones de hacerlo, por ende, los elementos que conforman la culpabilidad son:

- La imputabilidad
- La conciencia de la antijuridicidad

¹² DIAZ ARANDA, ENRIQUE. *Dolo, causalismo-finalismo- funcionalismo y la reforma penal en México*. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México D.F, 2000.pag 49-50.

- La falta de excluyentes de la culpabilidad.

Tal como lo referimos al inicio del presente tema, aunque las teorías citadas parten de una misma estructura del delito constituida a partir de tres categorías básicas (Acción típica, antijurídica y culpable), la diferencia radica en el contenido y muchas veces en la concepción de cada uno de estos elementos por lo que veremos las diferencias fundamentales en relación con la acción y la culpabilidad.

La teoría causalista iniciada con Franz Von Liszt, inspirado por los científicos naturalísticos de su época, construyó su teoría de la conducta humana sobre la base de que ésta en principio, era equiparable a cualquier fenómeno de la naturaleza, por lo que es concebida y estructurada a partir de tres elementos:

- El movimiento corporal voluntario que se manifiesta en el mundo externo.

- El resultado o efecto que se produce.

- La relación de causalidad que debe existir entre el movimiento corporal y el resultado.

En función de esta trilogía, Von Liszt define a la conducta como "el movimiento corporal voluntario que produce un cambio exterior". Así entendida la conducta humana, se presenta como un conjunto de relaciones:

En primer lugar, se aprecia una relación de causalidad entre la voluntad y el movimiento corporal. Dicha relación tiene como finalidad determinar que ese movimiento corporal fue originado por la voluntad, es decir, el movimiento corporal ha sido causado por la voluntad.

En segundo término, se destaca otra relación de causalidad, la que debe darse entre el propio movimiento corporal y el resultado o cambio en el mundo exterior. Para Von Liszt, la voluntad constituye un elemento imprescindible de la conducta humana, pero únicamente a nivel de movimiento externo (manifestación de la voluntad), como su factor desencadenante. La voluntad no tiene injerencia alguna en la relación de causalidad o nexo causal que rige entre el movimiento corporal y el resultado. Es decir, se trata de un mero proceso causal sin sentido, "ciego", en el que no se destaca el factor de dirección de la conducta. Así, el contenido de la voluntad no es materia de estudio dentro del concepto de conducta, su análisis se reserva para el momento en que se entra a la estructura jurídica de la culpabilidad, en donde se encuentra inmerso el dolo; hasta entonces se puede hablar de conductas penalmente relevantes.

Por su parte, el sistema finalista concibe a la acción como un acto voluntario que implica una finalidad; bajo esta concepción se divide a la acción en dos elementos:

- Contenido o elemento interno, en el que el sujeto se propone el fin, selecciona los medios para su realización y considera los posibles efectos concomitantes;

- Manifestación o elemento externo, en el que el sujeto exterioriza su conducta poniendo en marcha la causalidad mediante la ejecución de los medios seleccionados para alcanzar el fin que se propuso

Como puede observarse, a diferencia del causalismo, en el finalismo la voluntad ya no se presenta como simple factor desencadenante del proceso causal, sino que por el contrario, la voluntad es un elemento esencial del concepto de acción, teniendo como función esencial, ser el factor de dirección del proceso que desencadena, ahora con sentido. En este orden de

ideas, debe ponderarse que el fin que se propone el sujeto viene a ser el objetivo hacia donde encamina su actividad corporal, la que en su desarrollo se denomina causalidad, por ende, es precisamente la finalidad la que hace que tenga sentido la causalidad, indicándonos hacia donde el sujeto encamina su voluntad, y es por eso que se dice que la voluntad es lo que supradetermina la causalidad.

El concepto causal de acción final consta de tres componentes:

- Un movimiento corporal voluntario (al que también hace referencia el sistema causalista)
- Un resultado, que tratándose de acciones típicas consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado y
- Una relación de causalidad que debe darse entre el movimiento corporal y la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico

Es decir, que si la acción tiene como objetivo o fin un resultado determinado, el cual se logra mediante una causalidad adecuada, debe calificarse esa finalidad, es decir, debemos analizar si al sujeto le es atribuible esa acción penalmente relevante y su consecuente resultado a título de dolo o culpa (elemento subjetivo inherente a todos los tipos penales). En conclusión, los conceptos de nexo causal y atribuibilidad se diferencian en que el primero concibe a la voluntad únicamente como el factor desencadenante del proceso causal, en tanto que el segundo la concibe con una doble función, como factor desencadenante de la causalidad y como factor de dirección de ese proceso que puede culminar con el fin propuesto.

La antijuricidad o antijuridicidad (empleados comúnmente como sinónimos).

Para comprender el significado sustancial de este concepto, debemos partir de las acepciones de norma, tipo, tipicidad y antinormatividad. Los valores sociales se determinan de acuerdo al tiempo y lugar en que se les concibe, por lo que éstos pueden variar de una comunidad con relación a otra y en atención a éstos, el hombre establece determinados parámetros de conducta que deben ser respetados para la adecuada convivencia, de esta forma surgen los imperativos sociales o normas sociales cuya finalidad es preservar los intereses predominantes de dicha sociedad, que está interesada en que no se lleven a cabo conductas que se consideran lesivas para una sana y adecuada convivencia, por lo que se establecen prohibiciones de conductas dañosas. Dichas prohibiciones se concretan en normas ideales, por ejemplo, "No matarás".

El Estado, como ente representativo de la sociedad y de los intereses preponderantes de ésta, concreta en normas jurídicas las normas prohibitivas de conductas lesivas, conminando su realización con una sanción; es así como se crean a través del órgano legislativo los tipos penales cuya función es la de describir de manera objetiva y concreta las conductas prohibidas, es decir, el tipo garantiza la protección de uno o más bienes jurídicos.

Cuando una conducta es facsímil de la objetivamente prohibida en el tipo penal, se dice que la conducta es típica, que existe tipicidad de la conducta. En este momento, podemos afirmar que la conducta por ser típica es antinormativa al vulnerar los valores preponderantemente sociales que se encuentran salvaguardados por el orden normativo ideal o prohibitivo; sin embargo, esta premisa en nada autoriza o afirma que esa conducta típica y antinormativa sea antijurídica, ya que el ordenamiento jurídico no sólo se compone de normas prohibitivas, sino también de normas permisivas.

En efecto, al Estado le interesa salvaguardar aquellos valores que considera imprescindibles para el equilibrio y armónico desarrollo del grupo comunitario, por lo que prohíbe la realización de conductas que atentan contra esos valores, materializándolas en tipos penales o figuras típicas que contienen en abstracto la esencia de la prohibición; empero, al aparato estatal no pasa desapercibido que pueda existir colisión entre esos valores o intereses sociales, por lo que postula normas sociales de carácter permisivo, a fin de resolver la problemática que pudiere surgir entre un conflicto de valores, tratándose de valores de igual o desigual jerarquía. Es por esto que a una conducta típica y antinormativa, no puede catalogársele de manera simple o llana como antijurídica, en tanto no se constate que esa conducta está en contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto; por ende, por más que una conducta sea típica y antinormativa, si se encuentra amparada por una norma permisiva no puede ser calificada de antijurídica. En este orden de ideas, podemos decir que la antijuricidad o antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Al amparo de las normas permisivas y los preceptos permisivos, el sistema Jurídico establece "un orden valioso de la vida social". Bajo esta premisa, la escenificación antijurídica de la materia de prohibición es considerada una conducta que perturba ese orden valioso de la vida y dicha conducta, así caracterizada, pone en peligro o afecta el ordenamiento de valores trascendentales para llevar a cabo una vida social; es por esto que a la antijuridicidad se le matiza como un "juicio negativo de valor" o como "un juicio de desvalor" respecto de la conducta típica del hombre. Ante estos parámetros de confrontación se ha dicho que la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en tanto que se pronuncia en relación a la conducta típica, partiendo de un criterio general como lo es el ordenamiento jurídico en su conjunto.

No debemos confundir al parámetro de valoración con el objeto de valoración; el primero, "el juicio de valor", es objetivo, por que se asienta sobre bases evidentemente objetivos, trátase de un criterio general: El orden jurídico constituido por normas prohibitivas y preceptos permisivos; el objeto de valoración, la acción típica, está constituida por elementos objetivos y subjetivos, sin embargo, la índole constitutiva de los elementos del objeto de valoración no puede matizar o calificar la naturaleza evidentemente objetiva del "juicio de valor," por lo que, la antijuridicidad siempre será objetiva y no ambivalente objetiva-subjetiva.

Por tanto, cuando se ha realizado una conducta típica (objetiva y subjetivamente) de la norma prohibitiva, se dice que se ha actuado de forma antinormativa en virtud de que existe contradicción entre la realización típica y la norma abstracta; empero a una conducta no puede calificarse de antijurídica por el simple hecho de ser típicamente antinormativa; para teñir a una conducta de antijurídica debe constatarse, además de ser típica y antinormativa, que es violatoria del orden jurídico en su conjunto, es decir, que no existe una norma permisiva que la justifique; las normas permisivas deben buscarse en la plenitud del ordenamiento jurídico. En nuestro caso se encuentran en el Código Penal Federal, específicamente en su artículo 15, ya que de presentarse alguna de éstas, es decir, si se acredita alguna causa de licitud se establecerá que la conducta se encuentra justificada, declarándose que no existe delito por ausencia de antijuridicidad, de lo contrario se determinará que la conducta además de ser típicamente antinormativa es antijurídica, estándose en presencia de un injusto penal.

No deben confundirse los conceptos de antijuridicidad e injusto penal, ya que la antijuridicidad es un juicio de valoración, mediante el cual se establece una relación de contradicción entre dos miembros de esa relación: La conducta típicamente antinormativa y el orden jurídico en su conjunto; en tanto que el injusto penal es la propia conducta típica pero

matizada por la antijuridicidad, como se ha dicho por los estudiosos del derecho penal: "la antijuridicidad es un predicado, lo injusto es un sustantivo". La antijuridicidad es conglobante del orden jurídico, lo injusto es específico en derecho penal; mientras privar de la vida sin causa justificada es antijurídico para todo el derecho, es injusto para todos el derecho penal.

La culpabilidad

Sistema clásico (concepto psicológico) Frank Von Liszt en su obra "Tratado de Derecho Penal" (1881), concibió a la culpabilidad como "una relación psicológica entre el autor y su hecho", la cual se afirmaba en la medida en que se afirmaba el dolo o la culpa, según el caso; para este autor todo lo objetivo del delito se encontraba en la antijuridicidad, en tanto que lo subjetivo era inherente a la culpabilidad, es por ello que concibe al dolo y a la culpa como la esencia misma de la culpabilidad.

Así, la conducta daba origen a un proceso causal "ciego", sin sentido, que culminaba con la escenificación del resultado. La voluntad del hombre juega un papel limitado, sin contenido, se restringe sólo a "querer" el movimiento corporal, pero sin relacionarla con el fin que se proponía su autor; de esta forma, el contenido de la voluntad o dolo quedaba excluido de la conducta, reservándose su análisis para el momento que el concepto de culpabilidad era materia de estudio.

Ernest Von Beling en su obra "Teoría del Delito" (1906), modificó la estructura clásica del delito, ya que lo concibió como "una conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible", haciendo referencia también a las "condiciones objetivas de punibilidad", sin embargo, ante las críticas de concebir a la imputabilidad como elemento del delito, se la consideró como presupuesto de la culpabilidad y se le entendía como "la capacidad de entender y querer"

En tratándose de la excluyente de la culpabilidad, los partidarios de esta postura sólo conciben el "error" y la "coacción" como causas que eliminan el proceso psicológico: el "error" elimina el elemento intelectual y la "coacción" el elemento volitivo (del dolo).

Esta teoría, expuesta por Liszt, sostenida por Beling y justificada por Gustav Radbruch en su obra "Concepto de acción y su importancia en el Derecho Penal" (1904) recibió severas críticas, en virtud de que no podía explicar la culpa, especialmente la culpa inconsciente, toda vez que el "nexo psicológico" suponía una concepción de la culpabilidad basada esencialmente en el dolo y por otro, no podía explicar la existencia de las causas de exclusión de la culpabilidad diferentes del "error" y de la "coacción", como en el caso concreto del "estado de necesidad" con bienes de igual valor, ya que en este caso la relación psicológica no se afecta.

Sistema neoclásico o teleológico (concepto psicológico-normativo).

Los principales exponentes de la Escuela Neokantiana denominada de la Filosofía de los valores son Reinhard Von Frank, Berthold Freudental y Edmundo Mezger.

Para Reinhard Von Frank (1907) la culpabilidad no puede ser entendida simplemente como una relación psicológica entre el autor y su hecho, cuyos componentes sean el dolo y la culpa, en virtud de ser un concepto más complejo, el que debe concebirse como un "juicio de valoración", al que llama "reprochabilidad"; por consiguiente, "la culpabilidad es un juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica".

El juicio de reproche tiene como elementos: la imputabilidad; el dolo o la culpa y las motivaciones en el sujeto.

