UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ANÁLISIS JURÍDICO DEL TIPO PENAL DE PECULADO PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"

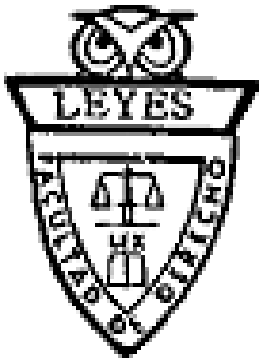
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

GABRIELA BERNAL RAMÍREZ



ASESOR: DR. EDUARDO ALFONSO GUERRERO MARTÍNEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA **2008**

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

VNIVERSIDAD NACIONAL AVTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/SP/154/08/08
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Por medio del presente me permito distraer su fina atención, para hacer de su superior conocimiento, que la alumna **GABRIELA BERNAL RAMÍREZ** ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección de el **DR. EDUARDO ALFONSO ANTONINO GUERRERO MARTÍNEZ,** la tesis profesional titulada **"ANÁLISIS JURÍDICO DEL TIPO PENAL DE PECULADO PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"** que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El **DR. EDUARDO ALFONSO ANTONINO GUERRERO MARTÍNEZ** en su calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"ANÁLISIS JURÍDICO DEL TIPO PENAL DE PECULADO PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"** puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **GABRIELA BERNAL RAMÍREZ.**

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

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

Agradeciéndole la atención al presente, le reitero como siempre las seguridades de mi más alta y distinguida consideración y respeto.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 13 de agosto de 2008

LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

JPPYS/ *ajs.

Dedicatorias.

Mi tesis la dedico con todo mi amor y cariño, a ti DIOS que me diste la oportunidad de vivir y de brindarme una familia tan maravillosa.

Con mucho cariño principalmente a mis padres que me dieron la vida y han estado conmigo en todo momento, gracias Rocío y Enrique, por darme una carrera para mi futuro y por creer en mi, porque nunca han escatimado esfuerzo alguno para formarme y educarme, pues la ilusión de su existencia ha sido verme convertida en persona de provecho, porque mis logros también son suyos y mi esfuerzo es inspirado en ustedes; aunque hemos pasado momentos difíciles, siempre han estado apoyándome y brindándome todo su amor, por todo esto les agradezco de todo corazón el que estén a mi lado, nunca podré pagarles todos sus desvelos, ni con todas las riquezas del mundo.

A mis hermanos Luis Enrique y Óscar, porque siempre hemos estado juntos, nos hemos apoyado y el amor que nuestros padres han cultivado en nosotros, ha rendido excelentes frutos gracias a su ejemplo y consejos. "Quique", yo siempre quise ser como tú, has sido mi ejemplo. "Chavo", con tus ocurrencias hemos pasado momentos muy alegres, gracias por todo.

A Carlos Arroyo Estrada, porque con él estudié la mayor parte de la carrera, apoyándonos mutuamente teniendo como base primordial el amor que nos tenemos, muchas gracias por todo tu apoyo, cariño y comprensión, recuerda que eres muy importante para mí.

A mi asesor, Dr. Eduardo Alfonso Guerrero Martínez, como testimonio de gratitud y eterno reconocimiento, por su apoyo, paciencia y enseñanza diaria, porque jamás terminaré de agradecerle la oportunidad y el privilegio de laborar en su equipo de trabajo, maestro infinitas gracias.

También tengo que agradecer a mis amigos, Norma Elizabeth, Eduardo, Cecilia, Yadira, Romana, Jimena, Sinuhé, Alejandro, pues con su apoyo y cariño, he podido terminar este ciclo, gracias infinitas por esas horas de alegría, pero también por escucharme y consolarme en los momentos difíciles, han sido mi segunda familia y eso no se paga con absolutamente nada, son un pilar muy importante en mi vida. Aquí debo hacer un agradecimiento muy especial al Licenciado Eduardo Esquivel Jasso, por su apoyo incondicional para que yo terminara este trabajo, por el tiempo que me ha brindado, a todos ellos, sepan que los quiero.

Finalmente y sin que eso demerite importancia, muchas gracias a la Universidad Nacional Autónoma de México, pues primeramente tuve la grandiosa oportunidad de estudiar en la Escuela Nacional Preparatoria, plantel 4, después me formé profesionalmente en la Facultad de Derecho, donde viví maravillosas experiencias y conocí profesores que me formaron con su ejemplo.

GRACIAS…

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN I

CAPÍTULO I
CONCEPTOS FUNDAMENTALES
DEL DELITO DE PECULADO.

1.1. Definición de peculado. 1

1.2. Servidor público. 3

1.3. Responsabilidad de los servidores públicos. 5
1.3.1 Tipos de responsabilidad. 6
1.3.2 Juicio político. 14

1.4. La administración pública. 25
1.4.1 La administración federal. 26
1.4.2 La administración estatal. 27
1.4.3 La administración municipal. 27

CAPÍTULO II
EL DELITO DE PECULADO
EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

2.1. Redacción original del tipo. (Código Penal de 1871). 33

2.2. Evolución del contenido normativo (reformas). 35

2.3. Comparación del contenido del tipo previsto en el
Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal Federal. 43

CAPÍTULO III
EL DELITO DE PECULADO
EN EL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

3.1. Contenido de la redacción legislativa en el Distrito Federal. 44

3.2. El Cuerpo del delito del peculado previsto en la fracción I
del artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal. 66
3.2.1 Elementos objetivos generales. 67

3.2.1.1 Conducta (acción y omisión). 68
3.2.1.2 Lesión al bien jurídico. 69
3.2.1.3 Nexo causal. 70

3.2.2 Elementos objetivos especiales.
3.2.2.1 Sujeto activo. 71
3.2.2.2 Sujeto pasivo. 72
3.2.2.3 Resultado. 73
3.2.2.4 Objeto material 74
3.2.2.5 Medios comisivos y elementos normativos. 74

3.3 Probable Responsabilidad Penal. 77
3.3.1 Forma de intervención. 77
3.3.2 Forma de realización. 77
3.3.3 Ausencia de causas de licitud. 79
3.3.4 Ausencia de excluyentes de responsabilidad. 79

3.4 Otros aspectos.
3.4.1 Tentativa. 81
3.4.2 Concurso de delitos. 82

3.5. El Cuerpo del delito previsto en la fracción II del artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal. 83
3.5.1 Elementos objetivos generales.
3.5.1.1 Conducta (acción y omisión). 84
3.5.1.2 Lesión al bien jurídico. 85
3.5.1.3 Nexo causal. 85

3.5.2 Elementos objetivos especiales.
3.5.2.1 Sujeto activo. 86
3.5.2.2 Sujeto pasivo. 87
3.5.2.3 Resultado. 87
3.5.2.4 Objeto material. 87
3.5.2.5 Elementos normativos. 88
3.5.2.6 Elemento subjetivo especifico 88

3.6 Probable Responsabilidad Penal.
3.6.1 Forma de intervención. 89
3.6.2 Forma de realización. 89
3.6.3 Ausencia de causas de licitud. 89
3.6.4 Ausencia de excluyentes de responsabilidad. 90

3.7 Otros aspectos.
3.7.1 Tentativa. 90
3.7.2 Concurso de delitos. 90

CAPÍTULO IV
CIRCUNSTANCIAS PARA CONSIDERAR AL PECULADO COMO UN DELITO GRAVE.

4.1. Simplificación de la redacción del tipo penal previsto en el Código Penal para el Distrito Federal. 93

4.2. El peculado como un delito grave. 96

4.3. Política Criminológica 107

CONCLUSIONES. 124

PROPUESTA. 134

BIBLIOGRAFÍA. 137

INTRODUCCIÓN.

El Derecho es un medio que busca la justicia; las disposiciones legales que contienen los postulados para realizar la justicia penal han perdido eficacia para regular las conductas antisociales, luego entonces, es necesario adecuar los aspectos normativos, sustantivos y adjetivos penales en la legislación de la materia y en particular en el caso a estudio, el delito de peculado, por lo tanto, considero que si por un lado se modifica la redacción del contenido normativo y por otro se eleva el delito de peculado al grado de un ilícito grave, debido a la violación del bien jurídico protegido que en este caso es la confianza pública, que los gobernados depositan en aquellas personas que tienen a su cargo, la adecuada administración de la función pública, circunstancia que deben entender y llevar muy presente quienes desempeñan esta función, ya que su actividad es servir a la sociedad y no servirse de ella, de ahí que un servidor público que incurre en peculado no sólo atenta contra los fondos públicos, como bienes materiales, sino también ofende y perjudica a toda la sociedad, por ello la corrupción, la impunidad y el mal uso de los fondos públicos, son males necesarios de erradicar mediante la imposición de penas más severas, pero además y principalmente, aplicando medidas para prevenirlos; sin embargo, considero que la forma más sana de erradicar estos males que aquejan a nuestra sociedad es a través de un cambio en el pensamiento cultural, es decir, que cada ciudadano que desempeñe una función pública cumpla cabalmente con su responsabilidad, aplicando los principios fundamentales como la imparcialidad, objetividad, profesionalismo, excelencia, compromiso social, lealtad y muy en especial la honestidad; lo anterior con el fin de lograr la correcta administración del erario público.

Debido a la importancia que tiene para el desarrollo de cualquier pueblo los recursos que se obtienen, ya sea a través de impuestos de los contribuyentes o el pago de derechos, en fin por medio de los diversos sistemas con que cuenta el Estado para captar sus recursos, no es justo que algunos o muchos servidores

públicos se valgan de sus puestos para distraer esos bienes públicos del fin para el que fueron destinados, ya que el principal objetivo del erario público es otorgar los servicios óptimos y suficientes para dirimir las necesidades de la población, por lo tanto, al haber un desvío incorrecto de esos recursos financieros con que cuenta el gobierno para satisfacer las demandas de la población (como educación, salud, vivienda), el servidor público está abusando arbitrariamente del poder que su cargo le confirió, esto puede ocurrir cuando se distraen sustancialmente los recursos públicos del fin para el que estaban destinados; al respecto, cabe señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace mención en una tesis jurisprudencial que el elemento esencial en el delito de peculado esta constituido por el término “distraer de su objeto” que utiliza la ley penal en la descripción del tipo, lo cual significa el cambio de la finalidad jurídica llevada a cabo por el sujeto activo del delito, donde se aprecia la notoriedad de la antijuridicidad, ya que al no encontrarse el particular en posibilidad de alterar una situación establecida, como exigencia del Estado, tratándose de bienes que se encuentren en el patrimonio de la nación.

En el primer Capítulo estudiaré el tema de los servidores públicos, ya que es la calidad específica que exige el tipo penal al sujeto activo que comete el delito de peculado, ésta es una de las características especiales del tipo penal, claro está que no es la única, por lo que en los subsecuentes Capítulos señalaré los elementos generales y especiales que integran el tipo en estudio.

Finalmente, el último Capítulo está destinado a hacer algunas propuestas para reformar la redacción del tipo penal ordenado en el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, ya que la redacción que actualmente se encuentra vigente, a mi juicio contiene conceptos un tanto ambiguos, que podrían dar lugar a que en un determinado momento no sea lo suficientemente claro o puede dar lugar a confusiones al momento de integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto activo; además, la principal aportación de mi trabajo de investigación, es lo relativo a que el delito de peculado debe ser considerado como

un delito grave, pues actualmente no se prevé de esta forma, lo que desde mi punto de vista es incorrecto, en virtud de que quien comete este delito, además de que tiene la calidad de servidor público, también está afectando el bien jurídicamente protegido que en este caso es la “confianza pública”, esto es, no sólo atenta contra el patrimonio del Estado, sino que afecta a la sociedad mexicana, ya que al distraer o desviar los fondos del erario público, impide que se lleven a cabo programas encaminados a la educación, la salud principalmente y todo lo relacionado con el desarrollo de la nación; además con su actuar, el peculador no está afectando a una sola persona sino que perjudica a la sociedad, ya que es ésta quien deposita su confianza en sus servidores públicos y no es justo que éstos se aprovechen del lugar en que se encuentran o el cargo que ejercen para obtener un beneficio ilícito, en perjuicio de la población. Por lo anterior, en atención al principio de intervención mínima del derecho penal o *última ratio*, estimo que el Estado debe hacer uso del derecho punitivo para la protección de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, más aún cuando la conducta ilícita la cometa un servidor público, cuya confianza ha sido depositada por el Estado, y principalmente por la sociedad para la consecución de los fines que como organización social, el Estado tiene.

CAPÍTULO I
CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DELITO DE PECULADO

1.1 DEFINICIÓN DE PECULADO

Actualmente en nuestro país, el combate al crimen organizado y el narcotráfico se han convertido en los principales temas de discusión en la mayoría de los medios masivos de comunicación (radio, televisión e internet), día con día la sociedad mexicana escucha los discursos políticos y académicos los cuales están relacionados con los temas en estudio, aunque la corrupción es otro de los tópicos que se encuentran "en boga" entre tales. Todavía queda mucho por hacer para corregir estos males dañinos para la sociedad, pues hay ocasiones que se hace mención a cuestiones abstractas que poco han ayudado en la solución de estas problemáticas, lo anterior se suma a la corrupción como mal que aqueja a nuestra nación, en esta tesitura, existen pocos estudios especializados dedicados a la corrupción en general, en particular al peculado.

Antes de entrar al estudio de este ilícito, en primer lugar definiré la palabra *peculado*, ésta viene del latín *peculatus, de peculium* que significa caudal (del latín *capitalis*, capital; bienes de cualquier especie, principalmente dinero).

El este contexto, el Código Penal para el Distrito Federal, tipifica este delito en el artículo 273, mismo que es del tenor siguiente:

> *"Artículo 273.- Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y de cincuenta a quinientos días multa, al servidor público que:*
> *I. Disponga o distraiga de su objeto, dinero, valores, inmuebles o cualquier cosa, si los hubiere recibido por razón de su cargo; o*
> *II.- Indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo 267 de este Código, con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero o a fin de denigrar a cualquier persona.*
> *Cuando el monto o valor exceda de quinientas veces el salario mínimo, se impondrán prisión de cuatro a doce años y de quinientos a dos mil días multa".*

Lo establecido en las líneas del numeral antes transcrito del Código Adjetivo vigente para el Distrito Federal no es una definición de peculado, sino únicamente indica las hipótesis normativas en las que se encuadra el ilícito y las sanciones a imponer; por lo que al remitirme al Diccionario de la Lengua Española, encontré que éste define al peculado de la siguiente manera:

> "*Delito que consiste en el hurto de caudales del erario, hecho por aquel a quien está confiada su administración*"[1].

Este concepto siendo más específico, tampoco es claro, ya que puede dar lugar a confusiones en cuanto al sujeto activo porque no indica qué persona física, sin embargo esto es entendible debido a que no se trata de un diccionario especializado, no obstante, presenta elementos útiles que la reseñada en el Código Penal Distrital.

En este orden de ideas, del enlace entre las dos definiciones expuestas con antelación, concluyo que el peculado es el delito que comete aquel con la calidad de servidor público, quien dispone o distrae de su objeto, dinero, valores, inmuebles o cualquier otra cosa, si los hubiere recibido por razón de su cargo, o indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo 267 de la Ley Sustantiva Penal en el Distrito Federal, con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero o a fin de denigrar a cualquier persona; su esencia, consiste en la distracción que un servidor público hace de los bienes que, por su carácter, le han sido confiados. Como se ve, este delito es de la misma naturaleza que el abuso de confianza, pero el legislador lo ha tipificado especialmente por su carácter público, para establecerlo de manera clara, precisando que el elemento diferencial respecto del de abuso de confianza, estriba en que el encargado de un servicio público no tenga el carácter de funcionario y que, violando la finalidad jurídica de la tenencia de los bienes que le han sido confiados, se adueñe de los

---

[1] Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Tomo II. Vigésima primera edición, Madrid, 1992, p. 1555.

mismos como si fuere su propietario, ya sea para apropiárselos, disipándolos en su personal satisfacción, o en beneficio de otra persona; tal es la connotación del término “distraer de su objeto” que usa la ley para tipificar el ilícito de peculado.

Una vez analizados los elementos que integran la definición del delito de peculado advierto que el sujeto activo en este ilícito debe tener para su configuración una calidad específica, ésta es la de servidor público, por ello antes de entrar al estudio de los elementos del delito de peculado es imprescindible determinar quiénes tienen esta calidad, de acuerdo a lo que ordena la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias.

1.2 SERVIDOR PÚBLICO

La palabra servir proviene del latín *servire* y significa estar al servicio de otro[2]; en tanto que público deriva del latín *publicus* y se refiere a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa o lo que pertenece a todo el pueblo[3]. De esta manera, un servidor público es toda aquella persona a la que el Estado le ha conferido una función, por la cual percibe un salario y como consecuencia de ello, esta persona está obligada, por un lado a servir al pueblo y por otro a cumplir con las reglas y mandamiento que el propio Estado le confiere, a través de la Constitución Federal y las leyes respectivas.

Así pues, de conformidad a lo que prevé el artículo 108 de la Ley Suprema se consideran como servidores públicos:

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

[2] Diccionario de la Lengua Española…, op. cit., p. 1872
[3] Ibíd., p. 1687

responsables por actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.
El presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.
Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de recursos federales.
Las Constituciones de los Estados de la República precisarán en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios.

Por su parte, el artículo 256 del Código Punitivo que rige en el Distrito Federal, preceptúa para los efectos de ese Ordenamiento, *"es servidor público del Distrito Federal toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejercen la función judicial del fuero común en el Distrito Federal"*. Por lo tanto, para efectos de esta investigación, tomaré en cuenta lo que señala el Código Penal Distrital, ya que el delito de peculado se encuentra previsto dentro del Título Décimo Octavo denominado delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos.

Ahora bien, del contenido de los artículos 108 Constitucional y 256 de la Ley Sustantiva Penal, aprecio una innecesaria confusión en cuanto a la determinación de quiénes tienen la calidad de servidores públicos, toda vez que me doy cuenta que del listado que se encuentra en estos preceptos, todos van dirigidos a aquellas personas que prestan un servicio en la administración pública; sin embargo, afirmo que son servidores públicos aquellas personas que desempeñen un servicio público de cualquier naturaleza en las siguientes dependencias:

a) La Administración Pública Federal Centralizada,

b) La Administración del Distrito Federal,

c) Los Organismos Descentralizados,

d) Las Empresas de Participación Estatal Mayoritaria,

e) Las organizaciones y las sociedades asimiladas a las empresas de participación estatal mayoritaria,

f) Los fideicomisos públicos,

g) El Congreso de la Unión

h) El Poder Judicial de la Federación,

i) El Poder Judicial del Distrito Federal,

j) Quienes manejen recursos económicos,

k) Los Gobernadores de los Estados y

l) Los Diputados de las legislaturas locales.

Asimismo, los términos empleados por los legisladores en la redacción de los numerales antes transcritos, tales como "empleo", "cargo" o "comisión", provocan una grave confusión, por ello consulto nuevamente el Diccionario de la Lengua Española, para conocer el significado de estos vocablos, de esta forma: *empleo*, quiere decir destino, ocupación, oficio; *cargo* deriva de *carriere* que significa cargar; implica dignidad, empleo, oficio, gobierno, dirección, custodia; indica que algo está confiado al cuidado de una persona o que ésta está encargada de una cosa y *comisión* viene del latín *commissio-onis*, implica el orden y la facultad que una persona da por escrito a otra para que ejecute algún encargo o atienda algún negocio, es también el conjunto de personas encargadas por una corporación o autoridad para entender en algún asunto.