Antes de Von Frank se concebía a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, por lo que había que estudiarlo antes de la culpabilidad. A partir de este autor se dice que la imputabilidad es un requisito para poder formular "el juicio de reproche" a un sujeto, por tanto, el primer paso consiste en determinar si el sujeto tiene capacidad de entender y capacidad de querer, lo que, en caso afirmativo, conlleva a establecer que el sujeto es imputable y por ende, es capaz de ser culpable; si no tiene dicha capacidad, esto imposibilita poder formular el juicio de reproche. En seguida procede constatar la actualización de la capacidad de entender y querer del sujeto imputable en el hecho que ha cometido, por lo que deviene como necesario afirmar la existencia del dolo o culpa, en su caso (dolo: conocimiento-previa capacidad de entender- y voluntad-previa capacidad de querer-). Por último, a fin de determinar la culpabilidad, debe tomarse en consideración "el estado normal de las circunstancias en las que obra el autor' o la "motivación normal" o motivaciones en el sujeto.

James Goldshmidt (1911) fundamenta el concepto normativo de la culpabilidad, para ello parte de la distinción entre norma jurídica y norma de deber, puntualizando que la contravención a ésta última es lo que da contenido a la culpabilidad, en virtud de que precisamente ahí es donde juega un papel importante el elemento de la "normal motivación", esto es, el reproche se formula al sujeto en razón de no haberse dejado motivar por la representación del deber.

En 1922, Berthold Freudental publica una obra respecto a la culpabilidad, aportando un nuevo elemento al juicio de reproche: "La exigibilidad de otra conducta", componente éste que implica analizar las circunstancias en que el sujeto actuó a fin de establecer si esa persona en esas circunstancias

tenía o no la posibilidad de actuar de una manera diferente, es decir, acorde a las exigencias de las normas.

En 1931 Edmund Mezger, formula su concepto de culpabilidad sobre las bases existentes pero junto con los elementos de imputabilidad, dolo o culpa y exigibilidad de otra conducta, añade otro al que denomina "ausencia de especiales causas de exclusión de la culpabilidad". Sostiene que para fincar el juicio de reproche a una persona se requiere que ésta sea imputable, que haya actuado con dolo o culpa, y que al momento en que llevó a cabo la conducta le sea exigido un comportamiento distinto al que realizó, pero además que no exista una causa especial de exclusión de la culpabilidad. Sin embargo, dicho elemento fue desechado por la doctrina, sobre la base que no existen más excluyentes de responsabilidad que aquellos que afectan directamente a los otros elementos señalados.

Sistema Finalista (Culpabilidad normativa)

Alexander Graf Zu Dohna critica el concepto psicológico normativo de la culpabilidad, críticas que sirvieron de sustento a la teoría final de la acción, ya que éste dio el paso decisivo hasta la comprensión de que en el juicio de tipicidad lo mismo que en la constatación de antijuridicidad, nos encontramos ante el resultado de una valoración, separando tajantemente la valoración (reprochabilidad) y el objeto de la misma (dolo) y redujo el concepto de la culpabilidad a la valoración del objeto, es decir la culpabilidad como categoría de valor no puede incluir elementos psicológicos como el dolo, pues dichos elementos se pueden dar o no dar y por tanto su análisis de debe realizar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, en la cual sólo se determinará si esos nexos son o no reprochables.

En este juicio normativo de la culpabilidad hay una doble relación:

- La acción del autor no es la exigida por el derecho.
- El autor pudo comportarse de acuerdo a lo dispuesto por la norma.

Por ello se habla de un reproche personal del autor, quien no se comportó conforme a la norma pese a haber estado en condiciones de hacerlo, en palabras de Welzel "Objeto del juicio de reproche de la culpabilidad es la resolución de voluntad antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de su acción y en dicha conciencia podía convertirse en un contramotivo determinante del sentido"

3.1.2.- ELEMENTOS POSITIVOS.

Los elementos positivos del delito son: la Conducta, tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, ahora analizaremos cada uno de ellos.

3.1.2.1.- CONDUCTA.

Castellanos Tena establece que "la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

A la conducta también se le ha identificado con la palabra de acción como sinónimo, por tanto la acción "lato sensu", puede manifestarse mediante haceres positivo o actos en "strictu sensu", y mediante haceres negativos u omisiones.

Concepto que sigue nuestra legislación en su artículo 7° del Código Penal Federal al señalar que "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"; luego entonces, el delito únicamente se puede consumir mediante una conducta en sus especies de acción u omisión.

La acción.

El acto o la acción, "estricto sensu", es todo acto humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación; violando con dicha acción una norma prohibitiva.

Ejemplo del delito de acción:

Homicidio, cuando éste se comete por disparo de arma de fuego.

La omisión.

La omisión, en cambio, radica en un abstenerse de obrar, simplemente de una abstención; en dejar de ejecutar; es decir, no se realiza el movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa.

Ejemplo de un delito de omisión

Abandono de persona, la omisión de cuidado derivada de abandonar a un niño o a una persona imposibilitada para cuidarse, es decir, con el simple abandono se pone en peligro al sujeto pasivo porque éste no se puede cuidar por sí mismo.

Comisión por omisión.

El artículo 7 del Código Penal Federal en su párrafo segundo refiere: " En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de propio actuar precedente".

Ejemplo de un delito de comisión por omisión.

Homicidio, cuando el paciente de un centro penitenciario enferma de gravedad, acude al médico de dicho centro y éste no le da la atención necesaria y por la falta de atención adecuada fallece. Aquí el médico tenía el deber de evitar el resultado, derivado de un contrato.

3.1.2.2.-TIPICIDAD.

Tipicidad. Si el tipo penal es la descripción, en la ley penal, de un comportamiento previsto como acción u omisión dentro de un determinado ámbito situacional, que es lesivo a un bien jurídico protegido penalmente, a la vez que violatorio del mandato o prohibición contenido en la norma que precisamente implica la valoración normativa de la ley, consecuentemente, la tipicidad es la atribuibilidad de una conducta, dentro de su contexto, a la descripción típica penal, es decir, la conducta prevista por la ley penal, dentro del escenario en que la misma aparece regulada y que implican la presencia de elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo¹³.

¹³ MALO CAMACHO, GUSTAVO. *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1997.

A partir de un cierto hecho dentro de su específico contexto, que implica la lesión a un bien jurídico, dable en la realidad social, la tipicidad implica un proceso de subsunción de todo su complejo, respecto de la conducta prevista en la regulación típica, abstracta y general que implica la ley penal, dentro del entorno previsto en la norma.

La tipicidad, así, aparece como el primer momento de estudio en el análisis estratificado de la teoría del delito, toda vez que, la acción o la omisión en sí, no son relevantes para el derecho penal, salvo que se trate de acciones u omisiones típicas, penales, lo que significa que la conducta o el comportamiento implique la lesión o puesta en peligro a un bien jurídico protegido y, por lo mismo, concomitantemente, suponga la violación a la prohibición o mandato contenido en la norma de un determinado tipo penal.

La relación entre la conducta social que se analiza para determinar si es o no constitutiva de delito, a partir de la existencia de la ley y de la lesión a un bien jurídico protegido que resulta afectado, como su presupuesto, es lo que explica el porque al ocuparnos de la teoría los presupuestos del delito hizo mención y se desarrollaron en dicha sede los temas relativos a la teoría del tipo penal y del bien jurídico.

Sobre la base de sus presupuestos, el delito surge a partir de la presencia de sus elementos constitutivos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). La tipicidad es precisamente el ámbito relativo al estudio de la conducta típica, es decir, la conducta atribuible a un tipo de la ley penal, en tanto que suponga la lesión o la puesta en peligro a un bien jurídico penalmente protegido, que por lo mismo a la vez significa la violación al contenido preceptivo o prohibitivo de la norma penal recogida en el propio tipo.

El derecho implica un orden de regulación social que sólo puede ir dirigido a la regulación de la conducta humana. El derecho sólo puede

mandar o prohibir formas de comunicación entre las personas y no puede prohibir situaciones que implican acontecimientos físicos o fenómenos naturales que derivan de procesos causales del mundo físico, a su vez regidos sólo por las leyes físicas.

Los resultados típicos o resultados previstos en la ley penal, sólo pueden resultar valorados negativamente el ámbito normativo por vía de la prohibición de la conducta que pueda causarlos. Es por esto que en los delitos de resultado material, a nuestro parecer, si bien es incuestionable que para el derecho sí es relevante el contenido del resultado; típico, tal interés necesariamente tiene que aparecer recogido en función de la conducta típica, comisiva u omisiva, regulada por la ley penal (vgr. en el homicidio, al derecho le interesa que no se produzcan conductas homicidas, pero también le interesa que no se produzcan los resultados de muerte, el cual no evita que tales resultados sólo puedan ser evitados a partir de la prohibición de la conducta que pueda ocasionarlos. Así, el derecho, al mismo tiempo que prohíbe la conducta, simultáneamente manifiestan su interés en la no producción de resultados que implican la lesión al bien jurídico protegido).

La tipicidad, en nuestra opinión, tiene un contenido que refleja el carácter eminentemente social del derecho, en tanto que se refiere al análisis de los comportamientos de la realidad social, que son objeto de valoración a la luz de lo previsto por la ley penal. Esto implica un proceso dinámico permanente de valoración de la realidad social, que representa precisamente el contenido del derecho, en cuanto orden de regulación de la conducta social del hombre y por tanto, como un orden de la relación social misma. Si el derecho, observa como el contenido de un objeto de estudio (la ley), su contenido social y de relación social, tal carácter, en el análisis del delito, se recoge básicamente en la tipicidad, que precisamente da cuenta de un hecho social a la luz de lo previsto por la ley penal.

La tipicidad se refiere, así, a la regulación de hechos de la realidad social y su concepto, en cuanto valoración jurídica de tales hechos a la luz de lo dispuesto en la ley penal, supone una inicial valoración acerca de la antinormatividad de la conducta, en la medida en que ésta implica la violación al deber previsto en la norma penal, a partir de la lesión a un bien jurídico.

La tipicidad, por esto, implica un ámbito conceptual que es fundamental en la teoría del delito que une el contenido de realidad social del derecho, en cuanto orden de regulación de la conducta humana y de relación social, con el contenido normativo del propio derecho. Por esto, si la tipicidad se refiere a un hecho de la realidad social, implica también un principio de valoración a la luz del derecho, en la inteligencia de que el concepto del "delito" mismo, implica, el injusto típico y antijurídico, es decir, un hecho valorado como contrario a lo establecido por la ley penal, que por tanto hace merecedor de una pena a su autor en caso de resultar este responsable y culpable de su acto.

EL CONTENIDO DE LA TIPICIDAD

Los presupuestos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad Cronológicamente, son:

Bien jurídico

Tipo de la ley penal

Sujeto activo y Pasivo

Objeto material.

El bien jurídico penalmente protegido. Es la síntesis normativa de una determinada relación social, dialéctica y dinámica.

El tipo de la ley penal. Es el contenido del precepto de la disposición penal, que previene la conducta prohibida u ordenada por la ley, con

el fin de proteger los bienes jurídicos penalmente tutelados, para la seguridad jurídica, como base de la convivencia. Los sujetos activo y pasivo del delito. Sujeto activo es la persona física que realiza la conducta típica. sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido. Estos conceptos, si bien implican presupuestos, en un sentido cronológico, en la medida en que, como personas preexisten a la conducta típica que origina el delito, no obstante, funcionalmente, observan su mejor análisis en el estudio de los elementos típicos del delito, toda vez que es en tal sede, donde se da su relevancia penal; misma que se manifiesta precisamente con la realización de la conducta típica, por la acción de un sujeto activo que afecta los bienes de un sujeto pasivo, dando base para que se de el análisis de la tipicidad y del delito.

Como presupuestos, en cambio, no tienen más utilidad práctica, que el reconocimiento de que los mismos suponen su preexistencia conceptual a la conducta típica.

El objeto material. Es el ente físico material y corpóreo sobre el cual recae la acción de la conducta típica. Como en el caso anterior de los sujetos activos y pasivos, implica un concepto cuya relevancia jurídica nace con la conducta típica y, por lo mismo, resulta más acertado atender su estudio como elemento típico, que como presupuesto.

Funcionalmente, únicamente se justifican como presupuestos el bien jurídico, como presupuesto material y el tipo penal, como presupuesto jurídico

Los elementos de la conducta típica en el análisis de la tipicidad

a) Elementos objetivos. Los elementos objetivos en el análisis de la tipicidad son los siguientes:

Sujeto activo.
Sujeto pasivo.
Objeto material.
Conducta de acción dolosa.
Resultado material.
Circunstancias y medios de la acción típica:
Medios;
Circunstancias de tiempo;
Circunstancias de lugar;
Circunstancias de ocasión y
Circunstancias de modo.
La lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido.

b) Elementos normativos. Los elementos normativos en el análisis de tipicidad son los siguientes:

c).Violación al deber establecido en la norma. El elemento normativo primero que, por definición, exige ser objeto de análisis en la tipicidad y que necesariamente debe ajustarse la conducta para ser típica es el atenido mismo de la "violación" al "deber" previsto en el tipo de la rama penal y consiste en el deber jurídico de obrar o de abstenerse, delito en el mandato o prohibición contenido en la norma (Vgr: no matar; no violar; no robar; auxiliar al atropellado, en términos de lo puesto por la ley penal; etcétera).

El contenido de este elemento normativo del tipo, siendo fundamental en la tipicidad, en tanto que es la expresión misma de la valoración normativa penal, sin embargo, en relación con la tipicidad misma, o guarda un valor indiciario respecto de la antijuridicidad, ya que la oración definitiva que permita afirmar el injusto o contenido de conducta contraria al derecho, requiere

no solo que la misma se presente no típica y por tanto antinormativa, sino también que sea contraria al orden jurídico, que es precisamente el contenido de la antijuridicidad.

3.1.2.3.- ANTIJURIDICIDAD.

El Estado, como ente representativo de la sociedad y de sus intereses preponderantes, crea los tipos penales cuya función es la de describir de manera objetiva y concreta las conductas prohibidas, por lo que cuando una conducta es típica, en un primer momento podemos afirmar que por ser típica es antinormativa, al vulnerar esos valores preponderantemente sociales que se encuentran salvaguardados por el tipo penal. Sin embargo, esta premisa de la conducta típica y antinormativa no autoriza a concluir que la misma sea antijurídica, en virtud de que el ordenamiento jurídico no sólo se compone de normas prohibitivas, sino también de normas permisivas, por tanto, se dice que la conducta es antijurídica cuando siendo típica y antinormativa no está amparada por ninguna norma permisiva, y por tanto se dice que lo antijurídico es lo contrario a derecho.

3.1.2.4.- CULPABILIDAD.

Es el Juicio de Reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica, por tanto para que proceda el Juicio de Reproche habrá que analizar si dicho sujeto es imputable, ya que este es un presupuesto de la culpabilidad, que de conformidad con los artículos 8 y 9 del Código Penal Federal, reviste dos formas: dolo y culpa.

- Imputabilidad

Como presupuesto de las formas de la culpabilidad (dolo y culpa), es necesario analizar la capacidad psíquica del delincuente. La Imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y capacidad de querer, lo que conlleva a establecer que el sujeto es capaz de ser culpable, ya que se le puede formular un juicio de reproche.

- Aspectos negativos de la imputabilidad (Inimputabilidad)

El artículo 15 del Código Penal Federal contempla dicho aspecto negativo en su fracción VII: "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

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

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Sólo quien es mayor de edad y no sufre de graves perturbaciones mentales, es quien posee el mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico necesita, para la responsabilidad penal.

Esta fracción refiere que la imputabilidad en este caso concreto, se relaciona de dos formas: una en relación con la salud mental de las personas, dándose el supuesto de que un mayor de edad puede ser inimputable por padecer trastornos mentales que le impiden conocer y querer la magnitud del hecho delictivo que se le imputa, y el otro supuesto se observa cuando estamos ante la presencia de personas menores de 18 años de edad, quienes realizan conductas tipificadas por la ley penal como delitos, pero que en la práctica se conocen como infracciones a la ley penal, y quienes son considerados por nuestro Derecho como inimputables, por no contar con el mínimo de capacidad de autodeterminación que exige el orden jurídico para la responsabilidad penal.

En la segunda parte de la citada fracción se establece lo que en teoría se le conoce como acciones libres en su causa, mismas que se presentan cuando el propio agente es quien se provoca voluntariamente la condición de inimputabilidad y una vez colocado en el estado de inimputabilidad, realiza la conducta típica, en este caso no se actualiza el aspecto negativo de la inimputabilidad porque el sujeto previó el resultado antes de colocarse en dicho estado o por lo menos era previsible ese resultado.

Ejemplo:

Un sujeto ingiere bebidas alcohólicas y consume narcóticos en forma voluntaria llegando a un estado de inconsciencia que lo torna inimputable y en ese estado mata a una persona, no se podrá alegar que actúa como inimputable en el momento en que ejecutó la acción. Primero, porque es

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

posible que voluntariamente se haya colocado en ese estado para producir el resultado, aquí se dice que previó el resultado; en un segundo supuesto es posible que se haya colocado voluntariamente en este estado no con la finalidad de llevar a cabo la conducta y consecuentemente producir el resultado, sin embargo, ese resultado si le es previsible, es decir, si tenía la posibilidad de prever como posible el resultado antes de ingerir las bebidas alcohólicas y los narcóticos.

3.1.3.- ELEMENTOS NEGATIVOS.

Por su parte el aspecto negativo de los elementos que integran el delito esta constituido por la ausencia de conducta, la atipicidad, las causas de justificación y las causas de inculpabilidad que a continuación analizamos.

3.1.3.1.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

Es importante destacar que el aspecto negativo de la conducta, no es un elemento objetivo del cuerpo del delito, sino que ésta se analiza a nivel de delito, para ver si opera la excluyente del delito prevista:

En el artículo 15 del Código Penal Federal que contempla las excluyentes del delito, se establecen las hipótesis de los aspectos negativos de la conducta en sus fracciones I y IX.

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

Al derecho penal sólo le interesan las conductas encaminadas con voluntad a la lesión de un bien jurídicamente tutelado, así

como también las conductas que se llevan a cabo sin esa voluntad, pero sin el cuidado debido.

Las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta son las llamadas vis absoluta, vis mayor y los movimientos reflejos.

La vis absoluta (fuerza física humana) y la vis mayor (fuerza física no humana), son fuerzas externas e irresistibles, que por recaer sobre el cuerpo del sujeto activo, eliminan en el caso concreto la voluntad de éste.

Los movimientos reflejos son reacciones corporales involuntarias a estímulos, del exterior que excitan a algún órgano receptor.

Ejemplo de vis absoluta o fuerza física irresistible (humana), cuando en una manifestación multitudinaria a consecuencia de que la Policía Preventiva trata de dispersarla, los participantes empiezan a correr y como unos empujan a otros los primeros son aplastados y resultan lesionados.

Ejemplo de vis mayor o fuerza física irresistible (natural), cuando a consecuencia de un terremoto una persona pierde el equilibrio y cae sobre un niño causándole la muerte.

Ejemplo de movimientos reflejos, el paciente que al estar siendo revisado por el doctor y a consecuencia del pequeño golpe que le provoca éste en la rótula para verificar sus reflejos, levanta involuntariamente la pierna rompiéndole los cristales de los anteojos al Doctor y causándole lesión en un ojo.

X. El resultado típico se produce por caso fortuito.

Por su parte, el caso fortuito es un suceso que se presenta de manera inesperada o imprevisible, cuando el agente que lo sufre está efectuando un obrar legítimo con todas las precauciones y diligencias debidas, produciendo un resultado por mero accidente.

Ejemplo: Un sujeto conduce su vehículo acompañado de un amigo por la carretera, respetando el reglamento de tránsito federal, al tomar una curva se produce repentinamente un hundimiento del asfalto, sin que el conductor pueda evitar proyectarse a un lado del camino y que su acompañante resulte lesionado. Como vemos en este acontecimiento extraño, se provee el cuidado necesario, sin embargo lo inesperado y sorpresivo no es posible superarlo o vencerlo.

Esta figura tiene una relación estrecha tanto con la fuerza mayor, como con la fuerza física de procedencia humana irresistible y con la culpa, pero se distingue porque la fuerza física debe proceder del hombre, no así en el caso fortuito que se distingue de la culpa, ya que en ésta el agente al efectuar un comportamiento desatiende un deber de cuidado que personalmente le incumbe y previendo o no el resultado, es responsable de las consecuencias que se produzcan, lo que no sucede en el caso fortuito, porque debido a la forma en que se presenta el suceso, no es posible atribuirle responsabilidad alguna por el mismo.

3.1.3.2.- ATIPICIDAD.

Tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal.

Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*. Por tanto la atipicidad será la no adecuación de la conducta al tipo o cuando falte

alguno de los **elementos del tipo penal**, misma que se encuentra regulada en el artículo 15 del Código Penal Federal:

II. Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate.

No hay que olvidar que el tipo penal corresponde a una parte de la ley penal conocida como parte especial en nuestro Código Penal Federal. En caso de que no existiera el tipo penal, cuando un sujeto cometa una conducta que afecte a otra persona, estaremos ante el supuesto de que aquel no cometió un delito toda) vez que su actuar no se encuentra descrito en la norma penal, o puede darse el supuesto de que cuando se cometa la conducta, falte alguno de los elementos del tipo del delito de que se trate, en este caso tal conducta será antisocial pero no delictiva, y por lo tanto no existirá el delito. Por lo que podemos decir que cuando falte alguno de los elementos descritos por el tipo penal, se está haciendo referencia a que falta algún elemento del cuerpo del delito, ya sea un elemento objetivo o externo, subjetivo o normativo.

3.1.3.3.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

El artículo 15 del Código Penal Federal establece las causas de exclusión del delito, entre las que se encuentran los aspectos negativos de la antijuridicidad en las siguientes fracciones:

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible.

b) Que el titular, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubieren otorgado el consentimiento.

Ejemplo: En el caso del sujeto que con motivo de un accidente automovilístico sufre una lesión interna, por lo que se precisa una intervención quirúrgica en la que necesariamente se tendrá que causar una lesión a dicho sujeto, es decir se está lesionando un bien jurídico como lo es la integridad física, sin embargo, para el caso de que el propio sujeto otorgue su consentimiento estamos hablando de un consentimiento expreso y para el caso de que el sujeto se encuentre inconsciente estamos ante la presencia de un consentimiento tácito del titular del bien jurídico.

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie " provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en

alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

Los elementos de la legítima defensa:

Repeler. Es rechazar, evitar algo, no permitir que algo ocurra. Implica que la agresión ejercida, sin que se haya provocado, se rechace, quedando protegido por la legítima defensa.

Agresión. Es atacar, es llevar a cabo un acto para dañar o pretender dañar a alguien, o actuar en contra de una persona con la intención de afectarla.

Agresión real. Quiere decir que sea cierta, no imaginada; o sea que no se trate de una simple suposición o presentimiento.

Agresión actual. Esta debe de ocurrir en el mismo instante de repelerla, o sea la agresión y su respuesta deben ser en el mismo momento.

Agresión inminente. Debe ser próxima o cercana, a punto de ocurrir.

Sin derecho. La agresión debe carecer de derecho, porque la existencia de éste anularía la antijuridicidad.

En protección de bienes jurídicos propios o ajenos. La repulsa debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno, ya que la ley así lo exige.

Necesidad racional de la defensa empleada y respecto a la amenaza. No es otra cosa que nuestra acción realizada en defensa de los

bienes jurídicos sea la necesaria, debiendo ser proporcional al posible daño o amenaza que se pretendía causar con la agresión injusta.

Que no medie provocación. El agresor no debe haber provocado la agresión, ni el tercero al que se defiende deberá haber dado causa a ello.

En esta misma fracción, la norma penal nos habla de dos presunciones en la " legítima defensa, las cuales se señalan en su párrafo segundo.

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

El estado de necesidad se actualiza por la situación en que se haya el sujeto activo en un determinado momento, mismo que requiere como medio necesario, para evitar la pérdida de bienes jurídicos propios o ajenos, lesionar un bien jurídico extraño, estimándose que el bien que se salva debe ser de mayor valor que el que se sacrifica, excepto en el supuesto de colisión de bienes, donde ambos se refieren a la salud o la vida en cuyo caso, aunque sean de igual importancia se justifica sacrificar el ajeno. Así pues, el estado de necesidad representa una cuestión de peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente y además que este no tuviere el deber jurídico de afrontarlo, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

Ejemplo:

En relación con la jerarquía de los bienes salvado y sacrificado, tenemos:

a) Cuando se lesiona un bien de menor valor: "Cuando para salvar la vida de una tripulación aérea o marítima se sacrifican 30 caballos de pura sangre que tienen un costo económico considerable.

b) Cuando se lesiona un bien de igual valor que el salvaguardado: "Es aquel cuando dos marineros naufragan y sólo existe una tabla que servirá para salvar a una sola persona, en este caso uno de ellos arroja al mar al otro para poder salvarse, como se puede ver aquí existe una igualdad de bienes ya que ambos desean salvar sus vidas.

En nuestro código penal, se regulan dos casos específicos, como son:

1.- Aborto Terapéutico.- Conocido en la práctica como aborto necesario, señalado en el artículo 334 de nuestro código penal Federal, que señala: "No se aplicará sanción: Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

En este caso, el estado de necesidad ocurre en función de sacrificar un bien que en el presente caso es la vida del producto de la concepción, para salvar otro, que es la vida de la madre, quien corre peligro, y en este caso concreto entraríamos a la discusión de cuál de los dos bienes es el de mayor valor, ya que habrá quien diga que es de mayor valor la vida de la madre que la del producto, otros dirán que ambas son de igual valor y habrá quienes opinen que el bien superior es la vida del producto.

2.- Robo de Indigente o Robo de famélico.- Señalado en el artículo 379 del Código Penal Federal, que a la letra dice: No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

Se trata de un robo de cosas, que pueden satisfacer alguna necesidad apremiante, no sólo alimentos, sino también objetos que resulten indispensables en un momento dado para salvar un bien jurídicamente tutelado, como medicamentos, agua, oxígeno, ropas e incluso dinero.

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que existe necesidad racional del medio empleado, la fracción antes descrita contempla esta figura simultáneamente con el ejercicio de un derecho.

El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades, ejemplo: "El médico que le amputa una pierna a una persona para que no avance la gangrena, con lo cual le causa al paciente una mutilación (lesión), pero su conducta, a pesar de ser típica, no es antijurídica porque actúa en cumplimiento de un deber.