Una vez mencionados estos conceptos, considero que se hubiera evitado tal confusión, utilizando simplemente la expresión "toda persona que desempeñe un servicio público"[4], sin entrar en más detalles.

1.3 RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El autor Rafael Martínez Morales, puntualiza que: *"la responsabilidad es la obligación de pagar las consecuencias de un acto, responder por la conducta*

[4] JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. El Peculado, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004, p. 30

propia; conforme a esta idea, un servidor público debe pagar o responder por sus actos indebidos o ilícitos, según lo establezcan las leyes". [5]

Cualquier servidor público que actúe de manera contraria a lo que establece la ley incurre en responsabilidad, la cual puede ser política, civil, administrativa o penal según la naturaleza de la norma que infringe. Puede suceder también que con sólo violar un cuerpo normativo, el servidor público se haga acreedor a sanciones de distinta naturaleza, entonces se actualiza una acumulación de sanciones.

La responsabilidad de los servidores públicos puede conceptualizarse desde dos puntos de vista: a) como una obligación que tiene todo servidor público, lo que se traduce en el conjunto de deberes y compromisos que asume al firmar su contrato, de ello surge una relación laboral que le da el carácter de trabajador, dado que efectúa una prestación de servicios de manera subordinada, lo cual lo constriñe a cumplir con sus obligaciones; y b) como consecuencia por la violación, dolosa o culposa, de la norma, ya sea por ignorancia de la norma, por la mala aplicación de la norma en forma dolosa o culposa o, tal vez una falsa interpretación de la norma.

1.3.1 Tipos de responsabilidad

Como quedó plasmado en líneas precedentes, cuando un servidor público aparta su actuar de las leyes, incurre en responsabilidad; de esta manera analizaré los tipos de responsabilidad en las cuales puede incurrir, así se tiene que ésta puede ser política, civil, administrativa o penal, según la naturaleza del cuerpo legislativo que contraviene.

---

[5] MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., Derecho Administrativo 3er y 4to Cursos, Oxford University Press, México, 2005, p. 378.

Responsabilidad Política

Pueden incurrir en ella, los servidores públicos citados en el artículo 110 de la Constitución Federal, quienes en el ejercicio de sus funciones, lleven a cabo actos que provoquen un perjuicio en los intereses públicos o de su buen despacho. Este tipo de responsabilidad es para servidores de alto rango, entre los que se destacan:

- Los senadores y diputados al Congreso de la Unión;
- Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
- Los diputados a la Asamblea del Distrito Federal;
- Los Consejeros de la Judicatura Federal;
- El Jefe de Gobierno del Distrito Federal;
- El Procurador General de la República;
- El Procurador General de Justicia del Distrito Federal;
- Los Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal;
- Los secretarios de Estado;
- Los Jueces y Magistrados del Poder Judicial de la Federación;
- Los Jueces y Magistrados del Fuero Común del Distrito Federal;

La responsabilidad política se determina a través de un juicio político, éste ha sido definido como el proceso encargado a un órgano constituido, para determinar si la conducta de un servidor público ha dejado de corresponder a los elementos intrínsecos y extrínsecos que políticamente determinan su calidad y, por lo tanto debe dejar de serlo. Su naturaleza se asemeja a un proceso penal, calificado como un modelo de enjuiciamiento penal; no obstante, este juicio político no corresponde a un proceso penal en virtud de que no se encuentra encaminado a la comprobación o existencia de un delito y a la imposición de la pena correspondiente, sino que va encaminado a determinar conductas cometidas por servidores públicos que atenten en contra del Estado de Derecho, el régimen de gobierno y el sistema jurídico incluyendo la imposición de sanciones

correspondientes, el juicio político no se contrapone al proceso penal, ya que una conducta puede dar fundamento a la responsabilidad política y penal. Dicho juicio político tiene dos clases de garantías: la primera, respecto de los medios jurídicos de protección de los Derechos Humanos la Constitución y la segunda relacionada con la inviolabilidad y la inmunidad de los altos funcionarios de la Federación, que imposibilita que puedan ser destituidos, sin previo enjuiciamiento en el que se les dé la oportunidad de presentar su defensa.

Como lo mencioné anteriormente, este tipo de responsabilidad se hace efectiva mediante el juicio político, que estudiaré con posterioridad, este tipo de juicio se encuentra previsto de los preceptos 9 al 24 de la Ley Federal de Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos.

Responsabilidad Civil.

Tiene su fundamento en el párrafo octavo del artículo 111 de nuestra Carta Magna, cuyo texto es del tenor siguiente: *"En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público, no se requerirá declaración de procedencia"*. Este tipo de responsabilidad se actualiza cuando un servidor público obtiene un lucro indebido u ocasiona, en el desempeño de su cargo o comisión, un daño o perjuicio a la Hacienda Pública Federal, a la del Distrito Federal, a la de los Estados, a la de los Municipios, o a un particular; en cualquiera de estos casos está obligado a responder por el acto u omisión que cometió, ya sea que haya actuado de forma dolosa o culposa; daños que deberá repararlos o indemnizarlos y de sufrir la sanción económica que proceda conforme a la ley. Justamente, es preciso aclarar que la responsabilidad civil del servidor público no se limita a sus actos como particular, sino también a aquellos que realiza con motivo de sus funciones en su carácter de servidor público.

La última reforma al artículo 113 Constitucional prevé que la responsabilidad Estatal por los daños que, a causa de su actividad administrativa

irregular, se provoque en los bienes o derechos de los particulares será objetiva y directa, éstos últimos serán indemnizados conforme a las bases, límites y procedimientos que determinen las leyes. En otras palabras, cuando un particular ha sido afectado en sus bienes o patrimonio debido a un actuar doloso o culposo por parte de un servidor público, a dicho individuo se le deberán reparar los daños y perjuicios que se le hubiesen ocasionado, de acuerdo a lo que ordena la ley.

Por otro lado, los numerales 1910 y 1927 del Código Civil para el Distrito Federal preceptúan lo siguiente:

1) El que obrando contra la ley o las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, salvo que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, y
2) El Estado queda obligado a responder por los daños originados por sus funcionarios en el ejercicio de las tareas que les estén asignadas; tal responsabilidad es solidaria en ilícitos dolosos y subsidiaria en otros casos, y solamente se hará efectiva contra el Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes suficientes con qué responder del daño y perjuicio causados.

La doctrina ha establecido que la responsabilidad civil del servidor público aparece en dos momentos que son: a) Cuando el servidor público causa daño al patrimonio del Estado, y b) Cuando el daño se ve reflejado en el patrimonio del particular.[6]

En términos generales, la responsabilidad civil tiene sus orígenes en los siguientes aspectos: I) Causación de daños y perjuicios al Estado, II) Causación de daños y perjuicios a terceros y III) Enriquecimiento ilícito. Referente a este aspecto, la Constitución General indica que las leyes determinarán los casos y circunstancias en los que se sancionará penalmente el enriquecimiento ilícito a los

[6] MARIENHOF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, t. III. Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 369.

servidores públicos que durante el tiempo de su encargo o con motivo de éste, aumenten sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como propietarios de éstos, ya sea por sí o por interpósita persona y cuya procedencia lícita no puedan justificar, en caso contrario, las leyes penales sancionarán con el decomiso y la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las penas aplicables al caso concreto.

Responsabilidad Administrativa.

Se actualiza cuando un servidor público realiza actos u omisiones que vayan en detrimento de los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. Lo anterior encuentra su fundamento en la fracción III del numeral 109 Constitucional, en el que se ordena: *"...Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones..."*. Además de las sanciones que preceptúan las leyes, la propia Constitución Federal señala que consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, ésta última se deberá fijar de acuerdo al beneficio económico obtenido por el responsable y a los daños y perjuicios causados como consecuencia de su acción u omisión, sin que esta sanción económica pueda ser mayor a tres veces los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios ocasionados.

Precisamente, la propia Constitución indica los sujetos, causas, procedimiento y sanciones a imponer respecto de la responsabilidad administrativa, del mismo modo enuncia los valores sobre los cuales debe desempeñarse el servidor público en el ejercicio de sus funciones (legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia), los cuales servirán de base para la expedición de la ley que determine las responsabilidades administrativas.

En el artículo 8º de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos se establece un catálogo de las obligaciones a las que está sujeto todo servidor público, con el fin de salvaguardar los principios antes enunciados, cuyo incumplimiento da lugar a incurrir en este tipo de responsabilidad y a la imposición de sanciones administrativas, las cuales pueden ser:

- Apercibimiento privado o público;
- Amonestación privada o pública;
- Suspensión;
- Destitución del puesto;
- Sanción económica;
- Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones;

Indiscutiblemente defino la responsabilidad administrativa como el procedimiento administrativo sancionador derivado de actos u omisiones cometidos por los servidores públicos a que se refiere el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en contravención de las hipótesis jurídicas a que se refiere el artículo 8º de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.[7]

Responsabilidad Penal.

Incurre en responsabilidad penal el servidor público que en el ejercicio de sus actividades encuadre su conducta en alguna de las hipótesis normativas contenidas en el título Décimo Octavo, del Código Penal vigente para el Distrito Federal, intitulado “Delitos contra el servicio público, cometidos por servidores públicos”, es decir, existe responsabilidad penal cuando un servidor público realiza actos u omisiones tipificados como delitos en la legislación de la materia, ya sea

[7] CASTREJÓN GARCÍA, Gabino Eduardo, Sistema Jurídico sobre la Responsabilidad de los Servidores Públicos, Cárdenas Velasco Editores, México, 2004, p. 191.

local o federal. Esto encuentra sustento en el principio de que nadie debe ni puede escapar de la aplicación de la ley que sanciona aquellas conductas que son consideradas como delitos, ya que ante la ley, todos somos iguales y con dichos actos u omisiones se ofenden y atentan los valores fundamentales que rigen la convivencia en sociedad.

Por lo que respecta al Presidente de la República, nuestra Carta Magna, determina que durante el tiempo que dure su encargo, sólo podrá ser acusado de traición a la patria y por delitos graves del orden común, dicha acusación se debe hacer ante la Cámara de Senadores, quienes resolverán lo procedente. En cuanto al resto de los servidores públicos, cuando éstos cometan algún delito se actuará conforme a lo que disponga el Código Penal o la ley que tipifique su acción u omisión, aunque en algunos casos se requiere que la Cámara de Diputados previamente decida si procede o no actuar contra dicho servidor, en ese contexto el numeral 111 Constitucional prevé que para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los miembros del Consejo de la Judicatura Federal, los Secretarios de Estado, lo Diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como los Consejeros del Instituto Federal Electoral y los Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, por la comisión de algún ilícito durante el tiempo que dure su encargo, se requerirá que la Cámara de Diputados apruebe actuar contra el indiciado, por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión.

Si la resolución que dicte la Cámara de Diputados es negativa se suspenderá todo procedimiento, pero ello no resulta óbice para que la imputación por la comisión del delito se reanude cuando el inculpado haya concluido con su cargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la acusación. En cambio, si la Cámara de Diputados, determina que ha lugar a proceder, el inculpado deberá quedar a disposición del órgano competente para que actúe conforme a derecho.

Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de diputados y senadores en materia de responsabilidad, no admiten recurso alguno. El efecto de la declaración que da lugar a proceder contra el imputado será separarlo de su cargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si la sentencia que se le dicte termina absolviéndolo, el funcionario podrá reasumir su cargo, pero si fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de sus funciones, no se concederá indulto al reo.

Por ende, se establece quiénes son aquellos sujetos que pueden ser objeto de responsabilidad penal, así como las causas y procedimientos para hacer efectiva dicha responsabilidad, especialmente, la declaratoria de procedencia o procedimiento para privar de fuero a un servidor público, por existir los suficientes indicios para declarar su probable responsabilidad en la comisión de delitos del orden común.

Los casos en los que no se requerirá declaración de procedencia por parte de la Cámara de diputados, cuando alguno de los servidores públicos que cuenta con fuero Constitucional cometan algún ilícito será, cuando la acción u omisión que sanciona la ley penal se lleve a cabo durante el tiempo que esté separado de su cargo por cualquier motivo, en caso de que el servidor público haya vuelto a desempeñar sus labores o haya sido nombrado o electo para desempeñar un cargo distinto, pero del que goza de fuero, se requerirá el procedimiento correspondiente ante la Cámara. El Código Penal Distrital tipifica los siguientes delitos que pueden cometer los servidores públicos en el desempeño de sus funciones: ejercicio indebido y abandono del servicio público, abuso de autoridad y uso ilegal de la fuerza pública, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, intimidación, negación del servicio público, tráfico de influencia, cohecho, **peculado**, concusión, enriquecimiento ilícito y usurpación de funciones públicas.

1.3.2 El Juicio Político

Para iniciar este tema, tomaré en cuenta que en nuestro sistema procesal mexicano existen dos aspectos que deben retomarse para iniciar un procedimiento penal en contra de un servidor público: a) un procedimiento ordinario y b) un procedimiento extraordinario. El primero es el que se aplica a todo servidor público común que no goce de prerrogativa alguna; en este caso no hay mayor problema, ya que el Ministerio Público en tanto tenga conocimiento de un comportamiento en el que se presuma la comisión de un delito iniciará sin mayor trámite la averiguación previa correspondiente, una vez integrados los elementos del delito y acreditada la probable responsabilidad ejercerá acción penal ante el Juzgado correspondiente. El segundo es, por decirlo así, un procedimiento "extraordinario" denominado "*juicio político*", éste deberá sustanciarse por el órgano legislativo en contra de aquellos servidores públicos que gocen de fuero constitucional; o sea, se instaura en contra de aquellos servidores públicos que tengan esta investidura llamada "fuero constitucional".

El tratadista Sergio Ortiz Soltero Monserrit, en su libro "Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos", expone: *"por juicio político debe entenderse el procedimiento materialmente jurisdiccional de carácter político, instaurado por las Cámaras del Congreso de la Unión, en contra de algún funcionario público mencionado en el artículo 110 Constitucional, por la comisión de conductas que originan la responsabilidad política y que son violatorias de los intereses públicos fundamentales y su buen despacho, para los funcionarios federales, o por violaciones a la Constitución Federal y a las leyes que de ella emanen o por manejo indebido de recursos y fondos federales, para los funcionarios estatales*".[8]

De acuerdo a lo que establece el artículo 110 de la Constitución Federal son sujetos de juicio político los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión,

---

[8] ORTIZ SOLTERO MONSERRIT, Sergio. Responsabilidades Legales de los Servidores Públicos, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 78.

los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Diputados a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados y Jueces del fuero común del Distrito Federal, los Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal, el Consejero Presidente, los Consejeros Electorales, y el Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los Magistrados del Tribunal Electoral, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación Estatal mayoritaria, sociedades, asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

En los casos de que se trate de los gobernadores de los Estados, diputados locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político por violaciones graves a nuestra Ley Suprema y a las leyes federales que emanen de ésta, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales; sin embargo, en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda. Las sanciones aplicables consistirán en la destitución del servidor público e inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio publico. Una vez analizado esto, advierto que el juicio político procede contra todos aquellos servidores públicos para sancionarlos en forma administrativa.

De este modo, considero que el juicio político es el procedimiento implantado ante el Congreso de la Unión, que se lleva a cabo en contra de un servidor público, de los enunciados en el artículo 110 Constitucional cuando en el ejercicio de sus funciones, realiza algún acto u omisión que causa un perjuicio en los intereses públicos o de su buen despacho.

Este juicio únicamente podrá instaurarse en contra del servidor público durante el desarrollo de su empleo, cargo o comisión y dentro de un año después de la conclusión del mismo y las sanciones respectivas deberán aplicarse en un plazo no mayor de un año contado a partir de iniciado el procedimiento.

El procedimiento del juicio político está regulado en los artículos 9 a 24 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, aplicándose supletoriamente el Código Penal Federal, así como el Código Federal de Procedimientos Penales. Enseguida, desarrollaré en forma breve el procedimiento del juicio político, enunciando los principales aspectos.

El primer requisito procedimental es la denuncia, cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad podrá formularla por escrito, contra un servidor público ante la Cámara de Diputados, corresponde a esta Cámara sustanciar el procedimiento relativo al juicio político, actuando como órgano instructor y de acusación, y a la Cámara de Senadores le atañe fungir como jurado de sentencia. Este escrito de denuncia se debe presentar ante la Secretaría General de la Cámara de Diputados, los efectos inmediatos de la denuncia política pueden variar, atendiendo a la gravedad de la falta cometida por el servidor público, por ejemplo, si la conducta realizada no encuadra en alguna de las hipótesis normativas constitutiva de delito alguno, a juicio de las Cámaras del Congreso de la Unión, instruirán el juicio político para sancionarlo, en caso de existir elementos para tal efecto, con la destitución del cargo que ocupe y discrecionalmente inhabilitarlo; pero si la conducta infractora llevada a cabo por el servidor público encuadra en algún tipo penal, el órgano que conozca de la acusación realizará las diligencias necesarias para la declaración de procedencia de la denuncia, para que el servidor público pueda ser sometido a los tribunales competentes.

La denuncia debe ser ratificada dentro de los tres días naturales siguientes contados a partir de la fecha de la presentación de la misma. La falta de este requisito procesal provocaría que, sin más trámite, la denuncia fuese desechada

de plano, sin perjuicio de la salvaguarda de derechos para presentarla nuevamente, toda vez que las conductas infractoras que pudiere contener la denuncia son de interés público.[9]

Una vez ratificada la denuncia, dentro de los tres días naturales siguientes la sección informará al denunciado sobre la materia de la denuncia, haciéndole saber su garantía de defensa y que deberá, a su elección, comparecer o informar por escrito, dentro de los 7 días naturales siguientes a la notificación. Al respecto, el tratadista Eduardo Castrejón García manifiesta que esta circunstancia de la notificación al denunciado no se aplica, toda vez que posteriormente a la ratificación de la denuncia, ésta pasa por un trámite de verificación, revisión y análisis preventivo por parte de la subcomisión de examen previo, por ello la sección instructora de la Cámara de Diputados conoce oficialmente del asunto, hasta después de haber concluido el trámite, razón por la cual, se encuentra imposibilitado de notificar al denunciado los hechos que se le imputan, cuando éstos todavía están siendo analizados para su resolución y determinación de procedencia; en todo caso se debió establecer que la sección instructora notificaría al denunciado de los hechos que se le imputan, dentro de los tres días naturales siguientes contados a partir de la fecha en que se recibió el turno de la resolución emitida por el pleno de las comisiones unidas, que es el momento en que la sección instructora tiene conocimiento oficial de la denuncia.[10]

Cuando la denuncia es turnada a la subcomisión de examen previo para su trámite, ésta procederá, en un plazo no mayor de treinta días hábiles a determinar:

a) Si el servidor público denunciado está comprendido dentro de los enunciados en los párrafos primero y tercero del artículo 108 Constitucional; sin embargo, aquí es necesario hacer una precisión, ya que la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, erróneamente nos remite al precepto constitucional antes señalado, siendo que en el presente caso,

---

[9] CASTREJÓN GARCÍA, Gabino Eduardo, *op. cit.*, p. 244
[10] Ibídem., p. 245

los servidores públicos que pueden ser sujetos a juicio político se encuentran previstos en el numeral 110 de la Ley Fundamental.

b) Si la denuncia contiene elementos de prueba que justifiquen que la conducta atribuida al denunciado corresponde a alguna de las siguientes:

1. Ataque a las instituciones democráticas;
2. Ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal;
3. Violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales;
4. Ataque a la libertad de sufragio;
5. Usurpación de atribuciones;
6. Cualquier infracción a la Constitución Federal o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones;
7. Omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior; y
8. Violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal.

c) Si existen elementos de prueba suficientes que presuman la existencia de la infracción y la probable responsabilidad del denunciado, lo anterior permite la procedencia del juicio político.