El Policía Judicial que en cumplimiento de una orden de aprehensión y ante la resistencia del indiciado, aplica la fuerza necesaria para someterlo causándole lesiones.

El ejercicio de un derecho, es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta exigencia, el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etc.

Ejemplo: El abogado y el actuario, que en la diligencia de embargo toman bienes muebles ajenos, en virtud de la orden correspondiente emitida por el juez competente, con esta conducta no cometen ilícito alguno, porque actúan en el ejercicio de un derecho.

La ley penal iguala tanto el ejercicio de un derecho como el cumplimiento de un deber, al definirlos en el mismo precepto. Y en la mayoría de las veces, ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra.

3.1.3.4.- CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 66 de este Código.

Esta fracción regula lo que se conoce como error de tipo y error de prohibición, excluyentes que requieren en el primero que el agente tenga una falsa noción de los componentes de la descripción típica, y en la segunda el agente tenga esa falsa noción del significado legal de su conducta.

Error de tipo, este se encuentra en el inciso a) descrito con anterioridad, por lo que debemos de partir de que el dolo se manifiesta como entendimiento de los elementos del tipo objetivo, el cual se integra tanto de partes descriptivas (que se perciben por medio de los sentidos), como normativas (que requieren de una valoración cultural o jurídica). Significando el dolo, el conocer y querer los elementos pertenecientes al tipo, el error de tipo se produce en el momento intelectual de aquel señalado como el conocer, por lo que si falta el conocimiento de las circunstancias pertenecientes a dicho tipo se excluye el dolo, el cual para que pueda existir, requiere de dichas circunstancias; si no se da el conocer sobre la integración típica, menos se producirá el querer su realización. En consecuencia, una equivocada percepción del hecho punible, elimina el dolo: esto es lo que constituye un error de tipo.

La ignorancia o el desconocimiento insuperable de alguna particularidad objetiva del hecho, de carácter descriptivo o normativo, perteneciente al tipo legal, hace que se carezca de dolo; cuando el agente desconoce los componentes a que debe corresponder su dolo sobre la conformación del tipo, es cuando se produce el error de tipo precisamente por la falta de entendimiento sobre el contenido de representación exigido para el dolo; por lo tanto, el error se origina cuando en la comisión del hecho el autor de manera invencible desconoce alguna circunstancia esencial perteneciente al tipo legal.

Ahora bien, por lo que se refiere al inciso b), este se refiere al error de prohibición del sujeto activo por estimar que su conducta se encuentra

apegada a derecho, por ignorar la existencia de la ley, por desconocer el significado de la misma, o bien por considerar que se encuentra protegido por una causa de justificación. En estos supuestos el error no se produce sobre la base de datos pertenecientes al tipo objetivo o al hecho típico, sino, recaen en la supuesta licitud de realización de este hecho, produciéndose así el aludido error, por lo mismo, éste, aquí, no proviene de la ignorancia de los elementos del tipo objetivo, mismos que no necesariamente debe desconocer el activo, sino de la licitud de la conducta realizada por éste. Se entiende que la culpabilidad, para ser reprochable, necesita la existencia de posibilidad de que el sujeto activo pueda comportarse de conformidad con el derecho, situación tal que únicamente es dable cuando éste tiene conciencia de la ilegalidad de sus actos o ha podido tenerla. De establecer como condición para el reproche de culpabilidad la circunstancia de que el agente se encuentre en condiciones de conocer la antijuridicidad de su acción, surge el establecimiento del error de prohibición al ignorar aquél que su obrar no es ilícito, es decir, piensa equivocadamente que su conducta es irrelevante para el derecho penal, por desconocer la existencia de la prohibición. El error de prohibición, para proceder, necesita ser invencible, o sea que no hubiera habido posibilidad para el sujeto, de acuerdo a su situación personal, de cerciorarse o enterarse de la ilicitud de su conducta, pues si el error fuera vencible para él, no se excluye su responsabilidad.

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;

Se establece como causa de exclusión del delito la no exigibilidad de otra conducta, que es, cuando por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco de la persona, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.

Por lo que se dice que el miedo grave es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente grave. Es algo de naturaleza interna, mientras que el temor fundado, tiene su origen en algo externo, siendo éste una causa de inculpabilidad.

3.2.- ELEMENTOS DEL TIPO.

En la actualidad el análisis de los elementos del tipo aparece reconocido con la presencia de los elementos descriptivos objetivos, normativos y subjetivos.

En este orden de ideas tenemos que los elementos objetivos, son los elementos exteriores, materiales, de la conducta, que son perceptibles a través de los sentidos que la ley castiga como delitos, es decir, todos aquellos elementos que se pueden observar y que se encuentran sancionados por el estado en las leyes penales y que son la conducta, las calidades de los sujetos, el objeto jurídico o Bien Jurídicamente Tutelado por la norma, el objeto material, el resultado, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, etc.

Los elementos normativos están integrados por aquellos conceptos que se encuentran inmersos en la descripción típica que hace el legislador y que tienen valoración jurídica, social, cultural, económicas, etc. esta valoración la hace el propio juzgador, ya que es él quien debe cerciorarse de que se encuentran reunidos dichos elementos; como ejemplo de una valoración jurídica, diremos que para el caso de violación existe un elemento normativo denominado "copula" y el significado de la palabra copula se encuentra descrito en la misma ley por lo que es una valoración jurídica, otro ejemplo es el delito de aborto en el que se señala "... a la madre que voluntariamente procure su aborto... si concurren las siguientes circunstancias: que no tenga mala fama...", en cuyo caso el hecho de corroborar que una mujer no tenga mala fama es un

concepto de valoración social que el propio juzgador deberá analizar conforme a las reglas impuestas en la sociedad respecto del mismo.

Por último los elementos subjetivos son aquellos que pertenecen a la parte interna del delincuente y que se distinguen en dos, el dolo y la culpa, entendiendo por el primero el conocimiento de que la conducta desplegada se encuentra prohibida por la ley, es decir, que el sujeto activo al momento de desplegar su conducta sabe que ésta se encuentra prohibida por la ley y que se puede hacer acreedor a una sanción penal, mas sin embargo quiere la realización de dicha conducta, es decir, aun a sabiendas de que su conducta es considerada como delito lleva a cabo todos los actos tendientes y necesarios para la consumación del delito; ahora bien por lo que respecta a la culpa diremos que en ésta no existe la intención de cometer el delito, pero sin embargo el mismo sujeto activo sabe que se puede producir un delito y no toma las precauciones necesarias para evitarlo o no prevé lo que es previsible, es decir, el resultado o daño que puede ocasionar con su conducta.

3.2.1.- ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO DEL TIPO PENAL DE PECULADO.

3.2.1.1.- LA CONDUCTA.

Castellanos Tena establece que "la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

Para José María Daveza, la acción es: "*el acaecimiento previsto en la Ley y dependiente de la voluntad humana*". "*acción es un*

comportamiento humano, un acto atribuible al ser humano". Al señalar que es un acaecimiento dependiente de la voluntad humana, ya que consiste en una modificación del mundo exterior, perceptible por los sentidos (resultado) en un simple movimiento corporal, en la no evitación de un resultado o en la no realización de una determinada actividad.

El jurista José Manuel Gómez Benitez, refiere que: *"la acción solo tiene un contenido externo, mecánico, como punto de referencia de la causalidad... esto quiere decir, cualquier forma que adopte la acción es una forma típica"*. Se han utilizado a menudo, como sinónimo las palabras "Hecho" y "Acto"; pero en México se emplea la palabra Conducta Humana.

A la conducta también se le ha identificado con la palabra de acción como sinónimo, por tanto la acción "lato sensu", puede manifestarse mediante haceres positivos o actos en "strictu sensu", y mediante haceres negativos u omisiones.

Concepto que sigue nuestra legislación en su artículo 7° del Código Penal Federal al señalar que "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"; luego entonces, el delito únicamente se puede consumir mediante una conducta en sus especies de acción u omisión.

La acción

La palabra acción en un sentido amplio, comprende cualquier comportamiento humano y es empleada también para designar el movimiento corporal por oposición al resultado.

El acto o la acción, "estricto sensu", es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de

modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación; violando con dicha acción una norma prohibitiva.

Ejemplo del delito de acción:

Homicidio, cuando éste se comete por disparo de arma de fuego.

La omisión

La omisión, en cambio, radica en un abstenerse de obrar, simplemente en dejar de ejecutar; es decir, no se realiza el movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa.

Ejemplo de un delito de omisión

Abandono de persona, la omisión de cuidado derivada de abandonar a un niño o a una persona imposibilitada para cuidarse, es decir, con el simple abandono se pone en peligro al sujeto pasivo porque éste no se puede cuidar por sí mismo.

Comisión por omisión

El artículo 7 del Código Penal Federal en su párrafo segundo refiere: "En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de propio actuar precedente".

Ejemplo de un delito de comisión por omisión.

Homicidio, cuando el paciente de un centro penitenciario enferma de gravedad, acude al médico de dicho centro y éste no le da la atención necesaria y por la falta de atención adecuada fallece. Aquí el médico tenía el deber de evitar el resultado, derivado de un contrato.

Ahora bien en el presente caso a estudio que es el delito de PECULADO, previsto en la fracción I del artículo 223 del Código Penal Federal, señalaremos que es un delito de mera acción en el cual no cabe como forma de realización la omisión o la comisión por omisión ya que como se desprende de la propia descripción legal la acción consistente propiamente en “*distraer*” entonces diremos que cualquier Servidor Público que pretenda llevar a cabo dicha conducta tiene la voluntad de hacerlo, por lo que es indudable que el delito de Peculado es delito de acción.

En este sentido señalaremos que el tipo penal de Peculado nos señala:

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

Por lo cual la conducta que describe este tipo penal, abarca numerosas hipótesis de las cuales a continuación realizamos un listado:

1. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, dinero, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en administración.

2. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, dinero, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en depósito.

3. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, dinero, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido por otra causa.

4. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, dinero, perteneciente a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en administración.

5. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, dinero, perteneciente un organismo descentralizado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en depósito.

6. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, dinero, perteneciente un organismo descentralizado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido por otra causa.

7. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, dinero, perteneciente a un particular, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en administración.

8. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, dinero, perteneciente a un particular, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en depósito.

9. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, dinero, perteneciente a un

particular, si por razón de su cargo lo hubiere recibido por otra causa.

10. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, valores, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración.

11. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, valores, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo los hubiere recibido en depósito.

12. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, valores, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo los hubiere recibido por otra causa.

13. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración.

14. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo los hubiere recibido en depósito.

15. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo los hubiere recibido por otra causa.

16. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración.

17. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en depósito.

18. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido por otra causa.

19. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración.

20. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo las hubiere recibido en depósito.

21. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo las hubiere recibido por otra causa.

22. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo las hubiere recibido en administración.

23. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo las hubiere recibido en depósito.

24. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo las hubiere recibido por otra causa.

25. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un

particular, si por razón de su cargo las hubiere recibido en administración.

26. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo las hubiere recibido en depósito.

27. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo las hubiere recibido por otra causa.

28. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo la hubiere recibido en administración.

29. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo la hubiere recibido en depósito.

30. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo la hubiere recibido por otra causa.

31. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo la hubiere recibido en administración.

32. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo la hubiere recibido en depósito.

33. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo la hubiere recibido por otra causa.

34. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente a un particular, si por razón de su cargo la hubiere recibido en administración.

35. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente a un particular, si por razón de su cargo la hubiere recibido en depósito.

36. Todo Servidor Público que para usos propios distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente a un particular, si por razón de su cargo la hubiere recibido por otra causa.

37. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, dinero, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en administración.

38. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, dinero, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en depósito.

39. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, dinero, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido por otra causa.

40. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, dinero, perteneciente a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en administración.

41. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, dinero, perteneciente un

organismo descentralizado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en depósito.

42. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, dinero, perteneciente un organismo descentralizado, si por razón de su cargo lo hubiere recibido por otra causa.

43. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, dinero, perteneciente a un particular, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en administración.

44. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, dinero, perteneciente a un particular, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en depósito.

45. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, dinero, perteneciente a un particular, si por razón de su cargo lo hubiere recibido por otra causa.

46. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, valores, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración.

47. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, valores, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo los hubiere recibido en depósito.

48. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, valores, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo los hubiere recibido por otra causa.

49. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración.

50. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo los hubiere recibido en depósito.

51. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo los hubiere recibido por otra causa.

52. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración.

53. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en depósito.

54. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, valores, pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido por otra causa.

55. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración.

56. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo las hubiere recibido en depósito.

57. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes al Estado, si por razón de su cargo las hubiere recibido por otra causa.

58. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo las hubiere recibido en administración.

59. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo las hubiere recibido en depósito.

60. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo las hubiere recibido por otra causa.

61. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo las hubiere recibido en administración.

62. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo las hubiere recibido en depósito.

63. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, fincas, pertenecientes a un particular, si por razón de su cargo las hubiere recibido por otra causa.

64. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo la hubiere recibido en administración.

65. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo la hubiere recibido en depósito.

66. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente al Estado, si por razón de su cargo la hubiere recibido por otra causa.

67. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo la hubiere recibido en administración.

68. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo la hubiere recibido en depósito.

69. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente a un organismo descentralizado, si por razón de su cargo la hubiere recibido por otra causa.

70. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente a un particular, si por razón de su cargo la hubiere recibido en administración.

71. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, cualquier otra cosa, perteneciente a un particular, si por razón de su cargo la hubiere recibido en depósito.

72. Todo Servidor Público que para usos ajenos distraiga de su objeto, cualquier otra cosa,

perteneciente a un particular, si por razón de su cargo la hubiere recibido por otra causa.

3.2.1.2.- EL RESULTADO.

Es la consecuencia de la conducta (acción, omisión y comisión por omisión) del sujeto activo del delito y este puede ser de dos maneras.

En el delito de Peculado el resultado se consuma en el momento de que el servidor Público distraiga de su objeto y para usos propios o ajenos, los bienes que tenga bajo su custodia oficial y que sean propiedad del Estado, de un organismo descentralizado ó de un particular. Desde luego el resultado y correspondiente consumación del Peculado no deja de existir por el hecho de que, posteriormente, el funcionario regrese el aludido bien

Resultado material.

Es la mutación en el mundo exterior, causado por la conducta y el cual se encuentra implícito en el tipo penal.

Ejemplo:

El homicidio en donde el resultado es la muerte de un hombre o las lesiones, donde la alteración de la salud o una huella material en el cuerpo de la víctima constituye el resultado.

Resultado formal.

En este caso no existe una mutación en el mundo exterior, es suficiente la realización de la conducta descrita en el tipo penal.

Ejemplo:

En el delito de portación de arma prohibida, en el que basta con que el sujeto realice la conducta consistente en portar un arma prohibida para que se lesione el bien jurídico tutelado.

El Jurista Claus Roxin es quien en esta Teoría, no busca la comprobación del nexo causal en si, sino explicar los criterios, conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. En resumen "solo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico".

El juicio de imputación objetiva, se compone de dos elementos:

a) Como presupuesto, la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado.

b) El resultado debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado implícito en la acción. En otras palabras, el desvalor de la acción concretado en el resultado.

Es necesario resaltar que la acción prevista en la Ley se puede integrar con el simple movimiento corporal; estando en presencia de un delito de resultado formal o de simple actividad. Pero existen tipos Penales que exigen para su integración la producción de un resultado, como es el caso de delitos de resultado material; entendiéndose por éstos últimos: la modificación del mundo exterior, producido por un movimiento corporal del activo que realiza la acción. Es importante que exista un nexo causal o relación de causalidad.

3.2.1.3.- LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD O NEXO CAUSAL.

Es la relación de causa-efecto que existe entre la conducta del sujeto activo y el resultado material que se produce.

Sólo es propio hablar de nexo causal en aquellas conductas que tengan un resultado material, pues únicamente en el mundo naturalístico y no en el jurídico tiene lugar este fenómeno.

El término causalidad expresa una conexión necesaria entre causa y efecto; la causa está formada por un conjunto de hechos. En este sentido, tenemos que la causalidad es la conexión necesaria en la serie del tiempo.

Así mismo, podemos decir que efecto es todo lo que puede incluirse en el pensamiento, juicio ó percepción de un proceso, como habiendo ocurrido a consecuencia de otro proceso y que será al causa.

Por lo que causa-efecto, son términos correlativos que denotan dos cosas, fases o aspectos distinguibles de la realidad, relacionadas en tal forma, que siempre que termina de existir el primero, empieza a existir el segundo.

De esta forma tenemos que siempre van ligados y no se pueden separar, ya que no existiría uno sin el otro, aun cuando el efecto está a expensas de la existencia de la causa; por lo que si no se diera la causa, no daría paso a la existencia del efecto; a esta relación entre la causa y el efecto, se le denomina nexo de causalidad.

El nexo causal es el que se da entre la conducta del agente y el resultado típico. Es decir debe probarse en el caso concreto que el resultado de alguna de las acciones encuentra la causalidad en la conducta desplegada por el inculpaado. Es el que se produce por la conducta del inculpaado en congruencia con los elementos establecidos en este artículo 223 y el resultado típico debidamente probado en el proceso penal. La distracción del bien u objeto debe hacerse necesariamente por el funcionario que los ha recibido en administración o por motivos de su cargo Público.

3.2.1.4.- LA LESIÓN Y PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO.

Para iniciar este tema, debemos decir que el Bien Jurídico Protegido, son todos aquellos Derechos que tienen las personas, y que son de gran importancia, por lo que el estado se ve en la necesidad de custodiarlos; para realizar esto, se vale de las leyes, en las cuales va a plasmar de manera prohibitiva, todas aquellas conductas, por medio de las cuales se violan esos Derechos. Estos Derechos que protege el estado, se denominan Bienes Jurídicos, ya que están protegidos por la Ley¹⁴.

Los tipos penales protegen bienes jurídicos, que son los intereses individuales o colectivos de la sociedad que le interesa proteger al legislador y por tanto el bien jurídico protegido es la razón de ser de los tipos y su justificación.

Lesión del bien jurídico

¹⁴ ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Porrúa, México 1999, pág. 161.

Es la destrucción, constricción o disminución del bien jurídico tutelado que se lleva a cabo con la conducta delictiva, por lo tanto se presentan en los delitos consumados.

Ejemplo:

En el delito de Homicidio (artículo 302), el bien jurídico protegido es la vida, por lo que al privar de la vida se destruye dicho bien jurídico.

Puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Por el contrario, en los delitos de tentativa sólo existe la posibilidad de una destrucción, compresión o disminución del bien jurídico tutelado, ya que la conducta no se consuma y por tanto solamente se pone en peligro dicho bien.

El artículo 12 del Código Penal Federal refiere "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

3.2.1.5.- LAS CALIDADES DE LOS SUJETOS.

Las calidades de los sujetos son aquellas características específicas que requieren ciertos tipos penales ya sea en el sujeto activo o en el sujeto pasivo para la integración de algunos delitos.

3.2.1.5.1.- EL SUJETO ACTIVO.

Es la persona física que lleva a cabo la conducta en el tipo penal. Es importante resaltar que únicamente puede ser sujeto activo la persona física (ser humano), ya que sólo éste tiene la capacidad (conciencia y voluntad) de delinquir.

Aquí en el delito de Peculado diremos que es UNISUBJETIVO Cualificado, debiendo ser servidor Público salvo las excepciones que expresamente alude el artículo 223 del Código Penal Federal.

Calidad específica

Es el conjunto de características que definen y delimitan a las personas que pueden realizar la conducta descrita en el tipo penal.

Ejemplo:

Delitos cometidos por servidores públicos, en donde la calidad específica requerida es que el sujeto activo sea servidor público.

Calidad de garante

Es la circunstancia específica en que se coloca una persona y que por tanto tiene el deber jurídico de evitar el resultado en los delitos de omisión dicho deber nace como lo establece el artículo 7 del Código Penal Federal, que en su párrafo segundo refiere: "En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que

el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello. derivado de una ley, de un contrato o de propio actuar precedente".

3.2.1.5.2.- EL SUJETO PASIVO.

Es la persona física o moral, que resiente la conducta realizada por el sujeto activo.

Es importante hacer la aclaración que la víctima o sujeto pasivo del delito, no siempre coincide con el ofendido.

Aquí en el caso concreto del delito de Peculado en estudio el sujeto pasivo es el Gobierno del Distrito Federal, el estado, la colectividad, la administración Pública del Distrito Federal.

3.2.1.6.- LA FORMA DE INTERVENCIÓN.

En este rubro, tenemos diversas formas de intervención de los sujetos activos, mismas que son descritas por nuestro Código Penal Federal en Vigor, en su artículo 13, mismo que dice así:

“ARTÍCULO 13. Son autores o partícipes del delito :

I Los que acuerden o preparen su realización;

II Los que lo realicen por sí;

III Los que lo realicen conjuntamente;

IV Los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro;

V Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI Los que dolosamente prestan ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito; y

VIII Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo...”

De esta manera, tenemos que en el delito del que trata la presente tesis, las formas más usuales de participación, son las previstas en las fracciones II y III del citado Código.

Ahora analizaremos la fracción II del artículo 13 del citado Código Penal Federal, que nos dice *los que lo realicen por sí*, en cuyo caso nos encontramos en presencia de una Autoría Material, teniendo la calidad de autor el sujeto que comete el ilícito, ya que dicho sujeto es el que prepara la realización del evento delictivo, conociendo todos los elementos del delito que va a violar, en el presente caso los del Robo, y exteriorizando su conducta realiza dicha violación a la Ley, haciéndolo en forma solitaria, es decir por sí mismo, sin auxilio de alguna otra persona, por lo que la comisión del injusto cometido, le será imputable solamente a él.

Por lo que respecta a la fracción III del artículo 13 del Código Penal Federal en, en la que nos dice: *los que lo realicen conjuntamente*, en dicho supuesto, el sujeto activo, tiene la calidad de Coautor Material, ya que la realización del evento doloso la prepara y la realiza apoyándose en otros sujetos, quienes intervienen de manera directa, a fin de hacer más fácil la comisión del ilícito, es decir ya no es un solo sujeto el que comete el delito, sino que ahora son varios, por lo que les cambia su calidad a la de Coautores Materiales.

Para Carlos Juan Manuel Daza Gómez, el Autor, es quien realiza cada uno de los actos con los que se constituye la totalidad corporal u

objetiva ó fenoménicamente apreciable, comisiva u omisiva, de la cual se desprendió el resultado reprochable.

Ahora bien, también nos refiere que si el accionar humano se entiende como la dinámica de una voluntad en busca de un fin, el autor será el centro personal de esa injusticia.

En consecuencia podemos mencionar que autor es quien tiene un dominio pleno de la acción, ya que ésta es su finalidad.

Ahora bien por citar algunas otras formas de participación diremos que:

El autor Material: Es el que realiza directamente el delito de Robo. Esta calidad está establecida en la fracción II del artículo 13 del Código Penal Federal.

El autor intelectual: Es el que instiga a otro a cometer el ilícito. Esta calidad esta prevista en la fracción I del citado precepto.

El autor mediato: Se vale de otro para cometerlo. Se encuentra establecida en la fracción IV de dicho artículo.

Coautor: Es el que en unión de otros, perpetra el hecho delictivo. En la fracción III del artículo 13.

Cómplice: Es quien ayuda al autor material, mediante acciones secundarias a realizar el Robo. Esta prevista en el artículo 13 fracción VI del Código Penal Federal.

Encubridor: Es quien oculta al culpable de ésta conducta delictiva, contemplada en la fracción VII del artículo citado con antelación.

3.2.1.7.- EL OBJETO MATERIAL.

Es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido.

Cuando se trata de una persona, ésta se identifica con el sujeto pasivo, por lo que en ocasiones en una misma figura puede coincidir tanto el sujeto pasivo y el objeto material.

Cuando el daño recae en una cosa, el objeto material será la cosa afectada, y puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, agua, electricidad, etc.

Para los efectos del presente trabajo diremos que el Objeto Material en el delito de Peculado son los bienes y objetos pertenecientes a la administración de los Gobiernos Federal o del Distrito Federal, incluyendo los de la administración Pública Federal Centralizada.

3.2.1.8.- LAS CIRCUNSTANCIAS DE MODO, TIEMPO, LUGAR Y OCASIÓN.

Circunstancias.

Son las situaciones específicas que describen los tipos penales y que deben actualizarse al momento de la realización de la conducta para que esta sea típica.

- Circunstancias de lugar.

Es el espacio físico determinado en que debe realizarse el hecho delictivo y que exige el tipo penal.

Ejemplos:

Artículo 315 Bis párrafo segundo del Código Penal Federal.
Homicidio en casa habitación.

- Circunstancias de tiempo.

Algunos tipos penales reclaman referencias temporales, dentro de las cuales ha de realizarse o prolongarse la conducta o que se relacionan con el resultado material.

Ejemplos:

Artículo 289 del Código Penal Federal. lesiones: "Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrá...Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrá..."

- Circunstancias de modo.

Estas circunstancias de modo, parecieran identificarse también "los medios utilizados", sobre todo con los de la clase que se refieren a la actividad que acompaña a la acción típica.

La conducta se ejecute de una forma específica captada por el tipo.

Ejemplos:

Artículo 315, último párrafo.- Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad.

- Circunstancias de ocasión.

Es la situación especial, que exige el tipo penal generadora de "riesgo" para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir un resultado.

3.2.1.9.- LOS ELEMENTOS NORMATIVOS.

Son aquellos que requieren de una valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar la ley. Cuando la valoración entraña conceptos contenidos en las normas de derecho, estamos en presencia de una valoración jurídica, en tanto cuando la valoración requiere conceptos extralegales estamos ante una valoración cultural.

Ejemplo de elemento normativo de valoración jurídica:

Artículo 178 del Código Penal Federal. Desobediencia: Al que sin causa legítima rehusare a prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad.

Ejemplo de elemento normativo de valoración cultural:

Artículo 265 del Código Penal Federal.

Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo...

Y en el caso del delito de Inseminación Artificial lo son los siguientes elementos: sin consentimiento, con consentimiento, incapaz, inseminación artificial,

En cuanto a los elementos normativos, son aquellos que solamente pueden ser comprendidos, mediante un proceso intelectual o valorativo.