En caso de que no se actualice cualquiera de las circunstancias señaladas anteriormente, la subcomisión desechará de plano la denuncia presentada. El desechamiento de la denuncia por parte de la subcomisión, podrá ser revisada por el pleno de las Comisiones Unidas, a petición de cualquiera de los presidentes de dichas Comisiones, o en su defecto, a solicitud de cuando menos el diez por ciento de los diputados integrantes de ambas Comisiones.

La resolución que dicte la subcomisión de examen previo declarando procedente la denuncia, será remitida al pleno de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia para efecto de formular la resolución correspondiente y ordenar se turne a la sección instructora de la Cámara, la cual practicará todas las diligencias necesarias para la comprobación de la conducta materia de la denuncia; estableciendo las características y circunstancias del caso y precisando la intervención que haya tenido el servidor público denunciado, para ello abrirá un periodo de prueba de 30 días naturales, dentro del cual recibirá las pruebas que ofrezcan el denunciante y el servidor público, así como las que la propia sección estime necesaria. Este periodo probatorio puede ampliarse en la medida que resulte estrictamente necesario, tiempo en el que la sección calificará las pruebas y desechará aquellas que a su juicio sean improcedentes.

La sección instructora deberá agotar todas las diligencias y formular sus conclusiones, hasta su entrega a los secretarios de la Cámara de Diputados, en un plazo no mayor de sesenta días naturales, contados a partir de la fecha en que se le haya turnado la denuncia, sin embargo este plazo podrá prorrogarse una sola vez por quince días más. Los plazos se entienden comprendidos dentro del periodo ordinario de sesiones, o bien, dentro del siguiente ordinario o extraordinario, si se llegase a convocar.

Una vez concluida la instrucción del procedimiento, el expediente se pondrá a la vista del denunciante, por un plazo de tres días naturales, y por otros tantos a la del servidor público y sus defensores, a fin de que tomen los datos que consideren necesarios para formular sus alegatos, que deberán presentar por escrito dentro de los seis días naturales siguientes contados a partir de la conclusión del segundo plazo mencionado.

Cumplido el plazo para la presentación de alegatos, la sección instructora formulará sus conclusiones con base en las constancias del procedimiento, en las

que puntualizará los razonamientos lógico jurídicos para justificar, ya sea la conclusión o la continuación del procedimiento. En caso de que la sección instructora concluya que el servidor público acusado no ha incurrido en responsabilidad alguna, propondrá a la Cámara de Diputados que declare la improcedencia de la denuncia; si por el contrario, concluye que el servidor público es responsable, propondrá a dicha Cámara la aprobación de lo siguiente:

1. Que está legalmente comprobada la conducta o el hecho materia de la denuncia;
2. Que se encuentra acreditada la responsabilidad del encausado;
3. La sanción que deba imponerse;
4. Que en caso de ser aprobadas las conclusiones, se envíe la declaración correspondiente a la Cámara de Senadores, en concepto de acusación, para los efectos legales respectivos.

Estas conclusiones deberá entregarlas la sección instructora a los secretarios de la Cámara de Diputados para que den cuenta al presidente de la misma, quien anunciará que dicha Cámara debe reunirse y resolver sobre la imputación, dentro de los tres días naturales siguientes, lo que harán saber los secretarios a las partes a fin de que aleguen lo que convenga a sus derechos.

El día indicado por el Presidente de la Cámara de Diputados para que el denunciante y el servidor público formulen sus alegatos, este órgano legislativo se erigirá en órgano de acusación. La secretaria dará lectura a las constancias procedimentales o a una síntesis que contenga los puntos sustanciales de éstas, así como a las conclusiones de la sección instructora. Acto continuo se concederá la palabra al denunciante y en seguida al servidor público, en el entendido de que ambos tienen el derecho de réplica. Retirados el denunciante y el servidor público, se procederá a discutir y a votar las conclusiones propuestas por la sección instructora.

En caso de que la Cámara resolviese que no procede acusar al servidor público, éste continuará en el ejercicio de su cargo, de lo contrario, se le pondrá a disposición de la Cámara de Senadores, a la que se remitirá la acusación, designándose una comisión de tres diputados para que sostengan dicha acusación ante el Senado, una vez que reciba la acusación, la turnará a la sección de enjuiciamiento, la cual emplazará a la Comisión de Diputados encargada de la acusación, al acusado y a su defensor, para que presenten por escrito sus alegatos dentro de los cinco días naturales siguientes al emplazamiento.

Transcurrido el plazo para presentar los alegatos respectivos, la sección de enjuiciamiento de la Cámara de Senadores formulará sus conclusiones con base en las consideraciones hechas en la acusación y en los alegatos formulados, en su caso, propondrá la sanción que en su concepto deba imponerse al servidor público, fundando y motivando dicha resolución, una vez que se hayan emitido las conclusiones, la sección las entregará a la secretaría de la Cámara de Senadores y su Presidente anunciará que debe erigirse ésta en jurado de sentencia dentro de las 24 horas siguientes a la entrega de dichas conclusiones, citando para ello a la comisión acusadora de la Cámara de Diputados, al acusado y a su defensor. Esta audiencia procederá de la siguiente forma:

1. La secretaria dará lectura a las conclusiones formuladas por la sección de enjuiciamiento;
2. Acto continuo, se concederá la palabra a la comisión de diputados, al servidor público y su defensor;
3. Retirados el servidor público y su defensor, y permaneciendo los diputados en la sesión se procederá a discutir y a votar las conclusiones y aprobar los que sean los puntos de acuerdo, que en ellas se contengan, el Presidente hará la declaratoria que corresponda.

Por lo que respecta a Gobernadores, Diputados a las Legislaturas Locales y Magistrados de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados, la Cámara de

Senadores se erigirá en jurado de sentencia dentro de los tres días naturales siguientes a las recepciones de las conclusiones.

Por lo que hace a los funcionarios federales, si la resolución que se dicte es condenatoria, se sancionará al servidor público culpable con la destitución del cargo o de manera discrecional, con la inhabilitación para desempeñar un empleo, cargo o comisión dentro del gobierno federal, estatal o municipal por un periodo de uno a veinte años. Si por el contrario es absolutoria, el servidor público continuará en el ejercicio de su encargo. Respecto a los funcionarios estatales, la resolución que se dicte, cualquiera que sea su sentido, condenatorio o absolutoria, tendrá únicamente efectos declarativos y la misma se comunicará a la legislatura local respectiva, para que en un ejercicio de sus atribuciones proceda según corresponda. Las sanciones por responsabilidad política serán la destitución y la inhabilitación.

Declaración de Procedencia

La declaración de procedencia se encuentra establecida en el artículo 111 de la Ley Suprema, representa un procedimiento necesario previo al inicio de un procedimiento de carácter penal, en contra de un servidor público que goza de fuero Constitucional al que se le atribuye un comportamiento delictivo. El efecto inmediato de la declaración de procedencia es la separación del encargo y como consecuencia, el Ministerio Público estará en aptitud de iniciar la averiguación previa, y en su caso, la consignación ante el Juez correspondiente, dicho en otras palabras, es un procedimiento sumario de tipo político y materialmente jurisdiccional, que se instaura en contra de los servidores públicos que gozan de inmunidad procesal, para posibilitar la procedencia del ejercicio de la acción en contra de los mismos.[11]

[11] Ibidem. p. 274

El procedimiento de la declaración de procedencia se encuentra regulado en los preceptos 25 a 29 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, vigente únicamente en lo relativo al juicio político y a la declaración de procedencia, como ya se había reseñado con antelación. Al respecto dicho Ordenamiento, en su artículo 25, preceptúa que: *"Cuando se presente denuncia o querella por particulares o requerimiento del Ministerio Público, cumplidos los requisitos procedimentales respectivos para el ejercicio de la acción penal, a fin de que pueda procederse penalmente en contra de algunos de los servidores públicos a que se refiere el primer párrafo del artículo 111 de la Constitución General de la República, se actuará en lo pertinente, de acuerdo con el procedimiento previsto en el capítulo anterior en materia de Juicio Político ante la Cámara de Diputados"*, deduciéndose que el procedimiento para la declaración de procedencia únicamente operará cuando se trate de asuntos del orden penal. En lo que concierne a los sujetos, menciono que todos los servidores públicos son penalmente responsables por las conductas delictivas que realicen por la violación a las leyes aplicables de la materia, ya se trate de delitos del fuero común o del federal, así como de aquellos contenidos en el título Décimo Octavo del Código Penal para el Distrito Federal, excepción hecha del Presidente de la República, que solamente podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común; sin embargo, aquellos servidores públicos que se mencionan en el citado artículo 111 Constitucional no pueden ser sujetos a un procedimiento penal si no han sido despojados del fuero con el que cuentan.

A continuación enunciaré el procedimiento que se lleva a cabo en la declaración de procedencia:

DENUNCIA. Ésta puede ser presentada por particulares ante la oficialía mayor de la Cámara de Diputados, en su defecto ante la Representación Social competente, quien habiendo integrado la averiguación previa habiéndose cumplido los requisitos procedimentales para el ejercicio de la acción penal, solicite a dicho órgano legislativo que declare la procedencia de la denuncia. El procedimiento

para la declaración de procedencia, solamente podrá iniciarse cuando el Ministerio Público haya hecho saber a la oficialía mayor de la Cámara de Diputados la presunción legal de una conducta delictiva cometida por el servidor público, al haber integrado la averiguación previa. Los efectos inmediatos de la denuncia presentada, dependen de la gravedad de la conducta infractora, en tanto que si el particular optó por presentarla ante el órgano legislativo, y ésta reviste elementos de tipo penal, el órgano que conoce la acusación declarará, en última instancia, la procedencia de la denuncia y desaforará al inculpado; pero si la conducta no es constitutiva de delito, empero contiene hechos que pudieren dar origen a responsabilidad política, las Cámaras del Congreso de la Unión, en el ámbito de sus respectivas competencias, instruirán el juicio político.

SECCIÓN INSTRUCTORA. La oficialía mayor de la Cámara de Diputados deberá remitir por riguroso turno las denuncias, querellas o requerimientos del Ministerio Público a la sección instructora de la misma Cámara para su dictamen; asimismo, aquella dará cuenta del turno a cada una de las coordinaciones de los grupos parlamentarios representados en la Cámara de Diputados. Si a juicio de la sección instructora, la denuncia resultase notoriamente improcedente, lo hará saber de inmediato a la Cámara, para que ésta resuelva si se continúa o desecha, sin perjuicio de reanudar el procedimiento, en caso de que aparezcan motivos que así lo justifiquen.

Concluida esta fase, la sección instructora dictaminará dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la fecha en que se turnó la denuncia respectiva, si ha lugar a proceder penalmente contra el servidor público considerado probable responsable; dicho plazo podrá prorrogarse a criterio de la sección en la medida que resulte necesario.

JURADO DE PROCEDENCIA. Recibida la dictaminación, el Presidente de la Cámara de Diputados anunciará que éste debe erigirse en jurado de procedencia al día siguiente de haberse depositado el dictamen, haciéndolo saber

al servidor público inculpado y a su defensor, así como al denunciante o Ministerio Público, en su caso. Si la Cámara de Diputados determina que ha lugar a proceder en contra del servidor público inculpado, éste quedará inmediatamente separado de su cargo y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes para que actúen de acuerdo a la ley.

El efecto de la declaración que ha lugar a proceder contra el inculpado, será la separación de su empleo, cargo o comisión mientras esté sujeto a juicio penal; si se dicta sentencia absolutoria, el procesado podrá reasumir su función, pero si por el contrario fuese condenatoria y se tratare de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al ejecutoriado la gracia del indulto.

Si la Cámara de Diputados declara que no ha lugar a proceder contra el acusado, se suspenderá cualquier procedimiento ulterior mientras subsista el fuero, pero tal declaración no será obstáculo para que el procedimiento continúe su curso cuando el servidor público haya concluido el desempeño de su empleo, cargo o comisión.

REVISIÓN DE LA DECLARACIÓN. Tanto el desechamiento de la denuncia, por notoria improcedencia, como la declaración de jurado de procedencia podrán ser revisadas por el pleno de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucional y Justicia, a petición de cualquiera de los Presidentes de dichas Comisiones, o en su defecto, a solicitud de cuando menos el diez por ciento de los diputados que integran estas Comisiones.

1.4. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En cuanto a la definición de administración Pública, Gabino Fraga indica que la administración pública debe entenderse desde el punto de vista formal como *“el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los*

medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales" y desde el punto de vista material como "la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia, tanto en sus relaciones con otros organismos como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión".[12]

Por su parte, Acosta Romero, estima que la Administración Pública *"es la parte de los órganos del Estado que dependen directa o indirectamente del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes, su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con elementos personales, patrimoniales, estructura jurídica y procedimientos técnicos"*.[13]

De las anteriores definiciones, considero que la administración pública es una actividad que lleva a cabo el Estado de manera permanente, concreta y objetiva, a través de los órganos que lo integran, tendiente a satisfacer de forma inmediata las necesidades de los individuos que integran la sociedad.

1.4.1 La Administración Federal

La Administración Pública Federal se divide en centralizada y descentralizada. La administración pública federal centralizada comprende las siguientes dependencias gubernamentales:

a. Presidencia de la República;
b. Secretarias de Estado;
c. Departamentos Administrativos;
d. Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal;

La administración pública federal paraestatal está integrada por:

a. Organismos descentralizados;

---

[12] FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 33ª edición. Ed. Porrúa, México, 1999, p. 119.
[13] ACOSTA ROMERO, Miguel. Compendio de Derecho Administrativo. 2ª edición, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 108.

b. Empresas de participación estatal;
c. Instituciones nacionales de crédito;
d. Organizaciones nacionales de crédito;
e. Instituciones nacionales de seguros y fianzas;
f. Fideicomisos;

1.4.2 La Administración Estatal

Los Estados que integran la República Mexicana se organizan de acuerdo a lo que establece nuestra Carta Magna, por ello al igual que la Federación cuentan con los siguientes órganos: a) Ejecutivo; b) Legislativo y c) Judicial.

1.4.3 La Administración Municipal

La forma en la que los Municipios deben organizarse se encuentra regulada en el precepto 115 de la Constitución Política, de conformidad con este artículo se otorga autonomía respecto de la forma de administración o gobierno, siempre que no contravenga los principios establecidos en dicho Ordenamiento, de tal manera que en términos generales se divide en: a) Presidencia Municipal (ejecutivo); b) Cabildo (legislativo) y c) Síndico Municipal (judicial).

Bajo este esquema, mi definición de servidor público es toda persona que desempeñe un servicio público, en cualquiera de las dependencias que integran la administración pública, en cualquiera de sus tres niveles (federal, estatal y municipal) y por el cual percibe un salario, evitando con ello la innecesaria confusión, que existe en nuestro sistema, ya que el legislador realiza una redundante enumeración de quiénes deben considerarse servidores públicos.

CAPÍTULO II

EL DELITO DE PECULADO EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

El peculado se encuentra previsto en el numeral 223 del Código Penal Federal, cuyo contenido consta de cuatro fracciones; en la primera de ellas se sanciona al servidor público que **distrae** de su objeto, para usos propios o ajenos, dinero perteneciente al Estado o a un particular, si por razón de su encargo los hubiere recibido en administración, depósito o por otra causa. La segunda fracción hace referencia al hecho de que el servidor público indebidamente utilice fondos públicos para promover su imagen política o social o la de un tercero o a fin de denigrar a cualquier persona. En la fracción tercera se hace mención a aquellas personas que solicitan o aceptan realizar las promociones o denigraciones, señaladas en acción anterior, a cambio de fondos públicos, o bien a quienes obtengan los beneficios. Por último, la cuarta fracción penaliza a cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público, pero estando obligada a la custodia, administración o aplicación de los recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación diferente a la que originalmente estaban destinados.

El tratadista Silvio Ranieri, en su obra “Manual de Derecho Penal”, establece que la conducta en estudio *“consiste en los actos con los cuales el funcionario público o el encargado del servicio público excede arbitrariamente los poderes contenidos en el título de su posesión. Y esto puede ocurrir, como lo dice expresamente la ley, o mediante actos de apropiación o mediante actos de distracción del dinero o de otra cosa mueble, poseídos por razón del cargo o del servicio”.*[14]

[14] RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal, parte especial, t. III, Ed. Temis, Colombia, 1980.

Antes de continuar con el análisis del presente Capítulo y para ilustrar el contenido del mismo, remito al amable lector a consultar la obra Enciclopedia Jurídica Omeba, del año 2008, editada en disco compacto, que utilicé para tales efectos.

El peculado no se trata de un delito nuevo, por el contrario, en el Derecho Romano, el crimen *repetundarum* (crimen de prevaricación), dio origen a las figuras de *peculatus y concussionis.* El *peculatus* significó la apropiación cometida por el funcionario público o privado de los valores o dineros custodiados en las arcas públicas. Figura menos grave de peculado fue el crimen de *residuis* (crimen de residuo), que consistía en dar otro destino al dinero público o en anotar en los registros públicos sumas inferiores a las recogidas; su pena era la de multa.

Se le denominó *peculatus* al hurto de bienes muebles pertenecientes al Estado. Posteriormente, este delito tomó diversas modalidades, como la substracción de metales o monedas del erario de la comunidad romana o de otra caja pública, siendo la conducta más frecuente del ilícito en estudio; también se le denominó con nombre de *peculatus* a aquellos jefes militares que se apropiaban el botín guerrero y su artificiosa o falsa evaluación, así como a toda defraudación de los fondos públicos realizada por medios diferentes de la substracción, como acuñar más moneda pública de la autorizada entre otros.

Durante la época prehispánica, entre el pueblo azteca, se sancionó el peculado con la muerte. El peculado cometido por un administrador real, se sancionaba también con la muerte y se le confiscaban sus bienes al culpable. En la época de la Colonia, en nuestro país se aplicaron diversas leyes surgidas en España, entre las que se encuentran la Novísima Recopilación y las Partidas.[15]

Las Partidas castigaron la malversación de los caudales del rey y de los pertenecientes a villas y ciudades, la pena aplicable podía ser la capital, cuando la

[15] LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular, Tomo II, 6ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002, p. 522

malversación constituía un hurto propiamente dicho. Con igual rigor castigó la Novísima Recopilación a las personas, concejos o universidades que usurparan las rentas o derechos del rey. El Código de 1822 impuso a este delito penas de privación de la libertad, multa y declaración de infamia y además la restitución de lo malversado.[16]

Entre las más antiguas leyes de la humanidad que se conocen, el *Código de Manú* o *Leyes de Manú* (Manava-Dharma Sastra) dedicó algunas de sus disposiciones al peculado o concusión. Su Libro VII, relativo a la conducta que debían observar los reyes, expresó: *"Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino"*. Desde aquel entonces se penaba el delito de peculado en términos generales. El *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia,* de Joaquín Escriche, establecía que "*peculado* es la sustracción de caudales del erario público hecha por las mismas personas que lo manejan"*.* Este delito se castigaba entre los romanos, primero, con la pérdida del empleo y de la honra; luego, con el destierro y aun con la muerte; después, con la deportación y confiscación de bienes, y últimamente con la privación del derecho de ciudadano y con la restitución del dinero. En el Derecho Romano se englobaba bajo el nombre de *crimen repetundarum* una serie de hechos de corrupción propiamente dicha. En la Roma anterior a la República se encontraba una jurisdicción delegada parejamente, la cual ejercía el rey en persona, y que correspondía unas veces al Senado y otras a ciertos *comisarios* llamados *duumviri.* En los primeros tiempos de la República, el crimen *perduellionis* (comprendía todos los delitos cometidos contra la majestad del pueblo o la seguridad del Estado) fue el que más frecuentemente apareció instruido y juzgado por los *duumviri.* Era, en efecto, la nación reunida como un ejército a quien correspondía juzgar a aquel que habiéndola atacado era declarado enemigo público. Mediante esta forma de juicio se persiguió, en una época en que ya

[16] CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Volumen Primero, 14ª ed., Ed. Bosch, España, 1980, p. 451.

existían las *questiones,* a las personas que habían violado la Constitución. Este tipo de acusaciones se hicieron muy raras después del establecimiento de una acción para el crimen de lesa majestad, pues este ilícito y el de *perduellio* no presentaban otra diferencia que el nombre. No cabe duda alguna de que el crimen de *perduellio* entre los romanos era de una naturaleza idéntica al peculado, pero tenía mayor alcance porque se extendía a los delitos contra las personas. La evolución que se opera en el Derecho Romano reveló una tendencia en cierto modo dual: unas veces consistió en unificar todos los delitos que afectan al Estado bajo la denominación de *lesa majestad,* sin perjuicio de distinguir en el procedimiento la defraudación de caudales públicos *(quaestio peculatus)* de la traición a la patria y los demás hechos relacionados con éste *(quaestio maiestatis).*

Por otra parte, una Ley de Partida ordenó que aquel que teniendo dinero del rey o de algún pueblo para pagar salarios, hacer algunas labores, o para otros fines semejantes, lo empleare en su propia utilidad, debe restituirlo y pagar además un tercio de su importe; y otra ley de la misma impuso la pena capital al tesorero, recaudador o juez que robara u ocultara maliciosamente alguna cantidad de fondos públicos, y aun a los auxiliadores, consejeros o encubridores; bien que si el rey o consejo no demandara el hurto cometido por su oficial dentro del término de cinco años desde que tuvo noticia cierta, no podría darse la pena de muerte, sino sólo la pecuniaria equivalente a una cuarta parte de lo hurtado. El que tomare violentamente para sí y por su propia autoridad las rentas y derechos reales de que el rey se hallare en pacífica posesión, o hiciere resistencia pública con violencia para impedir su cobranza, incurriría en las penas de muerte y confiscación de bienes juntamente con los que le diesen consejo, favor o ayuda; el empleado público o arrendador de las rentas o derechos reales que usurpare fraudulentamente los caudales que maneja, o diera auxilio o consejo a otro para hacerlo, sería castigado con la pérdida de todos sus bienes y destierro perpetuo del reino; y el empleado que sabiendo y pudiendo probar la fraudulenta usurpación, no la denuncia dentro de dos meses contados desde que tuvo noticia, perdería la mitad de sus bienes, y cualquiera merced u oficio que hubiese recibido

del soberano. Finalmente, por otras leyes no recopiladas, estaba dispuesto que los arqueros, tesoreros, receptores y administradores que hicieran uso de los caudales de la real hacienda, los cuales habían de permanecer depositados en las arcas del Estado, se le había de privar de oficio, y declararlos inhábiles para obtener otro.

Resulta interesante resaltar que actualmente este ilícito se presenta como un problema de muy particulares características, distintas de las anteriores, por extenderse al Derecho Internacional, y no en cuanto al delito mismo, sino a sus consecuencias y a las dificultades que se oponen a su represión o a su reparación. El progreso técnico en materia de comunicaciones, especialmente la aviación, es utilizado para asegurar la impunidad por medio de la fuga, como ocurre en varios países latinoamericanos. Los principales responsables del peculado en nuestro tiempo son los gobernadores, o hasta incluso los presidentes, quienes tienen el Estado a su disposición. Está visto que estos servidores públicos acumulan inmensas fortunas mediante sutiles formas de peculado. El enriquecimiento ilícito de funcionarios y allegados al poder es regla general; por lo que 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 las naciones donde se han hecho grandes depósitos de dinero, sustrayéndose así a la acción restitutiva que podría haber prosperado. Aparte de lo que significa por sí mismo el hecho de cometer el delito de peculado en relación con el propio delincuente, se plantea el problema relativo a la restitución de los bienes delictuosamente obtenidos cuando ellos se encuentran ubicados en el exterior bajo la garantía de gobiernos extranjeros y del orden jurídico en ellos establecido; pero un problema más grave es que la fortuna acumulada y depositada fuera de sus países se convierte en un poderoso instrumento de perturbación, pues el dinero, elemento corruptor por excelencia, es utilizado para preparar conspiraciones, comprar armas, alquilar mercenarios y sobornar a funcionarios y

empleados. Todo lo anterior me conlleva a tratar de demostrar que el peculado es, en nuestro tiempo, un problema que reviste aspectos totalmente nuevos que son necesarios enfrentar y proponer una solución al respecto.

2.1. REDACCIÓN ORIGINAL DEL TIPO

Como contexto histórico social debo señalar que el 15 de julio de 1867, Juárez entró a la Ciudad de México y restableció la Constitución de 1857, aplicando las *Leyes de Reforma*. Su gobierno se extendió hasta 1872 año en el que falleció. Cuando vez restauró el gobierno nacional, el 14 de agosto de 1867 Juárez expidió una *Convocatoria para la elección de los Supremos Poderes Federales*, acompañada de una circular de la ley de convocatoria, obra de Sebastián Lerdo de Tejada. En esta circular se pedía al pueblo la autorización para que el Congreso pudiera adicionar la Constitución en los cinco puntos señalados en la convocatoria, tendientes a recobrar el equilibro entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, sin necesidad de someterse al procedimiento que establecía el artículo 127, pero dicha solicitud fue rechazada. A pesar de ello sí logró reformarse la ley fundamental acorde al procedimiento Constitucional en lo referente a la creación de los Estados de Campeche, Coahuila, Hidalgo y Morelos. Con la muerte de Juárez asumió la Presidencia Sebastián Lerdo de Tejada, durante su mandato hubo dos series de reformas a la Constitución, la primera para elevar a rango Constitucional las Leyes de Reforma, que hasta entonces habían permanecido al margen de la ley suprema, ya que iban en contra de varios de sus preceptos. La segunda fue respecto al Poder Legislativo, en lo referente al restablecimiento del Senado, a la elección e instalación del Congreso, sobre la iniciativa y formación de las leyes, las facultades del Congreso en general y sobre la Comisión Permanente.

Durante el régimen de Porfirio Díaz (1876-1910), que incluyó el periodo presidencial de Manuel González de 1880 a 1884, se hicieron reformas a la

Constitución de 1857, que se refirieron a dos importantes cuestiones: la regulación de la reelección presidencial y su sucesión, por otro lado la atribución a la Federación de numerosas competencias estatales que se dieron para que se produjese el desarrollo económico. Dentro de los principales cambios que se hicieron al texto Constitucional, fueron los siguientes:

- ✓ Reelección y sucesión presidencial;
- ✓ Sustracción de facultades de los Estados para otorgarlas a la Federación en materia de patentes y marcas, minería, comercio e instituciones bancarias, vías generales de comunicación, correos, aguas, emigración e inmigración y salubridad;
- ✓ Materia impositiva;
- ✓ Establecimientos de determinadas prohibiciones para los Estados;
- ✓ Modificación en la organización de la Suprema Corte de Justicia y en las facultades de la Comisión Permanente del Congreso.

Con el inicio de la Revolución de 1910, también tuvo lugar el ascenso de Francisco I. Madero a la Presidencia.[17]

Ahora bien, en el Ordenamiento Penal de 1871, el ilícito de peculado se encontraba previsto, junto con la concusión, en el Título Undécimo “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”, Capítulo V, de los preceptos 1026 al 1031. En este Ordenamiento se establecía que cometía el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tuviera el carácter de funcionario, que para usos privados, propios o ajenos, distrajera de su objeto dolosamente el dinero, valores, fincas, o cualquier otra cosa perteneciente a la Nación, a un municipio o a un particular, si por razón de su encargo los hubiera recibido en administración, en depósito, o por cualquier otra causa. En este sentido, no operaba la excusa, por el

[17] SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. Historia del Derecho Mexicano, Ed. Porrúa, México, 2002, pp. 178-180.

hecho de haber realizado dicha distracción con el ánimo de devolver aquello de lo que se dispuso con sus réditos o frutos.

En este orden de ideas, resalto que en la redacción original del tipo no sólo incluía a los servidores públicos como sujetos activos en la comisión de este delito, sino también a aquella persona que sin tener el carácter de funcionario tuviera en administración, depósito o por cualquier otro motivo, dinero o valores pertenecientes al Estado, ello por haber desempeñado una comisión por un determinado tiempo; sin embargo, ésta no era una circunstancia atenuante del hecho, pues se castigaba por igual y esto, desde mi punto de vista, es correcto dado que el resultado era el mismo aun y cuando la conducta no la llevara a cabo un servidor público, ya que a final de cuentas los bienes o el dinero que se distrajeran de su objeto eran propiedad de la Nación.

Una circunstancia que atenuaba la conducta, era el hecho de que el agente del delito devolviera lo sustraído dentro de los tres días siguientes al descubrimiento del ilícito, con ello se reducía la pena a un arresto menor; ahora bien, si la devolución la efectuaba después de ese término, pero antes de dictar sentencia definitiva, la pena se reducía a una tercera parte. En el caso de tentativa de peculado, ésta se sancionaba con la destitución del cargo.

2.2. EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO NORMATIVO (REFORMAS)

2.2.1. Código de 1929

En este código, el delito de peculado no se encontraba previsto en un Capítulo exclusivo dentro del Título Noveno de este Ordenamiento Penal denominado “De los delitos cometidos por funcionarios públicos”, sino que en el artículo 577, dentro del Capítulo de abuso de autoridad, se consideraba al peculado de 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 haya 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”.*

De lo antes asentado afirmo, que en el Código Sustantivo de aquella época, el legislador no sólo era ambiguo en cuanto a la redacción del contenido normativo, sino también en la ubicación del peculado dentro del Ordenamiento Punitivo, pues era parte del delito de abuso de autoridad, lo que indudablemente daba lugar a confusiones al no estar regulado de manera autónoma, lo que resultaría óbice para la adecuada integración de los elementos del delito y la probable responsabilidad del inculpado. Otro aspecto que no pasó inadvertido, fue el hecho de que en dicha redacción aún no se hablaba del término “distraer de su objeto”, y las expresiones que se usaban eran “apropiar o disponer” y tampoco se hacía mención que los fondos, valores u otra cosa que se apropiara o dispusiera, pertenecieran al Estado, dando lugar a imprecisiones y lagunas en el tipo de peculado.

Pero qué sucedía en nuestro país en aquella época. Tras la muerte de Álvaro Obregón, Calles dominó la escena política, su influencia durante las administraciones de Emilio Portes Gil, Pascual Ortiz Rubio y Abelardo Rodríguez fue determinante. La prensa oficial empezó a denominarlo “Jefe Máximo de la Revolución”, a este período (1928-1934) se le denominó Maximato, porque Calles impuso su voluntad, designó presidentes, orientando la vida económica y política de la nación.

Emilio Portes Gil gobernó durante 14 meses, era Secretario de Gobernación cuando fue electo Presidente, tenía la misión de convocar a elecciones para la Presidencia. En este lapso se concluyó el conflicto cristero, se repartieron 1.7 millones de hectáreas, se inició la discusión de la primera Ley Federal del Trabajo y se derrotó la revuelta encabezada por Gonzalo Escobar.

Por otro lado, los jóvenes universitarios apoyaron la candidatura de José Vasconcelos, y fueron los primeros seguidores de la causa vasconcelista, así como los principales activistas y organizadores. Derivado a partir de un problema relacionado con el reglamento de exámenes, el movimiento estudiantil universitario se convirtió en una vasta movilización, se llevaron a cabo mítines, marchas y choques entre estudiantes católicos y radicales, así como enfrentamientos con la policía, los cuales culminaron con la promulgación de la autonomía universitaria.

José Vasconcelos se convirtió en el candidato opositor más fuerte en las elecciones de 1929 apoyado por el Partido Antirreeleccionista Nacional. A su alrededor se aglutinaron intelectuales, políticos descontentos del régimen, líderes estudiantiles del movimiento del 29, en general, sectores de la clase media. En algunos lugares fue hostilizada su campaña y después de las elecciones, Vasconcelos afirmó que le habían robado el triunfo. En realidad, aunque tuvo mítines importantes durante su gira, no presentó un programa que incluyera reivindicaciones sociales, tampoco logró influir en el ánimo de los sectores populares. Convocadas las elecciones, al día siguiente de constituirse el Partido Nacional Revolucionario como una confederación de partidos nacionales y regionales, Pascual Ortiz Rubio fue declarado el ganador de las elecciones; empero, no concluyó el período presidencial porque sostuvo una disputa por el poder con Plutarco Elías Calles.[18]

2.2.2. Código de 1931

Posteriormente, en este Código, el delito de peculado estaba regulado en el Título Décimo “Delitos cometidos por funcionarios públicos”, junto con el de concusión, de los numerales 219 al 221.

---

[18] Para ilustrar el contenido de la historia nacional en el presente capítulo, remito al lector a consultar la obra Enciclopedia de México 2008, editada en disco compacto por Edtorial Reymo.

En este Ordenamiento se exponía que cometía ilícito 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 o ajenos distrajera de su objeto el dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente a la Nación, a un Estado, a un Municipio o a un particular, si por razón de su cargo los hubiera recibido en administración, en depósito o por cualquier otra causa”*.

La sanción que correspondía a esta conducta delictiva era de seis meses a doce años de prisión, multa de diez a tres mil pesos y además destitución de empleo o cargo e inhabilitación de dos a seis años. Una circunstancia atenuante de la pena de prisión, sin perjuicio de la destitución, inhabilitación y de la multa correspondiente, era que el sujeto activo devolviera lo sustraído dentro de los diez días siguientes de cuando se descubrió el ilícito, en este caso la pena privativa de la libertad era de uno a seis meses.

Para el año de 1931 la figura del presidencialismo era fuerte, limitaba y disminuía la importancia de los poderes Legislativo y Judicial. Desde la Constitución de 1917 se sentaron las bases para que el Ejecutivo tuviera más poder y dispusiera de una fuerza política muy grande. La Constitución ordenó que el Presidente era el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, Jefe de las Fuerzas Armadas y de las Policías Federales y del Distrito Federal. Conforme a esto el Presidente podía proponer leyes, aplicarlas, disponer del gasto público, nombrar y destituir, sin tener que dar cuentas a nadie de las razones por las que los hacía, a los integrantes del gabinete. El control de las fuerzas armadas lo responsabilizaban de la seguridad interna y podía ordenar la intervención de estas fuerzas en cualquier lugar del país sin tener que pedir la aprobación de ninguna instancia federal o estatal. Nombraba a los mandos superiores del Ejército, la Armada y la Aviación, otorgaba ascensos en estas instituciones; designaba a los miembros de la Suprema Corte de Justicia. Durante muchos años la actuación del poder judicial y del legislativo consistió en avalar y respaldar las decisiones Presidenciales, perdiendo autonomía y fuerza.

El presidente durante esta época, fue Jefe de la llamada “clase política”, es decir, de los burócratas de alto nivel que gobernaban al país, y del partido oficial. Con este carácter designaba a los responsables de los puestos públicos importantes, el gabinete y los funcionarios principales de las Secretarías de Estado, a los directores de las empresas paraestatales, a los candidatos del partido oficial para la gubernatura, diputaciones federales, senadurías, principales presidentes municipales, etc. Además, era el árbitro supremo en los conflictos que se producían entre los integrantes de la clase política, de igual forma podía premiar, castigar y perdonar a los políticos del partido oficial.

De todas estas atribuciones dos son las más importantes. Una extralegal: desde Obregón el Presidente en funciones designaba a su sucesor, el candidato del partido oficial. En los años posrevolucionarios ningún candidato de un partido distinto al del gobierno pudo ganar las elecciones para la Presidencia. Por tal motivo fue fundamental la voluntad del Presidente en este nombramiento. La otra, conforme a la ley, es la disposición de los recursos públicos, ya que el Congreso tenía una actuación simbólica. Con las decisiones en este aspecto, el Presidente privilegiaba sus programas de gobierno, castigaba a gobernadores de un grupo distinto al suyo, otorgaba apoyos políticos, fortalecía al partido oficial y corrompía a la oposición.

Otro rasgo del sistema político mexicano en estos años, era la existencia de un partido político oficial. El Partido Nacional Revolucionario (PNR), fundado por Plutarco Elías Calles, que se transformó bajo la presidencia de Cárdenas al Partido de la Revolución Mexicana (PRM) y durante el sexenio de Miguel Alemán, en el Partido Revolucionario Institucional (PRI). En todos los casos contó con el respaldo del Estado para sus actividades políticas y su financiamiento. Gracias a este respaldo, los candidatos del partido resultaron triunfantes en la mayoría de las elecciones, tanto a nivel federal, estatal y municipal.

El poder del PRI, se originó en primer término del apoyo del Estado, y en segundo lugar del control que ejerció sobre las organizaciones de masas, sindicatos, agrupaciones campesinas, organizaciones populares, etc. Funcionó con la entrega de cuotas de poder a los sectores que lo formaban. Así, los dirigentes de las organizaciones de masas aseguraron puestos públicos como diputaciones federales o estatales, senadurías o presidencias municipales. De esta manera formaron cacicazgos importantes en diversos lugares de la República, donde algunos líderes además de controlar los sindicatos y la presidencia municipal, controlaban los medios de difusión, el transporte y otros aspectos de la vida económica y social de la región.

Otro de los soportes del sistema político mexicano era el corporativismo. Con este término se designó al control que ejerció el gobierno sobre las organizaciones de masas, ya fueran sindicatos, organizaciones campesinas o de otro tipo. Al constituirse en el partido oficial los sectores, se incorporaron a sus filas organizaciones y a sus dirigentes se les entregaron cuotas de poder. Mediante este mecanismo los líderes adquirieron riquezas y poder político. Como ningún corporativismo puede construirse únicamente con las concesiones a los líderes, el gobierno tuvo buen cuidado de hacer también concesiones a las masas.