En este sentido el tratadista Reinhard Maurach, nos habla de características normativas del tipo, cuando se asigna al juez, expresa o tácitamente, la labor de llevar valorativamente determinados términos, con ayuda de los métodos de interpretación disponibles.

De igual forma para Enrique Bacigalupo, los elementos normativos son contenidos en una descripción típica, que solo se pueden captar mediante un acto de valoración: refiere la significación cultural de un hecho. Ubicando al sujeto activo, la acción y el Bien Jurídico

Para Juan Bustos Ramírez, son elementos de la actividad humana y medios de realización, los sujetos activos y pasivos, el objeto material, circunstancias temporales, espaciales y sociales.

3.2.1.10.- ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Los elementos subjetivos se integran por el dolo y la culpa.

3.2.1.10.1.- EL DOLO.

El dolo. Se define como el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico.

Elementos del dolo:

Elemento intelectual. Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción, como acción típica. El elemento intelectual del dolo, se refiere por tanto a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material; y

Elemento volitivo. Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos.

Este querer no se confunde con los deseos o con los móviles del sujeto. Cuando el que roba un banco mata al cajero para apoderarse del dinero, probablemente no desee su muerte, incluso prefiera no hacerlo, pero a pesar de ello, quiere producir la muerte en la medida en que no tiene otro camino para apoderarse del dinero. El elemento volitivo supone voluntad incondicionada de realizar algo (típico), que el autor cree puede realizar.

- Dolo directo

El artículo 9 del Código penal Federal nos define lo que es dolo en su párrafo primero al manifestar: "...Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal... quiera ... la realización del hecho descrito por la ley..." Es decir aquí el sujeto conoce los elementos del tipo penal, elemento cognoscitivo del dolo, y quiere la realización del hecho descrito por la ley, elemento volitivo del dolo.

- Dolo eventual

El artículo 90 del Código penal Federal nos define lo que es dolo eventual en su párrafo primero al manifestar: "...Obra dolosamente el que, ... previendo como posible el resultado típico ... acepta la realización del hecho descrito por la ley..." Es decir aquí el sujeto conoce los elementos del tipo penal, elemento cognoscitivo del dolo, y prevee como posible el resultado típico descrito por la ley, y no obstante haber previsto ese resultado acepta la realización del hecho descrito por la ley, elemento volitivo del dolo.

3.2.1.10.2.- LA CULPA.

Para Cuello Calón, existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. Para Edmundo Mezguer, actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.

- Culpa con representación.

El Código Penal Federal, en su artículo 9 párrafo segundo nos proporciona una definición al mencionar "obra culposamente el que produce el resultado típico, ... que previó confiando en que no se produciría".

Es decir, aquí el sujeto activo se representa el resultado y tiene la esperanza que no se produzca

- Culpa sin representación

El Código Penal Federal, en su artículo 9 párrafo segundo nos proporciona una definición al mencionar "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible... en virtud de la violación. a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales." Es decir, aquí el sujeto activo no se representa el resultado, sin embargo, ese resultado si era previsible y por tanto al no preverlo se viola un deber de cuidado.

3.2.1.11.- ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIFICO DIVERSO AL DOLO Y LA CULPA.

Los elementos subjetivos son aquellos que estando descritos o simplemente inmersos en el tipo penal hacen referencia al motivo o fin que persigue la conducta realizada por el agente activo, o bien hacen alusión al estado psíquico o anímico del mismo. Es importante destacar que estos elementos subjetivos son diversos al dolo y a la culpa.

Ejemplo:

Artículo 388 del Código Penal Federal. Administración fraudulenta. Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos con ánimo de lucro perjudique al titular de estos.

3.2.1.12.- MEDIOS COMISIVOS.

Medios utilizados.

Son el instrumento o la actividad distinta a la conducta que se emplea para realizar dicha conducta prevista por el tipo penal.

Es decir, existen delitos cuya descripción típica básica contiene medios preordenados de comisión, entendidos como los medios específicos que el activo debe utilizar para consumir la conducta delictiva.

Ejemplos:

En el delito de violación, la conducta típica deberá de realizarse por medio de la violencia física o moral; es decir, el medio preordenado de comisión limita legalmente la forma de conducta del sujeto activo, ya que si la copula se impone sin la violencia física o moral no habrá violación.

Los medios preordenados de comisión también pueden estar previstos en los tipos complementados cualificados agravados, por ejemplo en los delitos de homicidio y lesiones cuyos tipos básicos no exigen ningún medio preordenado de comisión, pero en el homicidio y lesiones agravados se requiere de la premeditación, ventaja, alevosía y traición.

Después del análisis realizado anteriormente acerca de los medios comisivos y ante el estudio del delito de Peculado en la presente, diremos que el delito en estudio no contiene medio comisivo alguno.

CAPITULO IV
LA NECESIDAD DE QUE EL DELITO
DE PECULADO SEA CONSIDERADO POR EL
ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO FEDERAL DE
PROCEDIMIENTOS PENALES EN VIGOR COMO
DELITO GRAVE.

En base a todo lo anterior, a nuestra consideración el delito de Peculado previsto en la fracción I del artículo 223 del Código Penal Federal debe ser considerado como un delito grave y por lo tanto incorporarse al artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

4.1.-ANALISIS DEL DELITO DE PECULADO,
ARTICULO 223 FRACCION I DEL CODIGO PENAL
FEDERAL.

“ARTICULO 223.- Comete el delito de Peculado:

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

Tal y como lo hemos mencionado anteriormente el delito de Peculado para que pueda ser considerado como tal requiere de cierta calidad

en el sujeto como lo es la calidad de servidor Público quien es la persona que desempeña, un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública centralizada o en la del Distrito Federal, a quien el Estado le confiere cierta confianza para efecto de poder dejarle en administración los bienes o demás objetos pertenecientes al Estado. Por lo que podemos decir que este tipo de delito se trata en esencia del abuso de confianza pública depositado en el funcionario, existen autores quienes establecen la idea de que el resultado delictivo se produce no por el ataque a la propiedad del Estado; sino por la traición a la fidelidad y al normal cumplimiento a los deberes oficiales, en cuanto a la custodia de los bienes puestos bajo el cuidado del Servidor Público.

Para ser del Peculado una figura Criminosa enteramente especial y distinta tendrá que reconocer en la objetividad de la fe pública el criterio determinado de esta especie delictuosa. Tal y como se desprende del artículo, el mismo contiene diversas conductas en sus funciones como son: la primera distraer para usos propios, los bienes que hubiera recibido en administración o por otras causas. Distraer es entretener, desviar o apartar una cosa de su objeto y es así que el agente es calificado doblemente, primero por que debe de ser SERVIDOR PUBLICO y en segundo por que habrá de ser el que hubiera recibido en administración o en deposito el objeto dinero, valores o fincas así como que las posea por razón de su cargo.

Es así como podemos decir que el delito de Peculado recae sobre personas a quienes el Estado les incumben deberes especiales por la posición en que se hallan dentro de la administración por ser esta una actividad al Servicio de la comunidad y no una actividad privada. Así que la particular situación que presentan los trabajadores del Estado los sujeta a una regulación especial en razón de su participación en el ejercicio de la función Pública, de tal forma que cuando en el desempeño de sus funciones incumplen con las obligaciones que la ley les impone, generan responsabilidades a favor de los

sujetos lesionados o del Estado, las cuales pueden presentar características diferentes en razón del régimen legal aplicable de los órganos que intervienen, de los procedimientos para su aplicación y de la jurisdicción a cuya competencia corresponde su conocimiento.

En ese sentido la falta de cumplimiento en los deberes que impone la función Pública da nacimiento a la responsabilidad del autor, responsabilidad que puede ser de orden civil, de orden penal o de orden administrativo, Cualquier falta cometida por el empleado en el desempeño de sus funciones lo hace responsable administrativamente sin perjuicio de que puede originarse, además una responsabilidad civil o penal. De este manera cuando los Servidores Públicos lesionan valores protegidos por las leyes penales, la responsabilidad en que incurrir es penal y por lo tanto les serán aplicables las disposiciones y los procedimientos de esa naturaleza, cuando realizan funciones de gobierno y de dirección y que afectan intereses públicos fundamentales o el buen despacho de los asuntos, dan lugar a la responsabilidad política, y cuando en el desempeño de su empleo cargo o comisión incumplen con las obligaciones que su estatuto les impone para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficacia en el ejercicio de la función Pública, la naturaleza de la responsabilidad es de carácter administrativo.

Se ha dicho injustificadamente que el objeto jurídico del delito de Peculado son los bienes de la nación; lesionándose con la conducta delictiva al Pueblo de México, en presencia de tales razonamientos me parece conveniente recordar que la etimología de la palabra Peculado es *peculare* o sea robar el **peculio** ajeno. A su vez *peculio* y *pecunia* (dinero) se enlazan siendo *pecus* (ganado) su raíz común. El ganado era sinónimo de riqueza en Pueblos que como el Romano fundaban su orden económico sobre todo en el pastoreo. Así las cosas es indudable que el objeto jurídico del delito de Peculado como se dice es el interés de la colectividad social y por ello del

Estado porque funcionen normalmente los Servidores Públicos y las empresas de interés Público en beneficio de la misma colectividad, ya que sería inconcebible pretender hoy en día que con tal conducta ilícita se robe el ganado, atendiéndose en realidad en contra del funcionamiento debido de los servidores Públicos y las empresas de interés Público. Claro que en el fondo de tal funcionamiento esta el dinero (pecunia) de la nación pero por encima de este, importa el perfecto funcionamiento de la administración del Estado

Respecto a los términos a que se refiere el artículo en comento ***“USOS PROPIOS O AJENOS”***, el hecho de distraer para usar o sea hacerse servir o disfrutar de tal manera los bienes indicados mas allá, no debe hacerse extensivo a otros actos vg. “los de apropiación” u otros distintos del de “usos”. Por lo cual si un Servidor Público distrae no para usos, sino por ejemplo para apropiación (propia o ajena) en este supuesto su conducta seguramente será antijurídica pero no típica de este delito.

En estricto sentido jurídico el elemento normativo ***“USOS PROPIOS O AJENOS”*** se daría en aquellos casos donde el servidor Público usara para su servicio personal, por ejemplo un vehículo perteneciente al Estado, sin embargo se presenta una situación que requiere de interpretación en cuanto a los bienes que pueden “distraerse” y que señala el tipo en su elemento normativo”... dinero, valores....” por que en tratándose del primero, el dinero no se usa sino se gasta, se da un pago o se le apropia, pero en si mismo no se usa y si se quisiera ligar el sustantivo dinero a este verbo de usar, el mismo requeriría a su vez de conectarlo con otro como vg. Usarlo para pagar, usarlo para comprar, usarlo para apropiarse del mismo etc; y en tratándose del segundo, los valores como podría ser documentos, cobrables como por ejemplo cheques, títulos de crédito al portador mas que distraerlos para usos se distraerían para cobrarlos darlos en pago.

Así por lo que hace al elemento normativo “... **DINERO, VALORES, FINCAS O CUALQUIER OTRA COSA PERTENECIENTE AL ERARIO DEL DISTRITO FEDERAL O A UN PARTICULAR...**”; el dinero es el numerario que puede ser en moneda nacional o extranjera por que no lo determina el tipo; los valores pueden ser títulos de crédito o todo aquello que se cobrable o que tenga un valor intrínseco y liquidable en si mismo podría ser también objetos como metales preciosos joyas etc, el agregado “**CUALQUIER OTRA COSA**”, como su nombre lo indica, menciona a todo bien que puede distraerse para usos propios o ajenos de parte del agente.

En lo relativo a la expresión derivada del propio artículo en comento “... **PERTENECIENTE AL ESTADO...**” hace hincapié a la propiedad a que habrán de corresponder los objetos antes mencionados ósea deben de ser del Estado, dado que es el a quien le pertenecen o de donde son distraídos los elementos (dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa, elementos todos antes analizados.

En lo tocante a la expresión “...**O A UN PARTICULAR...**”, corresponde cómo excepción a bienes que no obstante de pertenecer a personas privadas los tenga en su posesión por razón de su cargo el sujeto pasivo.

Finalmente en lo tocante a la expresión “...**SI POR RAZON DE SU CARGO LOS HUBIERA RECIBIDO EN ADMINISTRACION EN DEPOSITO O POR OTRA CAUSA...**”; aquí se mencionan los motivos jurídicos por los cuales debe tener en su poder el agente dichos objetos, la cual habrá de derivarse necesariamente de su empleo, cargo ó comisión, motivo por el cual debe haberlos recibido en administración, en deposito o por otra causa, siendo esto necesariamente el estado a través del Servidor Público, pues de otra forma si dentro de su competencia no estuviera la de recibirlos su conducta podría ser antijurídica pero no típica de esta fracción en estudio.

4.2.-BREVE ANALISIS DEL DELITO DE USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES. ARTICULO 217 DEL CODIGO PENAL FEDERAL

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

I.- El servidor Público que indebidamente:

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

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

c) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal, y del Distrito Federal.

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

II. Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hacen 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 pública distinta de aquella a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal.