Con esta mecánica los dirigentes de las organizaciones son el conducto a través del cual el gobierno otorga ciertas ventajas, prestaciones o pequeños privilegios a los miembros de las agrupaciones, fortaleciendo el liderazgo que le es afín y debilitando al que le es opositor. Al mismo tiempo, los líderes favorecidos por el Estado se conviertieron en un sostén de la política oficial y aprovecharon su relación para mediar entre los intereses de los trabajadores, los patrones y el Estado. Con esta actuación y recurriendo a reformas limitadas, la burocracia sindical obtuvo el respaldo de sectores de sus representados.

Aparte de los aparatos estatales, funcionaron en el sistema político grupos de presión. Se trata de organizaciones que agrupan a intereses económicos afines

y que pugnan porque la acción del gobierno los favorezca. Evidentemente hay grupos sin mucha capacidad de ejercer presión, pero hay otros sumamente poderosos.

2.2.3. Reformas de 1983

Con las reformas al Código Penal Federal, publicadas el 5 de enero de 1983 en el Diario Oficial de la Federación, el peculado quedó establecido en el artículo 223 de la siguiente forma:

> *"Comete el delito de peculado:*
> *I. Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.*
> *II.- El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.*
> *III.- Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos público o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, y*
> *IV.- Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.*
> *Al que cometa el delito de peculado se le impondrán las siguientes sanciones:*
> *Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.*
> *Cuando el monto de los distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de*

cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos".

En este tiempo, en México se desarrolló un capitalismo dependiente y subordinado, en virtud de que en el país la producción de maquinaria era muy escasa; para el establecimiento, ampliación y renovación de las plantas industriales se necesitaba comprar maquinaria, tecnología y cierto tipo de materias primas especiales en el extranjero. Esto hacía sumamente dependiente a la industria nacional, incluso las refacciones tenían que adquirirse en el exterior.

La industria contó con el apoyo total del gobierno. Éste tomó medidas para protegerla de la competencia externa, con altos impuestos a la importación de productos industriales que ya se producían en el país, o limitando y prohibiendo su importación. El gobierno realizó importantes inversiones para construir una infraestructura que favoreciera el desarrollo económico, pero especialmente el desarrollo industrial. Construyó caminos y carreteras, proporcionó electricidad y combustible baratos, mantuvo bajo el precio del transporte ferroviario, otorgó crédito barato a través de Nacional Financiera, etc. De manera fundamental, el gobierno subsidió a la industria proporcionándole todos estos bienes y servicios a precios muy accesibles, en muchos casos inferior a su costo de producción.

Las empresas paraestatales daban gigantescos subsidios a los fabricantes, el gobierno sostenía las finanzas de estas empresas e impedía su quiebra cubriendo sus pérdidas con el dinero del erario público. A la larga, después de décadas de subsidios multimillonarios a la industria, las finanzas gubernamentales se vieron afectadas gravemente, pues sus gastos eran superiores a sus ingresos.

Para cubrir su déficit, a partir de la segunda mitad de los años 50, el gobierno recurrió al endeudamiento externo. Llegó un momento en la década de los 80 en que era de tal magnitud la deuda externa del gobierno que no podía continuar cubriendo el gasto excesivo que tenía y entonces se produjo una trascendental crisis de las finanzas públicas.

Se sacrificó a la agricultura para favorecer a la industria. Los precios de los alimentos y las materias primas agrícolas se congelaron. Fue así como el campo subsidió a la industria. La consecuencia fue una severa crisis agrícola iniciada a mediados de los años 60 y de la cual aún no se recupera la agricultura.

A través del control corporativo de los sindicatos, el gobierno limitó las demandas salariales y las prestaciones de los trabajadores. El salario se mantuvo bajo para favorecer las ganancias industriales. En particular, esta política fue expresada por Miguel Alemán cuando afirmó al inicio de su sexenio que primero era producir riqueza y después distribuirla. Así, se justificó dejar en un segundo plano la redistribución del ingreso y la mejoría de los trabajadores.

2.3. COMPARACIÓN DEL CONTENIDO DEL TIPO PREVISTO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Una vez que cité los principales antecedentes históricos legislativos del delito de peculado, al establecer la comparación entre la legislación federal y el Ordenamiento Punitivo Distrital, encuentro que la redacción de la Ley Sustantiva Federal es más amplia, ya que al comprender las hipótesis normativas, no sólo hace referencia al servidor público que actualice el tipo penal en estudio, sino también a cualquier persona que ayude a la realización de las promociones o denigraciones a las que se refiere la fracción II y que a cambio de ello, también se vea beneficiado de los fondos públicos.

CAPÍTULO III

EL DELITO DE PECULADO EN EL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

3.1. CONTENIDO DE LA REDACCIÓN LEGISLATIVA EN EL DISTRITO FEDERAL.

En este Capítulo estudiaré de manera específica el ilícito de peculado y para ello debo señalar en primer lugar que éste se encuentra previsto en el Capítulo X, del Título Décimo Octavo denominado: “Delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos”, en el numeral 273 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual a la letra señala:

> *“Artículo 273.- Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y de cuarenta a quinientos días multa, al servidor público que:*
> *I. Disponga o distraiga de su objeto, dinero, valores, inmuebles o cualquier otra cosa, si los hubiere recibido por razón de su cargo; o*
> *II. Indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo 267 de este Código, con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.*
> *Cuando el monto o valor exceda de quinientas veces el salario mínimo, se impondrán prisión de cuatro a doce años y de quinientos a dos mil días multa”.*

Antes de entrar al análisis de fondo de todos y cada uno de los elementos que integran el cuerpo del presente delito, debo indicar que éste lo haré a la luz de la teoría causalista, en la que el delito, como estructura jurídica, parte del supuesto de una conducta que el legislador sanciona con una pena, es decir, se exige que en primer lugar haya una conducta, ya sea de acción u omisión, a la cual se le asigna una pena; pero además, es necesario que esta acción u omisión, sea típica, antijurídica, culpable y como lo acabo de mencionar, punible; todo lo anterior en su conjunto me da la pauta para definir al delito como una conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

En este mismo sentido, afirmo que si faltare alguno de estos elementos no se podría hablar de delito.

A) CONDUCTA.

El primer elemento del delito en su aspecto positivo, es el hecho o la conducta humana, como un acontecer de orden naturalístico.[19]

Para Franz Von Liszt, el primer elemento del delito es esencialmente objetivo; para este penalista el delito se refiere a una conducta humana en sentido naturalístico, es decir, la conducta está ligada al movimiento corporal voluntario que produce un resultado, debiendo existir entre la conducta y el resultado una forzosa *relación de causalidad*, en otras palabras, el delito es el resultado necesariamente ligado a la conducta que lo produce.

El tratadista Octavio Orellana Wiarco, en su obra "Curso de Derecho Penal", menciona que *"el análisis de ese movimiento corporal voluntario no requiere establecer la finalidad que persigue ese movimiento, ya que el estudio de ello se centra en el fenómeno objetivo o naturalístico observable por los sentidos de la presencia del movimiento, por ello la acción para el sistema causalista es 'ciega', pues no exige saber, en el plano lógico de la prelación de los elementos del delito, la finalidad que persigue la conducta, pues esa finalidad en el mencionado plano de prelación lógica, para este sistema se ubica en la parte subjetiva de los elementos del delito, en la culpabilidad".*[20]

De lo analizado en líneas precedentes, considero que para la teoría causalista, la conducta es un movimiento corporal voluntario, que puede palparse a través de los sentidos, mientras que el resultado es el daño o la lesión al bien jurídico tutelado por la norma, que se vio alterado con motivo de la acción del

---

[19] ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 3ª ed., México, 2005, p. 172.
[20] ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, p. 173.

sujeto activo del delito. Este resultado puede ser material, cuando produce un cambio en el mundo exterior; o bien formal, cuando faltó ese cambio, pero se dañó o se puso en peligro el bien jurídico, actualizándose en este supuesto la tentativa.

Para explicar el nexo causal, el sistema causalista se basa en procesos causales, de los que se desprende que si la acción es un movimiento corporal voluntario que a su vez produce un cambio en el mundo fáctico, entonces el nexo causal es el enlace lógico jurídico existente entre la conducta y el resultado producido, ya que el segundo fue producto de la primera.

En la mayoría de los delitos de acción que se cometen, el nexo causal se puede constatar fácilmente; sin embargo, en algunas ocasiones puede resultar un problema establecer ese nexo de causalidad; pues no se puede atribuir el hecho delictivo a la conducta de un sujeto si el resultado no es consecuencia de su conducta aun cuando aparentemente lo parezca, y de no existir ese nexo causal, no existirá el hecho delictivo atribuible a su conducta.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Como ya lo mencioné, el hecho o conducta es el primer elemento del delito; empero, éste puede no integrarse, entonces existiría ausencia del hecho, lo que sucede cuando el sujeto realiza un movimiento corporal involuntario. En esta tesitura, cito la obra del Doctor Juan Andrés Hernández Islas, intitulada “Teoría del Delito”, nos explica que de acuerdo con lo que establece la fracción I, del artículo 15 del Código Penal Federal (numeral 29 del Código Sustantivo del Distrito Federal), es causa de exclusión del delito cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente. Luego entonces, *“el elemento negativo no se denomina ausencia de conducta sino AUSENCIA DE VOLUNTAD”.* Razonamiento con el cual estoy de acuerdo, ya que indudablemente existe una

conducta humana, esto es, un movimiento corporal; sin embargo, no se trata de un movimiento voluntario.

En este orden de ideas, la ausencia de voluntad se puede presentar en los siguientes supuestos:

a) *Vis absoluta*. Consiste en una fuerza física exterior irresistible, en la que la fuerza física la ejerce una persona sobre otra, la cual no está en posibilidad de resistirlo y produce un resultado relevante para el Derecho Penal. Un ejemplo de lo anterior son los tumultos o las aglomeraciones de personas, donde se ejerce presión sobre un individuo que no pueda resistirlo y debido a ese impulso, dañe alguna cosa o lesione a alguien.

b) *Vis mayor.* Se trata de una fuerza de la naturaleza que se ejerce sobre una persona y ésta como mero instrumento produzca un delito.

c) Sueño, sonambulismo e hipnotismo. También se presentan como casos de ausencia de voluntad, ya que se tratan de movimientos involuntarios ocurridos durante estos estados de sueño, sonambulismo e hipnosis; en estos casos de llevarse a cabo algún ilícito no podrían ser atribuidos a la acción del sujeto.

d) Actos reflejos. Se pueden incluir en los casos de ausencia de voluntad, pues éstos son movimientos corporales involuntarios debidos a actos instintivos o a convulsiones provocadas por padecimientos u otras circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto.

B) TIPICIDAD.

Al hablar de este segundo elemento positivo del delito, me remito al numeral 14 C., el cual en su párrafo tercero establece:

> *"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata…".*

Del contenido de este precepto, claramente se aprecia que para imponer una pena a una persona por la comisión de un delito del cual sea responsable, se requiere la existencia previa de una ley que establezca claramente y con exactitud, la conducta punible; es decir, aquella que en caso de llevarse a cabo se sancionaría con la pena aplicable.

El principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* (no hay delito ni pena sin ley), es la base de la llamada teoría del tipo y tipicidad; entendiendo al tipo como la descripción legal abstracta que el legislador realiza de una conducta que estima delictiva, en tanto que la tipicidad es el encuadramiento del hecho o conducta en la hipótesis normativa (tipo penal).

En este orden de ideas, considero que el tipo y la tipicidad están estrechamente relacionadas, pues para que se dé la tipicidad, primeramente debe existir el tipo, porque si se realiza una conducta, pero ésta no se encuentra regulada y sancionada en una norma jurídica, dicha conducta no va a ser relevante para el Derecho Penal, por lo tanto no se va integrar este elemento positivo del delito, pues mi conducta debe estar perfectamente encuadrada en la hipótesis que en abstracto prevé, en este caso, la ley sustantiva. La exigencia de exactitud de que la conducta se ubique o encuadre en el tipo, es precisamente un elemento toral de la tipicidad, debido a que si no se cumple exactamente con cada uno de los elementos que exige el tipo, el delito no se puede presentar; es aquí donde se aplica el principio de la exacta aplicación de la ley penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege).*

Al respecto, el autor Octavio Orellana Wiarco expresa: *"El tipo ha venido desempeñando desde su nacimiento una función de legalidad. Frente a los abusos*

del poder, que en materia penal se traducen en actos de represión que atentan a los bienes más preciados del individuo, su libertad y a veces, hasta su vida; la exigencia de que se cumpla, en los casos en que se atribuye una conducta delictiva a una persona, ésta debe ser ante todo típica, además de antijurídica y culpable. La garantía de la exacta aplicación de la ley penal no es un mero tecnicismo legal en que el encuadramiento de la conducta al tipo, la tipicidad, tenga por objeto satisfacer requisitos penales o procesales, es garantía para el inocente de que la imputación de un delito no se podrá lograr porque su conducta no encuadrará en el tipo; y para el delincuente, donde tal encuadramiento es también a su favor, pues será juzgado y condenado exclusivamente dentro de los límites previstos en el tipo, con respeto pleno al principio de legalidad. El tipo encuentra su sinónimo en el término ley; el legislador al crear el tipo o la ley, debe tomar en cuenta que sanciona conductas que estima riñen con los valores sociales que propugna el Estado como valiosos o necesarios para conservar el orden jurídico. No es concebible en un régimen democrático que a título de capricho el legislador diera nacimiento a algún tipo que no respondiera a la protección de bienes jurídicos valiosos".[21]

La estructura del tipo está compuesta por el núcleo, elementos objetivos, subjetivos y normativos. En lo que atañe al núcleo, tiene la estructura gramatical de una oración y el verbo o verbos que contiene la descripción legal es lo que constituye el llamado **núcleo del tipo o verbo rector**, el cual determina la acción u omisión que el sujeto activo debe realizar para ubicar o encuadrar su conducta en el tipo.

De esta manera, los elementos objetivos son aquellos términos de naturaleza material, apreciables a través de los sentidos, los cuales son esenciales (no deben faltar en el tipo) y accidentales (pueden aparecer al lado de los esenciales y deben ser satisfechos en el caso específico para actualizar la tipicidad de la conducta).

---

[21] Ibídem., p. 220.

a) Elementos objetivos esenciales:

* *Sujeto activo* es quien produce la conducta típica. (persona física)
* *Sujeto pasivo* es persona a quien se daña o pone en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo. (persona física o moral)
* *Conducta*, se refiere a la acción u omisión que debe realizar el sujeto activo.
* *Resultado*, lesión o puesta en peligro del bien jurídico.
* *Nexo causal*, es la relación de causa-efecto entre la conducta y el resultado.

b) Elementos objetivos accidentales:

* *Circunstancias sobre la calidad del sujeto activo o del pasivo*. En algunas ocasiones, tanto el sujeto activo como pasivo, deben reunir determinadas cualidades, restringiendo con ello la posibilidad genérica que usualmente emplea la ley.
* Circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión.

Los elementos subjetivos específicos se refieren a los ánimos, finalidades o intenciones extras que se acumulan al dolo o culpa, son situaciones de carácter psicológico del sujeto activo al momento de realizar la conducta.

Por último, los elementos normativos en el tipo, consisten en las valoraciones culturales o jurídicas que en algunas ocasiones aparecen en el tipo; es decir, el elemento normativo resulta cuando el tipo penal, requiere de una determinada situación o condición jurídica.[22] Verbigracia, en el delito de robo cuando se refiere la descripción típica a una cosa ajena mueble.

[22] HERNÁNDEZ ISLAS, Juan Andrés. Teoría del Delito, Ed. Jahi, México, 2001, p. 66.

ATIPICIDAD.

Consiste en la falta total o parcial de la adecuación o encuadramiento del hecho o conducta al tipo, pues no se satisface o encuadra en forma total y exacta los requisitos que el tipo ordena, por lo que el hecho o conducta resulta atípico.

La falta o ausencia de tipo indica que el hecho o conducta no aparecen en la ley, por ende no existe el tipo, por ello jamás se mencionaría que un hecho o conducta pueden ser atípicos porque no hay posibilidad de encuadrarlos a un tipo inexistente. En la atipicidad el tipo existe, pero el hecho o conducta no se adecua al mismo.

En el sistema causalista son causas de atipicidad cuando falta alguno de los elementos esenciales o accidentales del tipo de que se trate. Son causas de atipicidad la falta de cualquier elemento objetivo, subjetivo o normativo, consistente en: falta del bien jurídico tutelado, falta del sujeto activo o pasivo o de las calidades exigidas para éstos, ausencia de conducta, resultado o nexo causal, falta o ausencia de las referencias temporales de lugar, modo u ocasión.

El Doctor Juan Andrés Hernández Islas clasifica la atipicidad en absoluta y relativa. En la atipicidad absoluta, el evento no está descrito en ningún tipo penal; mientras que la atipicidad relativa se presenta cuando hay falta o ausencia de algún elemento del tipo, ya sea objetivo, subjetivo o normativo.

De lo anteriormente analizado, concluyo que la atipicidad surge cuando el hecho o conducta desplegada por un sujeto no se encuentre prevista y sancionada en una ley previamente establecida, o bien, cuando dicha conducta no encuadre perfectamente en la descripción típica, por falta de alguno de los elementos que integran el tipo (elementos objetivos, subjetivos o normativos).

C) ANTIJURIDICIDAD.

En sentido meramente gramatical, antijuridicidad es lo contrario a lo jurídico: por su parte, el autor Luis Jiménez de Asúa, al exponer la antijuridicidad aduce que: *"Provisional puede decirse que es lo contrario al Derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que necesita que sea antijurídica, contrario a derecho".*

La antijuridicidad puede distinguirse como formal y material. Esta doctrina dual fue elaborada por Franz Von Liszt, quien determinó que el acto sería formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado y materialmente antijurídico en cuanto signifique una contradicción a los intereses colectivos. La antijuridicidad formal se refiere a la contradicción entre el hecho y la norma o mejor dicho, la contradicción entre la conducta humana y la prohibición o mandato contenido en la ley penal. Mientras que la antijuridicidad material existe cuando esa trasgresión de la ley, afecta los intereses de la sociedad; esa exteriorización de la conducta que lesiona, que arremete a la colectividad.[23]

En cuanto a los elementos objetivos del injusto, puntualizo que en algunos ilícitos se requiere, además de valorar la conducta realizada por el sujeto para asumir que la misma fue antijurídica, se contempla la integración de elementos de carácter subjetivo, los cuales están descritos en el tipo penal.

Para los autores causalistas los elementos subjetivos son diferentes al dolo, son motivos especiales que el legislador exige, además del dolo o culpa. Como ejemplo de lo antes aludido, cuando un sujeto se apodera de un bien mueble, sin el ánimo de apropiárselo, no podrá ser delito de robo.

---

[23] HERNÁNDEZ ISLAS, Juan Andrés, *op. cit., p. 79.*

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Con el objeto de enlazar el tema de la antijuridicidad con su aspecto negativo, conocido como causas de justificación, encontré una definición de antijuridicidad que refiere a sus casos de exclusión, donde la apariencia de antijuridicidad se elimina, al presentarse alguna causa de justificación; tal definición es del tenor siguiente: *"la antijuridicidad es aquella conducta típica que no está amparada en alguna causa de justificación".*[24]

Las causas de justificación son aquellas que excluyen la antijuridicidad de un acto que puede encuadrarse en un tipo legal, esto es, aquellas acciones u omisiones que contienen aspectos del delito, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, es decir, contrarios a derecho.

Una definición adecuada para las causas de justificación es la propuesta por Juan del Rosal quien las identificar como: *"todas aquellas situaciones en las que las acciones típicas realizadas son jurídicas"* o sea, se podrá realizar una acción típica, pero al existir una causa de justificación no podrá ser valorada como antijurídica.[25]

De lo analizado en líneas precedentes, afirmo que cuando en un hecho o conducta que la ley penal tipifica como delito, se actualiza alguna de las causas de justificación, se destruye la antijuridicidad y por lo tanto, ya no hay delito que perseguir; sin embargo, con ello no se destruye la conducta típica, sino lo que sucede es que ésta ya no es antijurídica, o sea, no es contraria a derecho. A continuación haré un análisis muy general de cada una de las causas de justificación:

---

[24] Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 254

[25] ROSAL, Juan del. Tratado de Derecho Penal Español, Madrid, 1978, *cit.* por PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 139.

1) Legítima Defensa. Es una de las causas de justificación de mayor importancia, ya sea por los valores jurídicos involucrados o por ser la que se presenta con mayor frecuencia. Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.[26]

Para poder considerar la legítima defensa, como una causa de justificación y por ende, que ésta no constituya un delito deben concurrir las circunstancias siguientes:

i) Repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho.

ii) Necesidad de defensa de bienes jurídicos propios o ajenos.

iii) Existencia de una necesidad racional la defensa empleada y el ataque.

iv) Ausencia de provocación.

Es claro que todo individuo tiene derecho a rechazar con la fuerza la agresión injusta contra sus bienes o valores cuando el Estado no puede acudir en su defensa. El hombre, por una exigencia natural tiende a repeler o a impedir la agresión injusta, basado en el instinto de supervivencia. Esta exigencia es recogida por la Ética y el derecho, al proteger los bienes y valores del ser humano en sus relaciones con los demás miembros de la sociedad, no puede menos que reconocer tal exigencia constitutiva del ejercicio de un derecho y que, por lo tanto, justifica que el propio sujeto, cuando el Estado no puede intervenir para protegerlo contra las injustas agresiones, pueda reaccionar, con las debidas limitaciones, sin que pueda obligársele a padecer la ofensa, lo que implicaría consagrar y avalar una injusticia.

En definitiva, considero que al tratarse de un conflicto de intereses que se plantea en determinadas circunstancias, en el cual el interés del agredido debe

---

[26] CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 41ª ed., México, 2000, p 191.

prevalecer sobre el interés del agresor injusto, en la extensión y con las limitaciones que la ley impone, ello con el fin de que al momento de repeler la agresión, el sujeto agredido no incurra en la comisión de un delito al exceder la fuerza con la cual repulsa una agresión antijurídica, actual o inminente y sin derecho, de esta manera se actualiza la legítima defensa.

2) Estado de necesidad. Al igual que la legítima defensa, se basa en el natural instinto de supervivencia que de manera innata tiene el ser humano; sus elementos son:

a) La existencia de un peligro y que éste coloque en riesgo bienes jurídicos.

b) El peligro debe ser real, por lo que los peligros imaginarios no pueden dar lugar al estado de necesidad como una causa de justificación. El peligro puede provenir de la naturaleza o de los animales, o bien de una persona y el peligro debe apreciarlo, quien se encuentra en una situación de riesgo y no ser valorado una vez ya ocurrido el suceso.

c) Que el peligro real sea actual o inminente, esto quiere decir que el peligro ocurra en el momento o en uno inmediatamente anterior a la destrucción del bien sacrificado.

d) Que el peligro, no haya sido provocado dolosamente por el agente, lo que significa que si éste fue el causante del peligro, no podrá justificar la destrucción o daño que lleva a cabo de un bien, aun cuando sea necesario para salvaguardar otro de más valía.

e) Que el bien jurídico que se sacrifique debe ser de menor valor: en este sentido aún se discute la dificultad de establecer graduaciones en cuanto a los bienes jurídicos; sin embargo, existe concordancia que el bien jurídico de mayor importancia sobre los demás es la vida,

consideración con la cual estoy completamente de acuerdo, pues no hay algo más importante que ésta.

f) Que el sacrificio del bien jurídico sea el único medio factible, pues de lo contrario, si pudo haber evitado el sacrificio de ese bien jurídico, ello no da lugar al supuesto del estado de necesidad como causa de justificación.

g) Que el agente no tuviera el deber jurídico de afrontar el peligro; esto se refiere para aquellas personas que debido a su profesión u oficio, tengan la obligación de enfrentar los peligros que se presenten, tal es el caso de los policías, bomberos, médicos, enfermeras, etc., quienes no pueden evadir el peligro, sacrificando con ello un bien jurídico.

La principal diferencia entre legítima defensa y estado de necesidad radica en que en *la primera, el ordenamiento jurídico otorga la potestad de defenderse de un peligro eminente frente a su agresor, la cual motiva a diversos autores a otorgarle el carácter de un estado de necesidad privilegiado; en cambio, en el estado de necesidad, se permite lesionar o transgredir los intereses de otra persona que no ha realizado ninguna agresión, siempre y cuando el interés protegido tenga mayor relevancia que el daño que se pretende ocasionar al otro individuo.*[27]

3) Cumplimiento de un deber. Generalmente se acepta que el cumplimiento de un deber legal es una causa de justificación que destruye la antijuridicidad de la conducta. En el caso de los bienes jurídicos que resultan lesionados o puestos en peligro, cuando se cumple con un deber, resulta indiscutible que éstos no pueden dar lugar a la antijuridicidad, pues el agente adecúa su comportamiento en el sentido ordenado por la norma; sin embargo, el problema salta a la vista cuando el

[27] PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *op. cit.*, p. 147.

agente realiza algo contrario al dictado de la norma jurídica en apego al cumplimiento de un deber; en este sentido estimo necesario hacer la aclaración que lo expuesto en las líneas que anteceden, no se pueden justificar abusos de poder o arbitrariedades u actos similares, lo que desafortunadamente ocurre con frecuencia, lo que conlleva a que se establezcan límites dentro de los cuales se pueda considerar el cumplimiento de un deber como una causa de justificación, ya que al igual que las anteriores se requiere racionalidad en el medio empleado y no se realice únicamente con el objeto de perjudicar a otro; en otras palabras, se pretende que la actividad realizada derive de las facultades que le fueron encomendadas al sujeto, tratando de evitar con ello que se rebasen esos límites que su potestad les infiere como portadores de una investidura pública, esto se refiere principalmente a los cuerpos policiacos.

Los elementos del cumplimiento de un deber son los siguientes:

a) La existencia de necesidad racional en el medio empleado.

b) Que el cumplimiento del deber no se haga con el único propósito de perjudicar a otro.

4) Ejercicio de un derecho. Esta causal consiste en la expresa autorización que existe para un sujeto de que realice una determinada conducta, no obstante que con ésta se lesione o ponga en peligro un determinado bien jurídico, en tal circunstancia el sujeto ejerce un derecho reconocido en la propia ley, y si al obrar realiza una conducta típica, ésta resulta plenamente justificada.[28]

Esta causa de justificación se presenta principalmente en la práctica del deporte y en el ejercicio de la medicina, en cuyos casos el Estado permite o protege el desarrollo de estas actividades, las cuales pueden llegar a causar daños, lesiones o incluso la muerte; por supuesto que para ello debe cumplir con ciertos requisitos. Por ejemplo, cuando un deportista, siguiendo las reglas que su disciplina le impone, llega a lesionar a su oponente, esta conducta no resulta

[28] *Ibíd.*, p. 154.

antijurídica; lo mismo sucede para el médico, quien realiza todos los actos tendientes para mantener la salud e integridad de su paciente, pero aún así, éste pierde la vida, no se puede considerar un homicidio, pues su actuar fue lícito.

El tratadista Raúl Plascencia, en su obra "Teoría del delito", señala que los requisitos que la doctrina identifica para esta causal son:

a) La existencia de un derecho de parte de quien actúa.

b) El reconocimiento de dicho derecho por parte de una norma jurídica positiva.

D) CULPABILIDAD.

Respecto a este tópico, aprecio que no existe una opinión unánime respecto de cómo definir este concepto, precisamente por la evolución que ha tenido esta teoría.

Para el autor Fernando Castellanos, la culpabilidad es *"el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto"*. Para Villalobos, *"la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa*".[29]

La culpabilidad relevante para el Derecho Penal es la que reúne la perspectiva jurídica, mas no desde el punto de vista moral, pues no interesará la circunstancia de que una persona cuente con la posibilidad de desarrollar un sentimiento de culpabilidad, sino del reproche dirigido en su contra por el

[29] Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1985, p. 283. cit., por Castellanos Tena, *op. cit.*, p. 234.

comportamiento desplegado. La culpabilidad jurídica tiene tal carácter debido a que se mide con arreglo a fórmulas jurídicas, así como por la circunstancia de que ha de ser constatada públicamente ante la instancia de un órgano jurisdiccional, con sujeción a un procedimiento jurídico, a diferencia de la culpabilidad moral, la cual únicamente existe y se sujeta a las reglas de la propia conciencia.[30]

Para el causalismo en general, la culpabilidad implica una conducta, un resultado unido por un nexo causal. En lo particular, la culpabilidad implica conductas cometidas a título de dolo y culpa.[31]

Como ya lo mencioné en el párrafo anterior, la culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, dependiendo hacia donde dirija su voluntad el agente consciente a la ejecución del hecho que la ley considera como delito; o bien, que debido a su negligencia, falta de pericia o imprudencia, viole un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar, produciendo un resultado típico que no previó siendo previsible. Se puede delinquir mediante una determina intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida cotidiana (culpa). Tanto en la forma dolosa, como culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico.[32]

El dolo es la más importante de la formas de culpabilidad. Desde mi humilde punto de vista, el dolo es simplemente la intención de causar daño. Ahora bien, en cuanto a las formas del dolo describiré las siguientes:

a) *Dolo directo;* es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado, lo quiere y lo acepta; el resultado coincide con el fin.

b) *Dolo indirecto;* también conocido como dolo de consecuencias necesarias, se actualiza cuando el agente lleva a cabo una conducta, con la certeza de que causará otros resultados

[30] Plascencia Villanueva, *op. cit.,* p 158.
[31] Hernández Islas, *op. cit.,* p. 95.
[32] Castellanos Tena, *op. cit.,* p. 237.

tipificados como delitos, los cuales no pretende directamente, pero aun así ejecuta el acto.

c) Dolo eventual; existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, pero a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando con ello sus consecuencias; en este caso hay voluntariedad de la conducta y representación de posibilidad del resultado, el cual no se quiere de manera directa, pero se acepta al llevar a cabo la conducta.

d) *Dolo indeterminado;* es aquel en el que el actuar del sujeto activo, no tiene como propósito un resultado delictivo en especial.

En lo que atañe a la culpa, el tratadista Cuello Calón aduce que la misma surge cuando *"se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando con ello un resultado dañoso previsible y penado por la ley".*

Por otra parte, las clases de culpa son: consciente o con representación e inconsciente o sin representación. La primera se actualiza cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que espera que dicho resultado no se dé; en tanto que la culpa sin representación o inconsciente, se origina cuando no se prevé el resultado siendo previsible, en este caso existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado, el cual es previsible.

En nuestro actual Ordenamiento Sustantivo Penal para el Distrito Federal, el dolo y la culpa están regulados en el numeral 18, que a la letra indica:

> *Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.*
> *Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.*

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

CAUSAS DE LICITUD.

La culpabilidad se puede revocar o anular por diversas circunstancias, las cuales impiden que se integre la culpabilidad, y consecuentemente el delito mismo; por ello la inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.[33]

Para el sistema causalista, la culpabilidad se configura a título de dolo o de culpa, consecuentemente las causas de inculpabilidad deberán consistir en aquellas circunstancias que destruyan o impidan que los elementos del dolo o de la culpa se presenten. El dolo requiere la representación y previsión del hecho, la falta del conocimiento o de la voluntad en la realización del hecho típico, de ser esencial o fundamental, destruyen el dolo; ahora bien, si la culpa exige la previsibilidad y la infracción de un deber de cuidado, si tal previsibilidad no fue posible que el sujeto la tomara en cuenta o no le fue factible obrar con el debido cuidado, puede presentarse alguna causa de inculpabilidad que anule la culpa. Para este sistema causalista, la falsa representación de la realidad puede dar lugar al error respecto al hecho o conducta que el sujeto realiza y con ello se puede dar lugar a una inculpabilidad por error.[34]

De lo asentado en líneas precedentes, considero que cuando existe alguna de las causas de licitud, la culpabilidad queda sin efecto, es decir, ésta queda anulada, ya que no se configuran los elementos intelectual y volitivo, de ahí que toda causa que elimine alguno de estos elementos debe ser considerada como de inculpabilidad o licitud; por lo tanto, el hecho o conducta ya no resulta relevante para el Derecho Penal, al no configurarse el delito. Las causas de licitud son: error

[33] Castellanos Tena, *op.cit.,* p. 257.
[34] Orellana Wiarco, *op. cit.,* p. 323.

de tipo, error de prohibición y la no exigibilidad de otra conducta, mismas que a continuación estudiaré de manera muy general.

a) *Error de tipo.* El error es una falsa apreciación sobre la realidad y se distingue de la ignorancia en que ésta implica un desconocimiento total y conlleva una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado. Entonces, el error de tipo consiste en una falsa apreciación o distorsión sobre uno o más de los elementos -sean de naturaleza objetiva o normativa- exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo. Este tipo de error, tiene como efecto excluir el dolo o la culpa; de manera que si el error es invencible o insuperable, esto es, no pudiendo evitarse ni habiendo actuado el agente con el mayor cuidado, se excluye plenamente su responsabilidad penal, al no configurarse la culpabilidad, pero no se excluye por completo si es vencible (superable), sino que actúa como aminorante, pues se aplica la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite tal forma de realización.

b) *Error de prohibición.* Se origina cuando las circunstancias del hecho típico revelan inequívocamente que el sujeto activo se condujo creyendo que su conducta estaba apegada a derecho. El conocimiento de la antijuridicidad, como requisito que fundamenta la culpabilidad del individuo, debe apreciarse en cada caso específico teniendo en cuenta tanto factores objetivos sobre la mecánica de los hechos, como psicológicos y sociales que afecten la percepción de la norma penal que pueda tener el sujeto activo, para así establecer con mayor exactitud, si la conducta típica debe reprochársele desde el punto de vista criminal.

El conocimiento de la antijuridicidad, como requisito que fundamenta la culpabilidad del individuo, debe apreciarse en cada caso concreto teniendo en cuenta tanto factores objetivos sobre la mecánica de los hechos, como psicológicos y sociales que afecten la percepción de la norma penal que pueda tener el sujeto activo, para así establecer con mayor exactitud si la conducta típica debe reprochársele desde el punto de vista criminal.

Concluyendo, si para la culpabilidad es necesaria la posibilidad de conocer la prohibición del hecho, al estar en ausencia de dicha posibilidad, se excluye la culpabilidad en virtud de que no desaparece la posibilidad de conocer la prohibición, pero sí se disminuye la reprochabilidad y por ende se atenúa la responsabilidad.[35]

En este tipo de error, el sujeto ignora la existencia del tipo penal o bien cree no quedar inmerso en él, considerando subjetivamente como lícito su actuar, no obstante su carácter antijurídico.

El error debe ser invencible, existiendo varios supuestos:

i) La ilicitud de la conducta, porque el sujeto desconoce que existe una ley que la prohíbe.

ii) El sujeto desconoce el alcance de la ley.

iii) El sujeto actúa porque piensa que está justificada su conducta.

Si este error es vencible, no lo eximirá de responsabilidad; en este caso se aplicará pena de hasta una tercera parte, según el delito de que se trate.

c) *No exigibilidad de otra conducta*. Se entiende que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento. La no exigibilidad de otra conducta es causa eliminatoria de la culpabilidad.[36]

En esta tónica, el doctor Juan Andrés Hernández Islas, en su libro “Teoría del delito”, al respecto expone que: *“atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta lícita, 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. Esta causa de licitud se puede confundir con el estado*

---

[35] PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *op. cit.*, p. 173.
[36] Castellanos Tena, *op.cit.*, p. 272

de necesidad; la diferencia doctrinal estriba en que, mientras el estado de necesidad, es causa de justificación que supuestamente excluye al delito; por su parte la no exigibilidad de otra conducta excluye la responsabilidad".

De esta manera, en esta causa de licitud, no se puede exigir al agente una conducta diversa a la que realizó, aun siendo ésta ilícita, ya que debido a las circunstancias en las que se encontraba al momento de la comisión del hecho, no tenía otra posibilidad para actuar de manera distinta.

E) PUNIBILIDAD.

El tipo penal, además de la descripción de la hipótesis normativa señalada por el legislador, está dotada de una sanción, es decir, de una punibilidad.

La norma penal tiene una función represiva, se presenta después de que se ha cometido un delito. Esta función represiva es la punibilidad, la cual se puede definir como *"la amenaza de una sanción que el Estado impone cuando se ha cometido un delito".* La razón de ser de la punibilidad se encuentra en la necesidad de garantizar la permanencia del orden social.[37]

En suma, la punibilidad es una consecuencia ordenada por el legislador, en el caso de cometer una conducta sancionada por la ley penal como delito, por considerarla que atenta contra los valores fundamentales del hombre, al lesionar o poner en peligro algún bien jurídico tutelado por la ley.

El autor Eduardo López Betancourt, en su obra Introducción al Derecho Penal, al citar al tratadista Sauer, deja muy claro que *"la penalidad es el conjunto de los presupuestos positivos de la pena según la ley, o la sentencia; la penalidad*

[37] LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al Derecho Penal, Ed. Porrúa, 8ª ed., México, 2000, p. 138.

legal se denomina también abstracta o general; la penalidad prescrita por la sentencia se llama penalidad concreta. Punibilidad es el conjunto de los presupuestos normativos de la pena para la ley y la sentencia de acuerdo con las exigencias de la idea de derecho (la justicia y el bien común). La punibilidad es el conjunto de aquellos presupuestos que deben ser realizados en la ley y en la sentencia a fin de que sea satisfecha la idea del Derecho".[38]

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Constituyen el factor negativo de la punibilidad. Cuando se configura alguna excusa absolutoria, no es posible la aplicación de la pena. *Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena*.[39] Por lo tanto, cuando se actualiza alguna de estas circunstancias denominadas excusas absolutorias, con ello no se destruye la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, sino que éstas quedan intactas, pero debido a una calidad o cualidad del sujeto activo, se excluye la posibilidad de aplicar la pena correspondiente, debido a que, en estos casos, el legislador considera más beneficioso admitir la comisión del delito que castigarlo.