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

Cuando el monto a que asciendan las operaciones a que hace referencia este Artículo no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán 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 a que asciendan las operaciones a que hace referencia este Artículo, exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a doce años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos a doce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Aquí vemos que el artículo contempla diversas conductas en sus tres fracciones las cuales analizaremos en el orden en que se encuentran contempladas.

La fracción I

A) La conducta típica aquí consiste en otorgar indebidamente las concesiones a que se refiere este inciso.

Otorgar diremos que es consentir, conceder de manera ilegal o contrario a las normas que regulen el acto, la concesión de prestación de servicio Público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la federación, como sería por ejemplo en el primera caso para prestar el

servicio de transporte Público federal o la explotación de una mina o el aprovechamiento y uso de algunas materias o sustancias que correspondan a la disposición o dominio de la federación.

Aquí también veremos como lo es también el en delito de Peculado que la calidad de la persona quien como el propio delito lo dice en ejercicio de sus funciones las usa indebidamente para poder quebrantar la confianza que el estado propio deposito en el otorgándole un poder el cual le concede la calidad de Servidor Público.

B).- La conducta aquí consiste en otorgar permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico y se entiende al igual que lo antes señalado en la fracción anterior que ello significa consentir o conceder los aludidos permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico, como podría ser la concesión de una licencia a un trabajador como goce de sueldo de manera ilegal.

C).-Otorgar significa aquí, también conceder o consentir las franquicias y demás figuras que se mencionan en la misma fracción produciendo con ello un menoscabo de carácter económico en los ingresos fiscales de la administración Pública federal o del Distrito Federal como ocurriría si el Servidor Público de manera ilegal exentara mediante franquicia el pago de algún servicio o de impuestos fiscales etc. Traduciéndose todo esto en actos de disposición patrimonial sobre los Ingresos del estado por parte del Servidor Público careciéndose de facultades o de norma legal que se lo autorice.

Aquí la conducta típica también consiste en otorgar o realizar con el mismo significado ya antes mencionado, contrataciones de las obras que se señalan con recursos económicos Públicos y se entiende aunque no lo mencione la fracción en estudio, que ello debe hacerse de una manera indebida

y además que de los mismo se desprenda una afectación en los recursos económicos de la Federación o del Distrito Federal.

FRACION II

La conducta consiste en solicitar o promover la realización de cualquiera de los actos señalados en la fracción anterior.

Solicitar significa pedir, promover, es iniciar los tramites para el logro de cualquiera de los actos señalados y se entiende que el agente aquí puede ser no solo Servidor Público, sino cualquier persona que trate de lograr una contratación indebida con intervención del Servidor Público, ante quien solicite o promueva para que se conduzca de manera típica y concordante con lo establecido en algunos de los incisos de la fracción I de este propio artículo en comento.

FRACCION III

La conducta típica consiste en aplicar fondos Públicos de la manera que se señala en esta fracción.

Aplicar significa emplear o gastar los fondos Públicos en obras Publicas diferentes para las cuales estuvieran destinadas o bien para hacer un pago no autorizado por la ley. El elemento normativo “... **el servidor Público que teniendo a su cargo fondos Públicos...**” ; alude a un sujeto activo doblemente calificado, primero como ya se había mencionado anteriormente por que debe ser servidor Público y segundo por que además sus funciones deben específicamente consistir en tener a su cargo los fondos Públicos así como la aplicación de estos conforme a la ley, ósea debe ser el encargado de utilizarlos para los fines que estén destinados en la administración Pública, de hacer los pagos o los gastos correspondientes a

dichos fondos Públicos de tal manera que si un servidor Público que no tenga a su cargo dichos fondos realizara las acciones, descritas en esta fracción, las mismas seguramente serán antijurídicas, pero no típicas dado que pueden ser constitutivas de otro delito, pero no serían típicas del ilícito contenido en el artículo 217 en análisis.

El elemento subjetivo “... *les dé a sabiendas...*” alude primero al conocimiento que tiene al agente de la ilegalidad de su conducta, esto es de no tener una causa de justificación que lo ampare para realizar cualquiera de las acciones señaladas y en segundo lugar que objetivamente debe conocer que la aplicación que haga de dichos fondos públicos es distinta a la autorizada por la normatividad respectiva, es decir que o bien que se trate de un pago antijurídico, fuera de la ley.

4.3.-LOS DELITOS GRAVES, ARTICULO 194 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN VIGOR.

Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

- 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;
- 2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- 3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- 4) Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero;
- 5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;

8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;

10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;

11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;

12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;

13) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; y pornografía infantil, previsto en el artículo 201 bis;

14) Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;

15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;

16) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;

17) Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, previsto en el artículo 240 Bis, salvo la fracción III;

18) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;

19) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

20) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;

21) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;

22) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

23) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter;

24) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI;

25) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;

26) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;

27) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;

28) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;

29) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;

30) Los previstos en el artículo 377;

31) Extorsión, previsto en el artículo 390;

32) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y

33) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.

34) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A.

II. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2.

III. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:

1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;

2) Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;

3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;

4) Los previstos en el artículo 84, y

5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.

IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o.

V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138.

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y

2) Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.

VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III.

VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo;

112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3o. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.

Sauza Mosqueda nos dice "delito grave es, aquel que afecta de manera importante valores fundamentales de la sociedad".

Conforme al texto de la fracción I del artículo 20 Constitucional para la concesión de la libertad provisional bajo caución no se establece como limitante el que el término medio aritmético de la pena sea de cinco años, es decir, actualmente se deberá tomar en cuenta:

- 1.- La Naturaleza, modalidades y circunstancias del delito
- 2.- Las características del inculpado
- 3.- La posibilidad de cumplimiento a las obligaciones procesales a su cargo
- 4.- Los daños y perjuicios causados al ofendido
- 5.- La sanción pecuniaria que en su caso pueda llegar a imponérsele
- 6.- Que no se trate de los llamados delitos graves
- 7.- Que el Ministerio Público, considere que la libertad del inculpado no representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Ahora bien el artículo 20 fracción I en la cual encontramos la base para conceder o no el beneficio de la libertad provisional bajo caución y el cual nos dice claramente que los delitos graves no alcanzan fianza o caución, es decir, los delitos contemplados en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales dentro de los cuales se considera que debiera existir el delito de Peculado.

Aquí podemos mencionar que el punto esencial para la comprobación de la hipótesis establecida en el presente trabajo, es la relacionada con el texto original de la fracción I del artículo 20 Constitucional, la cual es de gran relevancia por que, el método que se utilizaba para calificar la gravedad del ilícito cometido, y como consecuencia para establecer si el ilícito obtenía el beneficio de libertad a través del resultado (término medio aritmético) de la pena, es decir, la media de la penalidad del delito, lo cual se obtenía sumando la pena máxima con la pena mínima, y daba como consecuencia un determinado número de años de penalidad el cual si rebasaba el término de cinco años de pena que la ley establecía se consideraba como un delito grave y como resultado el sujeto activo del ilícito no alcanzaba al beneficio de la libertad provisional bajo caución, establecida en el artículo 20 en su fracción I, de la ley Suprema, con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de

fecha 03 tres de septiembre de 1993 el precepto sufrió una gran transformación respecto al procedimientos de calificar, si se trataba de un delito grave o no, y como consecuencia para la obtención del beneficio de la libertad provisional bajo caución ya que no era a través del resultado del término medio aritmético, sino con base a la clasificación que se hizo de los delitos considerados como graves, los cuales la ley los señala en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales ya que esta clasificación no establece al delito de Peculado como delito grave lo cual es esencial para el presente trabajo.

El señalamiento de los "delitos" que se tengan como "graves", no debe hacerse por el legislador ordinario sino que, por encontrara su fuente en el artículo 16 Constitucional sobre la detención y retención del inculpado por parte del Ministerio Público en la Averiguación Previa y tener relación también con la negativa de conceder el derecho a la libertad caucional que establece la fracción I del artículo 20 Constitucional y por que en efecto todo ello corresponde a nivel constitucional, debe ser determinado exclusivamente por el Constituyente permanente y en el mismo nivel en nuestra carta Magna dado que tal criterio de los delitos graves de manera deliberada sirve a vulnerar las garantías individuales, cuando menos la de ser detenido sin orden de aprehensión por el Ministerio Público y luego la de no tener derecho a la libertad provisional como caución, como se desprende de los mencionados preceptos constitucionales señalados. Es decir no cabe seguir autorizandose al legislador ordinario para casuísticamente Ad libitum y en el sentido indicado, vulnerar, suprimir o desconocer garantías individuales al gobernado, al permitirsele establecer que cosa sea delito grave pues en un estado de derecho como el nuestro que se rige por principios constitucionales como los que se plasman en los artículo 1 y 29 de la Carta Magna se debe respetar la regla de que sea en esta donde se den las bases para considerar que es el delito grave así como sus consecuencias de menoscabar los derechos humanos del gobernado.

El artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales señala los requisitos indispensables que se deben cubrir para que se puede conceder el beneficio de la libertad provisional bajo caución:

ARTICULO 399.-Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto el libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I.- Que garantice el monto de lo estimado de la reparación del daño.

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la ley Federal del Trabajo.

II.- Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso se pueden imponérsele.

III.- Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso y

IV.- Que no se trate de algunos de los delitos calificados como graves en el artículo 194.

La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refiere las fracciones I y II podrán consistir en deposito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca, o fideicomiso formalmente constituido.

De acuerdo a lo que establece este artículo el legislador deberá de tomar en cuenta que al considerar el delito de Peculado como delito grave se estaría avanzado indudablemente en la aplicación de la justicia ya que

el Peculado es un delito que afecta de manera importante valores fundamentales de la sociedad y por lo tanto al ser considerado como un delito grave de acuerdo a lo que establece el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales se le negaría el beneficio de la libertad provisional bajo caución lo cual es la propuesta que contiene el presente trabajo de tesis.

La libertad provisional ha sido elevada a un rango de garantía individual a la que el acusado tiene derecho a disfrutar durante la tramitación del proceso que se le instruya, y al ser considerado como una garantía creo yo y que la finalidad del presente trabajo es que el Servidor Público en quien se deposita la confianza no debe concedérsele tal beneficio ya que aun que si bien es cierto es un derecho que se les da a los procesados también lo es que el delito de Peculado no es un delito que se pueda tomar a la ligera y que debe de ser castigado con pena privativa de libertad sin concederle el beneficio de la libertad provisional.

Para concluir con el análisis del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales se propone la siguiente reforma de clasificación que realiza el artículo en comento el cual menciona cuales son los delitos que son considerados como graves

ARTICULO 194.-"Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

- 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;
- 2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- 3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

- 4) Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero;
- 5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- 6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- 7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;
- 8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- 9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;
- 10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;
- 11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;
- 12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;
- 13) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; y pornografía infantil, previsto en el artículo 201 bis;
- 14) Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;
- 15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;
- 15 bis) Peculado, previsto en el artículo 223 fracción I;**
- 16)..."

Precisamente es en la fracción I inciso 15 bis), del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales en donde se propone la adición del delito de Peculado para que sea considerado como delito grave.

Con esta propuesta se pretende que todos aquellos Servidores Públicos en quienes el Pueblo deposita toda su confianza y seguridad se rigan por lo que establece la ley y actúen de manera correcta en el desempeño de sus funciones realizando sus actividades con responsabilidad ya

que deberían de tomar en cuenta que en la actualidad aquella persona que por haber cometido un robo el cual se le tiene como agravado de acuerdo a ciertas circunstancias del delito no tiene derecho a obtener su libertad provisional bajo caución siendo esto cometido por una persona quien tal vez cometido dicho ilícito bajo alguna circunstancia y que en la actualidad el delito de Peculado el cual es cometido por una persona con cierta calidad como lo es el ser servidor Público y que considero debería actuar correctamente y que sin embargo no lo hace a pesar del cargo y a pesar de la confianza que se le concedió no es considerado como un delito grave motivo por el cual creo que no se esta tomando en cuenta la igualdad de las personas en cuanto a la calidad de las mismas.

4.4.-PROPUESTA DE ADICION AL ARTICULO 194 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN VIGOR.

Ante los cada vez mas frecuentes casos de corrupción de los Servidores Públicos uno se pregunta si no existen medios o recursos consignados en las leyes que los prevengan o los sancionen, y de existir si son plenamente eficaces para lograr que estos es decir los Servidores Públicos se conduzcan con responsabilidad, legalidad, imparcialidad, honestidad, profesionalismo y eficiencia que de suyo son los criterios que deben regir sus actividades y el ejercicio de sus funciones y atribuciones Públicas.

Cuando se toca el tema de responsabilidad legal de los gobernantes y en general de los Servidores Públicos es inevitable hacer referencia a uno de los conceptos políticos mas utilizados por los gobernantes de casi todos los países del orbe como lo es la democracia ya que la responsabilidad que tienen frente a los gobernadores es uno de los elementos fundamentales de esta institución político Constitucional.

El concepto de democracia existe desde la época clásica Griega pero adquiere una nueva dimensión con la creación del Estado Liberal que surge como una reacción ante los abusos de los Dictadores Monárquicos y Absolutistas al reivindicar los derechos y libertades individuales mediante la participación del Pueblo en la adopción de la forma de Gobierno que mas le convenga en ejercicio del derecho inalienable llamado soberanía..