El numeral 75 del Código Penal para el Distrito Federal, condiciona los casos en los que la pena es innecesaria, cuyo texto es del tenor siguiente:

> *"Artículo 75.- El Juez, de oficio o a petición de parte, podrá prescindir de la imposición de la pena privativa o restrictiva de la libertad o sustituirla por una menos grave o por una medida de seguridad, cuando la imposición resulte notoriamente innecesaria e irracional, en razón de que el agente:*
> *a) Con motivo del delito cometido, haya sufrido consecuencias graves en su persona.*
> *b) Presente senilidad avanzada; o*
> *c) Padezca enfermedad grave e incurable avanzada o precario estado de salud. En estos casos, el Juez tomará en cuenta el resultado de los dictámenes médicos y asentará con precisión, en la sentencia, las razones de su determinación.*

---

[38] Sauer, Guillermo. Derecho Penal, Ed. Bosch, España, 1956, cit., por López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, p. 536
[39] Castellanos Tena, *op.cit.*, p. 279.

Se exceptúa la reparación del daño y la sanción económica, por lo que no se podrá prescindir de su imposición"

En este contexto, las causas de impunidad plasmadas en el artículo antes trascrito, son aspectos de carácter sustantivo; pero, también existen aspectos meramente adjetivos como serían una falla técnica del Ministerio Público al momento de formular sus conclusiones acusatorias, como equivocarse sobre la sanción aplicable al caso concreto, falla que el Juzgador no puede subsanar; otros aspectos adjetivos son la amnistía, el perdón del ofendido, el reconocimiento de inocencia y el indulto.

3.2. EL CUERPO DEL DELITO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Una vez que he analizado, tanto los factores positivos como negativos que conforman el delito en general (a la luz de la teoría causalista), en el siguiente apartado estudiaré, de manera específica cada uno de los elementos que configuran el delito de peculado, materia del presente trabajo de investigación.

Entrando en materia, de acuerdo con el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley considera como delito. Ahora bien, para los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para tener por comprobado el cuerpo del delito.

La fracción I del precepto 273 de la Ley Sustantiva Penal, a la letra establece: *"Artículo 273. Se impondrá prisión… al servidor público que: I. Disponga o distraiga de su objeto, dinero, valores, inmuebles o cualquier otra cosa, si los hubiere recibido por razón de su cargo".*

De la redacción antes trascrito, advierto los siguientes elementos:

a) Servidor público;

b) Disponer de dinero, valores, inmuebles o cualquier otra cosa;

c) Distraer de su objeto, dinero, valores, inmuebles o cualquier otra cosa;

d) Recibir dichos bienes por razón de su cargo.

Con relación a la hipótesis de “disponer”, ésta debe ser más específica, pues no ordena el sentido de tal disposición; esto es, el servidor público para desempeñar sus labores tiene que disponer de los bienes que le fueron asignados, y no por ello se actualiza el ilícito de peculado, por lo que a esta hipótesis se tendría que agregar la expresión “indebidamente”, para considerar que su conducta es contrario a derecho. Caso contrario sucede en la siguiente hipótesis en la que se especifica la distracción de su objeto; es decir, que ya no fueron destinados para el fin que debían cumplir.

En tal tenor de ideas, en cuanto a la enumeración del objeto material (dinero, valores, inmuebles o cualquier otra cosa), en ese sentido creo que el legislador enumeró sin razón alguna estos términos, pues lo pudo haber evitado utilizando la sencilla expresión “bien público”, para abarcar de manera más sencilla la terminología utilizada. Por otro lado, estoy de acuerdo, con la redacción del artículo cuando hace mención del motivo por el cual el servidor público tiene determinados bienes públicos, ya que simplemente indica que “por razón de su cargo”, sin entrar en más detalle, lo que evita el uso de locuciones que puedan dar lugar a confusiones, puesto que para efectos procesales bastará con demostrar que el servidor público disponga indebidamente o distraiga de su objeto, bienes públicos que hubiere recibido por razón de su cargo.

3.2.1 Elementos objetivos generales.

Los elementos objetivos del peculado previsto en la fracción I, son aquellos términos de naturaleza material, apreciables a través de los sentidos, los cuales

son esenciales y no deben faltar en el tipo, que en el caso específico son: la conducta, lesión al bien jurídico protegido y el nexo causal.

3.2.1.1 Conducta (acción y omisión).

En este caso, el actuar del servidor público está encaminado a la obtención de un fin, el cual es precisamente disponer o distraer un bien público; por lo tanto colijo que es una conducta de acción, pues se requiere de un movimiento corporal para la configuración del ilícito.

En el delito de peculado por distracción *"la conducta consiste en los actos con los cuales el funcionario público o el encargado del servicio público excede arbitrariamente los poderes contenidos en el título de su posesión. Y esto puede ocurrir mediante actos de apropiación o mediante actos de distracción del dinero o de otra cosa mueble, poseídos por razón del cargo o del servicio. Distracción es darle otra destinación al dinero o a la cosa mueble en provecho propio o ajeno, para un fin distinto de aquel para el cual se posee"*.[40]

Por lo antes reseñado, expongo que el delito de peculado por distracción se realiza mediante una conducta de acción voluntaria, dirigida a un fin por parte del agente del delito, quien teniendo en su poder los bienes públicos que se le han confiado por razón del cargo público que desempeña, en lugar de utilizarlos conforme estaba previsto, actúa de manera contraria a derecho, destinándolos a otra finalidad, ya sea apropiándoselo, o bien ingresándolo a su patrimonio a través de una cuenta bancaria personal o a nombre de otra persona, dentro del país o fuera de éste; por ello estimo que en el peculado por distracción no puede actualizarse la omisión.

---

[40] MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, parte especial, t. II, Colombia, Temis, 1989, p. 164, cit,. por JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. El peculado. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004, p. 41.

3.2.1.2 Lesión al bien jurídico.

En primer lugar, es oportuno indicar que debido a que el peculado se encuentra regulado en el Título Décimo Octavo denominado delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos, existe un objeto genérico aplicable a todos los delitos contemplados en este título y un objeto específico del peculado.

El bien jurídicamente tutelado en los delitos contra el servicio público en general, es la confianza que los gobernados depositan en aquellas personas que los gobiernan, es decir, la fe pública.

En este orden de ideas, el autor Eduardo López Betancourt, refiere que el bien jurídicamente tutelado en el ilícito de peculado es el *"patrimonio nacional"*.[41] Mientras que para el tratadista Marco Antonio Díaz de León lo constituye "*la seguridad en la correcta administración del servicio y la función pública*".[42]

En los delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos, de manera general el bien jurídico tutelado es el normal desarrollo del servicio público; sin embargo, en el peculado por distracción, el bien jurídico específico tutelado es por un lado, el erario público y la fe del pueblo y, por otro, el normal desarrollo de las funciones públicas. Ello es más evidente cuando a un servidor público se le entrega un bien público para que lo administre correctamente, pero contrario a esto, no cumple honestamente con su cometido, traicionando así la fe y la confianza que el pueblo depositó en él; lo que trae como consecuencia inmediata el entorpecimiento en la prestación de los servicios públicos (seguridad, educación, salud, transporte y vialidad, etc.), lo que a final de cuentas ocasiona un perjuicio en la sociedad.[43]

---

[41] LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op. cit.,* p. 531.
[42] DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal con comentarios, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 342
[43] Cfr. Jiménez Martínez,

Consecuentemente, todo servidor público debe fidelidad al pueblo, ya que a final de cuentas es un empleado de éste, por lo tanto la traición a esta fidelidad debe ser considerada una gran ofensa y por lo tanto un delito grave que merezca una sanción más severa. Por lo que el bien jurídico protegido en el peculado previsto en la fracción I, son en principio la fidelidad de los servidores públicos y los bienes públicos para el buen desarrollo de la función pública.

La ofensa del bien jurídico tutelado en el ilícito de peculado es la disminución de la eficaz operatividad de los servicios públicos; por lo tanto es un delito de lesión, ya que ocasiona un menoscabo en el bien jurídicamente tutelado; lo que no sucede en los de peligro, en los que solamente, como su nombre lo indica, pone en peligro el bien jurídicamente tutelado, pero no se daña.[44]

3.2.1.3 Nexo causal.

El nexo causal consiste, como ya lo analicé en líneas anteriores, en la relación entre la conducta desplegada por el sujeto activo y el resultado producido, ya que el segundo es producto de la primera. Por lo que para determinar si existe el nexo de causalidad entre el comportamiento del agente y el resultado producido, deben tomarse en cuenta las siguientes circunstancias:

i) Primeramente que el agente del delito tenga la calidad de servidor público.
ii) Que en razón de su cargo haya recibido un bien público.
iii) Que la distracción sea sustancial.
iv) El resultado sea la consecuencia de su comportamiento.

3.2.2. Elementos objetivos especiales.

[44] LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 527.

Son aquellos elementos que de manera particular requiere el tipo para su configuración; en tal virtud, si alguno de éstos faltare no se podría tener por acreditada la figura delictiva del ilícito de peculado. Estos elementos hacen al peculado distinto de los demás tipos penales, éstos son: calidad de los sujetos tanto activo como pasivo, resultado, objeto material, medios comisivos y elementos normativos.

3.2.2.1. Sujeto activo.

Por lo que se refiere al ilícito de peculado, previsto en la fracción I, este es un delito cometido contra el servicio público, precisamente por un sujeto que reúna la calidad de "servidor público", a su vez, en tratándose del peculado por disposición o distracción, el sujeto activo no puede ser sino la persona que desempeña un servicio público para el gobierno del Distrito Federal y que por razón de su cargo le ha sido conferida la tenencia de los bienes públicos, de los que indebidamente se apropió.

En este contexto, puedo advertir que el sujeto activo en el peculado es específico, pues exige una calidad en el probable responsable, siendo necesario estar encargado de un servicio público.

En cuanto a este punto, el autor Marco Antonio Díaz de León puntualiza que "*el sujeto activo es doblemente calificado aquí, primero porque debe ser servidor público y, segundo porque habrá de ser el que hubiera recibido en administración o en depósito el objeto, dinero valores que pertenezcan al Estado, así como que las posea por razón de su encargo… es unisubjetivo, calificado, debiendo ser servidor público".*[45]

Ahora bien, retomando la idea del autor antes transcrita, considero que el sujeto activo debe tener la calidad de servidor público, pero además es necesario

[45] DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, o*p. cit.*, pp. 339 y 341.

que, por razón de su cargo, hubiere recibido dinero, valores, inmuebles, o cualquier otra cosa pertenecientes al gobierno del Distrito Federal y su hacienda, por lo tanto, de la colectividad en su conjunto.

3.2.2.2. Sujeto pasivo.

Aun cuando en la redacción del tipo, no se determina de manera explícita, quién es el sujeto pasivo, de una interpretación de la ley se observa que es el Gobierno de Distrito Federal y su hacienda pública, así como la colectividad en su conjunto.[46]

No resulta ocioso precisar que el gobierno del Distrito Federal está dividido en instituciones gubernamentales, las cuales tienen la obligación de administrar el patrimonio del pueblo, actuando en su nombre y representación; debido a ello, ante la comisión del delito de peculado no se perjudican en sí las instituciones, sino la sociedad, ya que finalmente es de ésta el dinero, valores; patrimonio que tiene a su cargo el servidor público, quien debe de administrarlos eficazmente, en esta vertiente, al disponer o distraer de su objeto dichos bienes públicos, aparta su actuar del camino de la lealtad y honestidad, principios básicos y fundamentales con los que debe comulgar el servidor público.

Al respecto, y a modo de conclusión, el tratadista Javier Jiménez Martínez refiere que "*el sujeto pasivo del peculado por distracción es la sociedad, pero no la sociedad a secas, sino aquella parte de la sociedad económicamente activa o que sin ser activa contribuya con su labor al bien del pueblo de México".*[47]

3.2.2.3. Resultado.

---

[46] Quijada, Rodrigo. Código Penal para el Distrito Federal Comentado, Ed. Ángel, 2ª ed., México, 2004, p. 534.
[47] Jiménez Martínez, o*p. cit.,* p. 55.

En el delito de peculado previsto en la fracción I, es de carácter material, entendiéndose por éste las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa realizada por el agente del delito, consistiendo dicho resultado en el perjuicio ocasionado al patrimonio del gobierno del Distrito Federal, a través de sus instituciones gubernamentales.

Contrario a lo antes expuesto, existen opiniones que afirman que si bien es cierto se presenta un resultado, también lo cierto es que el mismo es de resultado formal, puesto que no es imprescindible el daño al patrimonio, aduciendo que el peculado no requiere la presencia necesaria de una lesión patrimonial, pues se puede configurar sin ella. El resultado que el peculado requiere, dada la objetividad jurídica, es el quebrantamiento del regular desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública, que el funcionario ejecuta al faltar al deber de probidad, teniendo como consecuencia o no la lesión al patrimonio de la administración pública.[48]

Una vez confrontadas ambas ideas, respecto a la clasificación del peculado en orden al resultado, me adhiero a la opinión respecto de que el resultado que éste produce es de carácter material, ya que la conducta ilícita desplegada por el sujeto activo del delito de disponer o distraer de su objeto bienes públicos, produce un cambio en el mundo exterior que consiste en el perjuicio ocasionado al patrimonio del gobierno del Distrito Federal, violando con ello la confianza en él depositada; aun cuando en determinado momento devuelva lo que se llevó, pues en ese lapso, es evidente que se dejaron de aplicar los fondos para los que en principio estaban destinados, tal es el caso de los programas de educación, salud, alterando con ello el desarrollo optimo del servicio público, sin que resulte óbice el hecho de que la traición al pueblo es la ofensa más grave que implica la comisión de este delito; consecuentemente, no cabe duda que el resultado es material.

---

[48] Carrera, Daniel. El peculado, Buenos Aires, Argentina, Desalma, 1968, p. 140, *cit.*, por Jiménez Martínez, *op. cit.*, p. 57.

3.2.2.4 Objeto material.

Entendido éste como la cosa sobre la que recayó la conducta ilícita desplegada por el sujeto activo del delito y de acuerdo a la fracción I del numeral 273 de la Ley Sustantiva Penal Distrital, en el peculado puede ser:

a) Dinero.
b) Valores.
c) Inmuebles.
d) Cualquier otra cosa.

Complementando lo anterior, el autor Javier Jiménez Martínez expone: *"el hecho de enumerar hipótesis específicas y finalmente dejarlas a la interpretación judicial se ha convertido en una vieja práctica de los legisladores carentes de toda metodología legislativa, ya que no han sido pocos los preceptos en que primeramente hacen enumeraciones limitativas y luego indican, por ejemplo, 'las demás circunstancias que señalan las leyes', 'cualquier otra cosa'. En el caso concreto, la enumeración que se hace se pudo sustituir con la rotunda frase 'cualquier bien perteneciente al Estado, para evitar toda la inútil' enumeración y enunciación".*[49]

3.2.2.5. Medios comisivos y elementos normativos.

En lo que atañe a los medios comisivos, tal parece que para disponer o distraer los bienes que pertenecen al gobierno del Distrito Federal y por ende a la sociedad, no se requiere medio comisivo alguno, en este sentido, resulta relevante destacar la opinión del maestro de la Escuela Clásica Francesco Carrara, quien expresó:

[49] JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 59.

> *"Dos son los caminos que suelen tomar los cajeros infieles: o con manifiesto cinismo injurian la confianza de sus administradores y se escapan con el botín recogido, o, empleando hipocresía para conservar su fama de honrados, intentan ocultar el cuerpo del delito para lo cual proceden secretamente por medio de falsedad documental o de simulación del delito. Mediante la falsedad alteran o suprimen libros, cifras y registros, o inventan cuentas artificiales, con las que disminuyen la cantidad que deben y encuentran el modo de enriquecerse ocultamente. Mediante la simulación del delito fingen ser víctimas de un hurto o de un incendio, para atribuirles a esos accidentes la pérdida de los valores sustraídos por ellos mismos Es fácil comprender que si el primer sistema delictuoso es más audaz, el segundo es más peligroso y reviste mayor gravedad y malicia".*[50]

La verdad es que la opinión anterior, actualmente pasa inadvertida en nuestro país, por ello es necesario cuestionar la autenticidad de los documentos ministeriales y de esa manera encontrar posibles delitos, pues allí se puede encontrar el escape de los peculadores, de tal suerte que aun cuando la descripción del tipo penal no tiene inserto un medio comisivo, no se descarta la posibilidad de estos medios para su comisión:

1) Escapar con el botín, depositando el dinero en los bancos del extranjero.
2) Falsedad documental.
3) Simulación del delito.
4) Elevar en complicidad con las empresas los costos atinentes a las obras públicas.
5) Simulación de inversión en programas sociales.
6) Simulación de cuantiosas inversiones en programas de emergencia.

Elementos normativos. Como ya lo dejé asentado con antelación, consisten en las valoraciones culturales o jurídicas que en algunas ocasiones aparecen en el tipo; es decir, el elemento normativo resulta cuando el tipo penal, requiere de una determinada situación o condición jurídica. Del contenido de la descripción del tipo penal de peculado, se advierten los siguientes elementos normativos:

---

[50] CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Colombia, 1977, *cit.* por JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 60.

a) Servidor público. Entendiendo por éste toda persona que desempeñe un servicio público.

b) Disponga o distraiga de su objeto. Todo objeto tiene un determinado uso o sirve para algo, o bien se le asigna una función qué cumplir; de tal suerte, si a ese bien se le da otra finalidad a la que primeramente tenía; es decir, se le da otro uso sustancialmente distinto del previsto, entonces se dispuso o de distrajo de su objeto.

c) Dinero. Es un medio legal para realizar el pago de bienes y servicios o en la cancelación de obligaciones o deudas. Algunas clases de dinero son la moneda metálica, papel moneda, cheques, pagarés.

d) Valores. Son todos aquellos bienes propiedad del Estado, que pueden ser valuables; pueden ser títulos de crédito o todo aquello que sea cobrable en sí mismo, también podrían ser objetos tales como: metales preciosos, joyas, tesoros.

e) Inmuebles. Bienes que no pueden ser trasladados de un lugar a otro sin alterar, en algún modo, su forma o sustancia, siendo unos, por su naturaleza, otros por disposición legal expresa en atención a su destino. Se aplica principalmente a los bienes raíces en contraposición a los bienes muebles.

f) Recibido por razón de su cargo. Este más bien sería, un elemento de valoración sociocultural, que implica una responsabilidad que se encomienda al agente.

3.3 PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL.

Para tener por comprobada la probable responsabilidad penal se deben acreditar los siguientes elementos:

3.3.1 Forma de intervención.

Para comprobar la forma de intervención de un servidor público en el delito de peculado, como responsable de la comisión del delito, tomo en cuenta el numeral 22 del Código Penal del Distrito Federal, que ordena:

> *Artículo 22.- Son responsables del delito quienes:*
> *I. Lo realicen por sí;*
> *II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;*
> *III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;*
> *IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;*
> *V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y*
> *VI. Con posterioridad a su ejecución auxilien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.*

En el delito en análisis, pueden configurarse todas las formas de autoría y participación, en cualquiera de las modalidades señaladas en el numeral antes trascrito.