La actuación de los Gobernantes como Servidores Públicos debe estar circunscrita a un orden constitucional y a las leyes que de ella emanen y están obligados a la guarda y respeto a ese ordenamiento legal supremo, por lo que la honestidad y la eficiencia en el desempeño de sus tareas públicas deben ser sus características fundamentales inseparables y en caso contrario están obligados a responder por su incumplimiento. La efectiva presencia de la democracia en un estado que se repute como políticamente liberal se debe buscar en los elementos fundamentales que la caracterizan y que se encuentran en aquellos países que se alardean de tener esta forma de Gobierno. No hay democracia si no encontramos una conjunción real de los elementos que deben tener vigencia en los Estados Democráticos o Liberales como el respeto al derecho de los Ciudadanos para elegir libremente a sus Gobernantes.

La Democracia debe tener como uno de sus principales fundamentos el control jurisdiccional y administrativo de los servidores Públicos cualquiera que sea su rango o nivel jerárquico así como la voluntad de ellos mismos para hacerlos efectivos en contra de aquellos que sean incapaces por no poder o por no tener la voluntad de cumplir con las leyes que regulan sus actividades públicas. La primera responsabilidad Pública de un gobernante honesto es respetar y aplicar la ley, los ciudadanos no pueden convertirse en policías de los Gobernantes o servidores Públicos corruptos, aun cuando legalmente tienen el derecho y aparentemente los medios para denunciar los

casos de corrupción de los Servidores Públicos sin embargo es prácticamente imposible que denuncien conductas infractoras o delictivas cometidas por funcionarios Públicos del mas alto nivel aunque sea evidente su comisión. El riesgo de incurrir en responsabilidad penal o civil es muy alto por la falta de acceso a los medios de prueba, por no mencionar las represalias de personas mas poderosas en lo político, en lo social y en lo económico, esa tarea le corresponde a sus representantes por la menor dificultad que tienen en el acceso a la información y a los documentos probatorios que se requieren para iniciar cualquier tipo de procedimiento legal.

La credibilidad en las Instituciones políticas se ha demeritado profundamente y tal vez se debe a que la conciencia Pública ha sido golpeada insistente e impunemente por Servidores Públicos irresponsables y corruptos, cuando la moral política debería encontrar sus elementos de acuerdo con nuestra Constitución en la legalidad en la eficiencia en la responsabilidad en la honestidad y en la imparcialidad, pero desafortunadamente no sucede así.

Por que tal parece que ser corrupto es sinónimo de habilidad de capacidad, de inteligencia, de brillantez y el no serlo es sinónimo de lo contrario. En realidad lo único que se necesita para ser corrupto es un alto grado de cinismo e irresponsabilidad social particularmente en las esferas mas altas, en donde no hay justificación de pobreza o de salarios insuficientes.

La corrupción es uno de los mas grandes males sociales es el síndrome de inmuno deficiencia adquirida social, es un manto negro que corroe los cimientos sociales y que ha avanzado a pasos agigantados en los últimos veinticinco años. Desafortunadamente los Servidores Públicos honestos que por supuesto los hay son los menos y están condicionados a un sistema que es peligrosamente contagioso. El servidor Público corrupto es un cómplice pasivo indirecto de los peores criminales los que tienen el poder Público y

deben ejercerlo en beneficio de los sociedad lo utilizan para satisfacer sus deseos y hasta sus caprichos.

Parece que el único remedio a todo lo que anteriormente analizamos es una renovación de la conciencia social que resuma y ejerza sus primigenios e inalienables derechos Constitucionales exigiendo a los gobernantes por la vía de derecho que su quehacer se ciña al bienestar popular.

Es por ello que se considera que el delito de Peculado que se encuentra establecido en el artículo 223 del Código Penal Federal en vigor sea considerado como delito grave.

Como lo hemos señalado anteriormente en base al estudio que se ha elaborado sobre esta figura delictiva, entrando al estudio específico del delito en sí, todo esto en base a que el trabajo está encaminado a señalar que el peculado se debe tipificar como delito grave, por la gran importancia que ha llegado a tener como figura delictiva al ser cometido por un servidor Público por lo que se considera en consecuencia causa un deterioro en el patrimonio del estado, ya que como hemos estudiado el delito de Peculado lo podemos entender como una evolución moderna a ciertos aspectos de los delitos cometidos por servidores Públicos como es el robo, fraude, abuso de confianza etc, sin embargo para llevar a cabo dicha aprobación de nuestra hipótesis en el presente trabajo en el sentido de que el Peculado debe tipificarse como un delito grave en el artículo 194 del Código Federal de procedimientos Penales debemos entender que se trata de un delito en el que sufre un detrimento patrimonial y en grandes circunstancias el estado.

Dentro de este párrafo señalaremos algo muy importante ya que el delito de Peculado es necesariamente de comisión dolosa por que la conducta está orientada en los siguientes términos; primeramente en alcanzar

un lucro esto es existe la intención, la voluntad esta dirigida hacia ese resultado ya que este se quiere y se desea, es así como también se debe tipificar al delito de Peculado como grave por que solamente es su única manera de presentarse en forma dolosa, y no existe ninguna conducta en el delito de Peculado que se pueda establecer como culposa como si fuera algo no intencional que no se quiso obtener ese resultado o sea el no querer causar el perjuicio al estado.

En cuanto al dolo este contiene elementos éticos, volitivos o emocionales, el elemento ético esta constituido por la conciencia que quebranta el deber, el volutivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto en la violación del hecho típico. Dentro de las diversas especies dolosas así se habla dentro de la doctrina del dolo directo, simplemente indirecto eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado entre otros, por lo que en esos términos y en el entendido de que el Servidor Público tiene la plena capacidad y además tiene la intención para cometer el delito que nos ocupa por ello es importante que se debe adicionar el delito de Peculado en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Tal y como ha quedado debidamente señalado en el tema anterior respecto al análisis del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales el delito de Peculado, deberá ser agregado después del inciso 15, es decir, tendrá que crearse el inciso 15 bis donde se incorporara el delito de Peculado, tal y como a continuación se señala.

ARTICULO 194.-"Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;

2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

4) Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero;

5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;

8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;

10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;

11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;

12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;

13) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; y pornografía infantil, previsto en el artículo 201 bis;

14) Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;

15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;

15 bis) Peculado, previsto en el artículo 223 fracción I;

16) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;

17) Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, previsto en el artículo 240 Bis, salvo la fracción III;

18) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;

19) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

20) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;

21) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;

22) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

23) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter;

24) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI;

25) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;

26) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;

27) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;

28) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;

29) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;

30) Los previstos en el artículo 377;

31) Extorsión, previsto en el artículo 390;

32) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y

33) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.

34) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A.

II. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2.

III. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:

1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;

2) Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;

3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;

4) Los previstos en el artículo 84, y

5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.

IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o.

V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138.

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y

2) Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.

VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III.

VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3o. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave".

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La corrupción es uno de los males mas graves que actualmente es inherente a la naturaleza humana, y por lo tanto nos ha acompañado desde que el hombre habita este planeta y nos acompañará seguramente hasta que el mismo se extinga y que debemos de empezar a atacar aplicándole sanciones mas severas a los Servidores Públicos o de lo contrario nos haremos cómplices de la corrupción que amenaza extenderse y hundirnos.

SEGUNDA.- Cuando el Servidor Público transgrede de manera grave los bienes pertenecientes al Estado tiene la capacidad de querer y entender el carácter de su ilícito, por lo tanto cometen el ilícito, dolosamente.

TERCERA.- La Política y la impartición de Justicia van de la mano ya que en la actualidad la mayor parte de los cargos Públicos se encuentran en personas relacionadas con la Política, motivo por el cual se valen de dicha circunstancia para que se encuentren inmunes en la impartición de justicia, así como para valerse de dicha circunstancia es decir de su cargo Público para hacer de las suyas.

CUARTA.- Haremos referencia a la frase del Autor Español, Antonio Travel y Serra *“Los privilegios fundamentales que el hombre posee, por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad son derechos inherentes y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política han de ser consagrados y garantizados por esta”*. Contrario a la frase del Autor; ya que si bien es cierto debemos de tomar en cuenta por ejemplo

que en la actualidad una persona que comete el delito de robo el cual se le tiene como agravado, por las circunstancias en que lo cometió, no tiene derecho a obtener su libertad provisional bajo caución y una persona que desempeña un cargo Público y que comete el delito de Peculado el mismo tiene derecho a obtener su libertad provisional bajo caución motivo por el cual se considera que no se está tomando en cuenta la igualdad de la persona quizá por la función Pública que desempeña el Servidor Público.

QUINTA.- La actuación de los Servidores Públicos debe estar circunscrita a un orden constitucional y a las leyes que de ella emanen y están obligados a la guarda y respeto a ese ordenamiento legal supremo, por lo que la honestidad y la eficiencia en el desempeño de sus tareas públicas deben ser sus características fundamentales inseparables y en caso contrario están obligados a responder por su incumplimiento.

SEXTA.- El artículo 223 del Código Penal Federal establece el tipo penal de Peculado, así como de las sanciones de acuerdo a lo distraído por el Servidor Público, motivo por lo cual se considera que debería de calificarse como grave y por lo tanto negársele el beneficio de la libertad provisional bajo caución que menciona la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

SEPTIMA.- Actualmente tenemos que el delito de Peculado no se encuentra incluido dentro de los delitos graves a que hace referencia el artículo 194 del Código Federal de procedimientos Penales, pero si bien es cierto, se debe de tomar en cuenta que toda actividad realizada por un Servidor Público debe realizarse con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficacia en el ejercicio de la función Pública.

OCTAVA.- La responsabilidad de un Servidor Público honesto es respetar la ley, debiendo actuar debidamente en el desempeño de su función Pública.

NOVENA.- Es importante destacar que el legislador debería de tomar mas en cuenta la actividad de los Servidores Públicos, así como realizar un nuevo enfoque en el análisis del delito de Peculado, ya que dicho delito es cometido por una persona con una calidad específica como lo es la de ser Servidor Público y a quien se le debe de aplicar la ley mas estrictamente por la confianza que se le brinda y por el cargo que desempeña. Con la Finalidad de que los Servidores Públicos actúen de manera correcta y con responsabilidad en el desempeño de sus funciones así como en beneficio de la sociedad.

DECIMA.- El desempeño de la actividad realizada por los servidores Públicos debe estar regidas por leyes específicas que procuren el buen desempeño de sus funciones e impidan que se haga mal uso de los bienes pertenecientes al estado.

BIBLIOGRAFÍA.



AMUCHATEGUI REQUENA, GRISELDA, Manual de Derecho Penal, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda Edición, Editorial Oxford University Press, México, 2000.



CARDENAS RIOSECO, RAUL, Enriquecimiento Ilícito, Editorial Porrúa.



CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal en México, Vigésimo Quinta Edición, México D.F, Editorial Porrúa, 1988.



CUELLO, CALON EUGENIO, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Volumen primero.



D. P. MORENO ANTONIO. Curso de Derecho Penal Mexicano, Parte especial de los delitos en Particular, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1968.



DELGADILLO GUTIERREZ LUIS HUMBERTO. El Sistema de Responsabilidad de los Servidores Públicos, Editorial Porrúa, México 1996.



DELGADILLO GUTIERREZ LUIS HUMBERTO. La Responsabilidad de los Servidores Públicos, Colección Jurídica, Editorial Porrúa, México 1984.



DIAZ ARANDA, ENRIQUE. Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México D.F, 2000.



ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA tomo XXI, Editorial Ancafo S.A, Buenos Aires.



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1994.



LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO. Delitos en Particular, Quinta Edición, tomo II, Editorial Porrúa, México 2000.



LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO. Teoría del Delito, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 1998.



MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal, Delitos en particular, Volúmenes III Y IV, Tercera Edición, Editorial Temis, Bogota Colombia 1989.



MALO CAMACHO, GUSTAVO. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1997.



ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, Curso de Derecho Penal, Parte General, Editorial Porrúa, México 1999.



ORTIZ SOLTERO SERGIO MONSERRAT.
Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos, Editorial Porrúa , México 1999.



ORTIZ SOLTERO, SERGIO MONSERRIT.
Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos, Editorial Porrúa, México 1999.



P. CARRERA, DANIEL. Peculado; Editorial Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1968.



PEREZ, LUIS CARLOS, Manual de Derecho Penal, Parte General y Parte Especial. Sexta Edición, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1977.



RANIERI, SILVIO. Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III.



REINHART MAURACH, Tratado de Derecho Penal, Editorial Ariel , BARCELONA España .



ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, Derecho Penal, Parte General, Editorial Porrúa, México 2001.

LEGISLACIÓN



CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANO, Editorial Sista, México, 2001.



CODIGO PENAL FEDERAL, Ediciones Delma, México, 2001.



CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Ediciones Delma, México, 2001.



CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ediciones Delma, México, 2001.



CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ediciones Delma, México, 2001.



CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial
Sista, México, 2003



CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES
COMENTADO DE MARCO ANTONIO DIAZ DE LEON,
Editorial Porrúa, México, 2001.



CODIGO PENAL FEDERAL COMENTADO DE MARCO
ANTONIO DIAZ DE LEON, Editorial Porrúa, México, 2001..



CODIGO PENAL ANOTADO RAUL CARRANCA Y TRUJILLO
Editorial Porrúa México 1998 Pag 1208.