3.3.2 Forma de realización.

El delito de peculado se comete por acción dolosa, entendida como la voluntad consciente y dirigida a la ejecución del hecho penalmente relevante, con resultado típico en términos del numeral 18 párrafo segundo del Código Sustantivo de la materia, de dos maneras:

1) Por disposición o distracción de su objeto, de dinero, valores, inmuebles o cualquier otra cosa que recibió en razón de su cargo. Como en el abuso de confianza, el agente tiene la tenencia de las cosas objeto del delito, con la diferencia que en el peculado los bienes pueden ser muebles o inmuebles. Para que se configure el delito, estos bienes debe haberlos recibido el agente en razón de su cargo, de lo contrario no hay peculado.

2) Por utilización indebida de fondos públicos o de otorgamiento de concesiones, subsidios, licencias, etcétera, con propósitos de promoción de

imagen o de denigración de alguien. En este caso, el servidor público se apropia indebidamente de esos fondos o comete las otras conductas con una finalidad preestablecida que es la de promover su imagen personal, como ocurre cuando el funcionario dispone de los recursos públicos para hacer campañas publicitarias a través de los medios de comunicación masiva, en los que el auto elogio de sus supuestas virtudes es el tema central. En otros casos, la indebida utilización de los recursos se orienta a ofender o denigrar a los adversarios políticos.[51]

En ambos casos, la realización es dolosa debido a que el agente tiene la voluntad de llevar a cabo el comportamiento, además lleva la intención de cometer el hecho; configurándose tanto el elemento volitivo como intelectual.

El elemento intelectual, significa que el agente del delito sabe que por razón de su cargo le ha sido confiada la tenencia de un bien perteneciente al gobierno del Distrito Federal y por lo tanto, tiene la obligación de destinarlo precisamente a su objeto. Mientras que el elemento volitivo, comprende el hecho de que el agente a pesar de conocer que tiene en su poder esos bienes públicos para invertirlos precisamente en aquello que le fue ordenado, los lleva a un fin distinto al señalado en la norma jurídica.

Por otra parte, este delito es de realización instantánea, puesto que se la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal.

3.3.3 Ausencia de causas de licitud.

Para que la conducta desplegada por el servidor público que lleva a cabo el delito de peculado, se considere antijurídica, es indispensable que no se encuentre amparada por cualquiera de las siguientes causas de justificación:

a) Legítima defensa.

---

[51] *Cfr*. Quijada, Rodrigo, *op. cit.,* pp. 534 y 535.

b) Estado de necesidad.

c) Cumplimiento de un deber.

d) Ejercicio de un derecho.

e) Consentimiento del ofendido.

3.3.4 Ausencia de excluyentes de responsabilidad.

Para que el servidor público que ha cometido el delito de peculado se convierta en culpable del comportamiento realizado, es necesario que al momento de ejecutar su acción:

a) Sea imputable, es decir, que al momento de la comisión del delito cuente con una edad mayor de 18 dieciocho años de edad, por tanto posee capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal; que no se encuentre demostrado que al perpetrar el delito que se le atribuya, hubiese padecido algún trastorno mental transitorio o un desarrollo intelectual retardado que ocasionara que no pudiera comprender el carácter ilícito del hecho antisocial que realizó o conducirse de acuerdo con esa comprensión; en otras palabras que tenga la capacidad de culpabilidad.

b) Conozca la prohibición, esto quiere decir que contaba con la capacidad de entender lo ilícito de su obrar y de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

c) Le sea exigible un comportamiento distinto, ya que no desconocía lo ilícito de su conducta, alegando desconocer la existencia de la norma o su alcance; o que creyera que era lícito su actuar.

En primer lugar, pienso que todo servidor público tiene la capacidad de culpabilidad y además sabe que disponer o distraer de su objeto bienes públicos, pertenecientes al gobierno del Distrito Federal, constituye una acción prohibida,

por lo tanto antijurídica; presumiendo que tiene la capacidad de querer, entender y responder culpablemente frente al Derecho Penal; sin embargo, el problema que se podría presentar sería en cuanto al conocimiento de la prohibición.

En este contexto, el tratadista Eduardo López Betancourt, expone la posibilidad de que se configuren las siguientes causas de inculpabilidad:

a) El error. En nuestro derecho, únicamente se acepta como causa de inculpabilidad el de naturaleza invencible, es decir, el humanamente invencible de superar. En ese sentido el peculado se puede presentar por error. El Código Penal Distrital en el numeral 29 señala:

> *ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:*
> *VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:*
> *a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o*
> *b) 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.*

En ese mismo sentido, el precepto 83 del Ordenamiento antes citado refiere:

> ARTÍCULO 83 *(Punibilidad en el caso de error vencible). En caso de que sea vencible el error a que se refiere el inciso a), fracción VIII del artículo 29 de este Código, la penalidad será la del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción, la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate.*

b) Eximentes putativas. Éstas se podrán presentar en el delito de peculado, cuando el servidor público crea estar actuando bajo alguna causa de justificación, pero en realidad sucede lo contrario.

c) Temor fundado. En este caso, el servidor público realiza la conducta ilícita presionado por circunstancias objetivas, por las cuales siente temor de sufrir

un daño considerable en caso de no consumar el peculado. Por ejemplo, en caso de que su superior jerárquico le exija la comisión del delito, bajo la amenaza de perder su empleo.

3.4 OTROS ASPECTOS.

3.4.1 Tentativa.

La tentativa se presenta cuando el agente del delito lleva a cabo en parte o totalmente los actos tendientes a disponer o distraer de su objeto los bienes públicos que le fueron otorgados por razón de su cargo, pero por medio de una auditoría se llega a detectar la irregularidad, por lo mismo el servidor público, por una causa ajena a su voluntad puede no consumar el tipo penal del peculado.

La tentativa puede darse en cualquiera de sus formas, esto es, puede ser acabada o inacabada. En el primer caso es cuando el agente prepara todos los actos necesarios para la consumación del peculado, pero por causas ajenas a él, no puede lograr su fin deseado. Por su parte la tentativa inacabada se presenta cuando el sujeto activo omite la realización de un hecho para la consumación del ilícito.[52]

3.4.2 Concurso de delitos.

Por lo que respecta al concurso de delitos, en el peculado previsto en la fracción I de la Ley Sustantiva Penal vigente para el Distrito Federal, puede concurrir tanto el concurso ideal como el real; esto es, con una sola conducta el activo puede cometer varios delitos o bien con pluralidad consumar varios delitos.

Desde esa perspectiva puede existir el concurso ideal del peculado previsto en la fracción analizada con los siguientes delitos:

---

[52] López Betancourt, *op. cit.*, p. 539.

a) Ejercicio ilegal y abandono del servicio público.
b) Abuso de autoridad.
c) Enriquecimiento ilícito.

Por su parte, existirá concurso real cuando el peculador, para llevar a cabo el ilícito, además falsifica documentos, o simula la comisión de algún delito sobre los bienes públicos que por razón de su cargo se le habían confiado, denunciando ante la autoridad esta situación; por lo tanto, podrá configurarse el concurso real con las siguientes conductas típicas:

a) Falsificación de documentos.
b) Falsedad ante autoridades.

A modo de resumen de todo lo antes expuesto, presento la siguiente tabla:

COMPORTAMIENTO	ACCIÓN
Conducta	Acción, pues requiere un movimiento corporal voluntario.
Bien jurídico protegido	La fidelidad de los servidores públicos y los bienes públicos para el buen desarrollo de la función pública
Ofensa al bien jurídico	Lesión
Forma de intervención del sujeto activo	Admite todas las formas de participación y autoría
Sujeto activo	Servidor público
Sujeto pasivo	La sociedad
Resultado	Material
Nexo causal	Equivalencia de las condiciones e imputación objetiva del resultado
Objeto material	Dinero, valores, inmuebles o cualquier otra cosa
Medios utilizados	No se requiere medio alguno para su comisión
Elementos normativos	El servidor público disponga o distraiga, dinero, valores, inmuebles, cargo
Elemento subjetivo general	Dolo
Elementos subjetivos especiales	Intención de lucro
Antijuridicidad	No admite causa de justificación alguna
Culpabilidad	Error, eximentes putativas, temor fundado
Tentativa	La admite en cualquiera de sus modalidades

Concurso	Ejercicio ilegal y abandono del servicio público Abuso de autoridad Enriquecimiento ilícito Falsificación de documentos Falsedad ante autoridades

3.5. EL CUERPO DEL DELITO PREVISTO EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

De la misma forma que realicé el estudio de la fracción I del numeral 273 del Ordenamiento Sustantivo Penal para el Distrito Federal, en el siguiente apartado analizaré el contenido de la fracción II de dicho precepto, cuya redacción es la siguiente:

> *"II. Indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo 267 de este Código, con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona".*

Como se desprende de la redacción del tipo antes trascrito, éste se rige a través de dos verbos rectores, *utilizar y otorgar,* debido a ello y con el objeto de identificar cada una de ésta hipótesis, el desarrollo lo haré de manera separada.

3.5.1. Elementos objetivos generales.

3.5.1.1. Conducta.

Tanto en el delito de peculado por utilización de fondos públicos, como por otorgar alguno de los actos a que se refiere el uso ilegal de atribuciones y facultades, necesariamente requieren de una conducta de acción. Por lo que respecta a la primera hipótesis de utilización de fondos públicos, carece de relevancia jurídica el fin para el cual se utilizaron indebidamente los fondos públicos, lo que aquí tiene importancia es el hecho de que los utilizó para un fin diferente al que estaban destinados.

Mientras que en el peculado por otorgar alguno de los actos a que se refiere el artículo 267 del Código Sustantivo para el Distrito Federal, puede suscitarse de las siguientes formas:

a) Otorgar concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes del patrimonio del Distrito Federal.
b) Otorgar permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico.
c) Otorgar franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados por la administración pública del Distrito Federal.
d) Otorgar, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos.
e) El servidor público que teniendo a su cargo fondos públicos, les dé una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal.

Ahora bien, en ambos casos, ya sea utilizar u otorgar, no sólo debe ser en este sentido la conducta desplegada por al agente del delito, sino que además es indispensable que sea con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero, o con el fin de denigrar a cualquier persona. Esto hace aún más difícil el trabajo del Ministerio Público pues debe acreditar esta circunstancia, lo que puede derivar en impunidad para el servidor público peculador.

3.5.1.2. Lesión al bien jurídico.

En el peculado por *utilización* indebida de fondos públicos, el bien jurídico protegido por la norma lo constituyen los fondos públicos; es decir los bienes

públicos pertenecientes al gobierno del Distrito Federal. En este mismo sentido, el bien jurídico protegido en el peculado que se comete por *otorgar* alguno de los actos a que se refiere el uso ilegal de atribuciones y facultades es el normal desenvolvimiento de las funciones públicas y la rectitud de los servidores públicos.[53]

En cuanto a la ofensa del bien jurídico protegido, en ambos casos (utilizar y otorgar), es de lesión; debido a que en el peculado por utilización indebida de fondos públicos, el resultado es la merma al patrimonio del Distrito Federal, lo que implica un cambio en el mundo exterior, resultando que en el peculado cometido por otorgar alguno de los actos a que hace mención el delito de uso ilegal de atribuciones y facultades, la conducta ilícita del agente del delito ocasiona un deterioro en la adecuada administración pública, acción que también se refleja y exterioriza en el mundo exterior.

3.5.1.3. Nexo causal.

Para determinar el nexo de causalidad, entre el comportamiento realizado por el agente del delito de utilizar indebidamente fondos públicos y el resultado producido, se deben considerar las siguientes circunstancias:

a) Que el sujeto activo sea servidor público.
b) Haber recibido fondos públicos en virtud de su cargo.
c) Que la utilización indebida de dichos fondos tenga por objeto promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.
d) Principalmente, que el resultado sea la consecuencia final del comportamiento intelectual y volitivo desplegado por el peculador.

[53] JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, o*p. cit.*, p. 84.

Ahora bien, por lo que respecta al nexo causal en el peculado que comete el servidor público que otorgó alguna de las fracciones a que se refiere el ilícito de uso ilegal de atribuciones y facultades, los elementos que se deben tomar en cuenta son:

a) Que el servidor público otorgue dicha atribución o facultad ilegalmente.
b) Tal otorgamiento traiga aparejado un perjuicio en los intereses públicos fundamentales y del buen despacho de las funciones públicas.
c) La conducta desplegada por el sujeto activo tenga por objeto promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

3.5.2. Elementos objetivos especiales.

3.5.2.1. Sujeto activo.

Por lo que respecta al sujeto activo tanto en el peculado llevado a cabo por *utilizar indebidamente fondos públicos*, como por *otorgar alguno de los actos a que se refiere el uso ilegal de atribuciones y facultades*, requieren que éste tenga la calidad específica de servidor público, es decir, que se trate de una persona que preste un servicio público para el gobierno del Distrito Federal.

3.5.2.2. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo en el peculado cometido por uso indebido de fondos públicos, primeramente es la sociedad, la cual se ve afectada por una persona con la calidad de servidor público y, por virtud de ello, se le confió el manejo de determinados fondos públicos; sin embargo, al traicionar la confianza en él depositada se corrompe, al utilizar en forma indebida esos fondos públicos, destacando que con ese comportamiento, el servidor público obstruye el curso de las funciones públicas.[54]

[54] *Ibíd.*, p. 87.

En el peculado referente a otorgar alguno de los actos señalados en el uso ilegal de atribuciones y facultades, el sujeto pasivo lo es la administración pública del Distrito Federal, así como la colectividad en su conjunto.

3.5.2.3. Resultado.

Puedo afirmar que para ambas hipótesis contempladas en la fracción II del numeral 273 perteneciente a la Ley Sustantiva Penal, el resultado es de carácter material, entendiéndose éste como las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa realizada por el sujeto activo del delito.

3.5.2.4. Objeto material.

En lo concerniente al peculado que consiste en utilizar indebidamente fondos públicos, sin lugar a dudas, lo son precisamente los fondos públicos pertenecientes al gobierno del Distrito Federal.

En cuanto al objeto material, respecto a la hipótesis de otorgar alguno de los actos previstos en el uso ilegal de atribuciones y facultades, es el correcto desarrollo de la administración pública, la cual finalmente resulta mermada con el actuar ilícito del servidor público.

3.5.2.5. Elementos normativos.

Consisten en las valoraciones culturales o jurídicas que en algunas ocasiones aparecen en el tipo; es decir, el elemento normativo resulta cuando el tipo penal, requiere de una determinada situación o condición jurídica.[55] Para ambas hipótesis contenidas en esta fracción II, tomando en cuenta lo expuesto por Díaz de León, estos elementos normativos son:[56]

---

[55] Hernández Islas, *op, cit.,* p. 66.
[56] Díaz de León, *op. cit.,* p. 91.

a) Superior jerárquico.
b) Tercero.

Entendiéndose por superior jerárquico a *"aquella persona que tiene más poder de decisión que otros en la administración pública del Distrito Federal; que tiene subordinados, quienes están obligados a cumplir con las instrucciones de aquél so pena de desacatar un mandato, mientras que el tercero es aquella persona o conjunto de personas que tienen interés en el asunto principal, ya sea por resultar beneficiados o perjudicados"*.[57]

3.5.2.6. Elemento subjetivo específico.

Por cuanto hace al **elemento subjetivo específico**, la fracción II del delito en estudio requiere como elemento subjetivo diverso al dolo, el fin de promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero, o bien denigrar a cualquier persona. Consecuentemente, si no se actualiza este elemento, no se configura el tipo penal de peculado.

3.6. PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL.

3.6.1. Forma de intervención.

El peculado por utilizar indebidamente fondos públicos, permite la actualización de cualquiera de las formas de intervención a las que hace mención el artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, mientras que en el peculado por otorgar cualquiera de los actos previstos en el uso ilegal de atribuciones y facultades, únicamente puede cometerse por sí, pues de esta manera se encuentra regulado por el tipo penal, debido a que los actos previstos en el numeral 267 del Código antes citado, únicamente pueden ser otorgados por el servidor público autorizado para ello.

[57] *Cfr*. Jiménez Martínez, p. 88.

3.6.2. Forma de realización.

En ambos casos, el delito se comete por una acción dolosa, la cual consiste en que el servidor público se apropia indebidamente de fondos públicos o comete las conductas a que se refiere el uso ilegal de atribuciones y facultades, con una finalidad preestablecida que es la de promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero, o bien desprestigiar a cualquier persona.

3.6.3. Ausencia de causas de licitud.

En lo que concierne a este tópico, estoy de acuerdo con lo expuesto por el tratadista Javier Jiménez Martínez[58] en el sentido de que en cuanto al peculado por utilización indebida de fondos públicos, pueden darse las causas de licitud relativas al cumplimiento de un deber y el estado de necesidad justificante.

De acuerdo con lo anterior, estimo que en el peculado por otorgar alguno de los actos previstos en el uso ilegal de atribuciones y facultades, resulta óbice para que se actualice cualquiera de las causas de justificación, el hecho de que el servidor público sabe que se encuentra prohibido realizar cualquiera de los actos previstos en el precepto 267 del Código Sustantivo de la materia.

3.6.4. Ausencia de excluyentes de responsabilidad.

La única causa de licitud que podría operar en cualquiera de las hipótesis que en este apartado analizo, es la no exigibilidad de otra conducta, la cual se presenta cuando "*no es racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haber podido determinar su actuar conforme a*

[58] *Ibíd.*, op. *cit.*, p. 90.

derecho".[59] De esta manera, cuando se actualiza esta causa de licitud, aun cuando se hayan acreditado todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo, el sujeto activo no será culpable por la conducta ilícita que realizó.

3.7. OTROS ASPECTOS.

3.7.1. Tentativa.

En las hipótesis estudiadas, que se encuentran en la fracción II del numeral 273 de la Ley Sustantiva Penal para el Distrito Federal, por supuesto que se puede configurar la tentativa, ya que el agente del delito puede no consumarlo por causas ajenas a su voluntad, y por lo tanto ver frustrado su intento.

3.7.2. Concurso de delitos.

Justamente, la hipótesis relativa a utilizar indebidamente fondos públicos en el delito de peculado, puede presentarse un concurso ideal con el siguiente delito:

i) Uso ilegal de atribuciones y facultades (artículo 267, fracción II del Código Penal para el Distrito Federal).

En este contexto, en el ilícito de peculado relativo a otorgar alguno de los actos a que se refiere el uso ilegal de atribuciones y facultades, puede darse el concurso ideal con los siguientes ilícitos:

i) Uso ilegal de atribuciones y facultades (artículo 267, fracción II del Código Sustantivo Penal en el Distrito Federal).
ii) Ejercicio ilegal y abandono del servicio público (artículo 259, fracción IV del Ley Sustantiva de la materia).

Los aspectos que analicé en este apartado, pueden sintetizarse en el siguiente cuadro:

---

[59] Hernández Islas, *op. cit.*, p. 43.

COMPORTAMIENTO	ACCIÓN	
	Utilizar fondos públicos	Otorgar alguno de los actos a que se refiere el artículo 267 del CPDF
Bien jurídico	Fondos públicos	Normal desarrollo de las funciones públicas
Ofensa al bien jurídico	Lesión	
Forma de intervención	Admite todas las formas de autoría y participación	Autoría material
Sujeto activo	En ambas se requiere la calidad específica de servidor público	
Sujeto pasivo	Los fondos públicos y la sociedad	Administración pública del Distrito Federal
Resultado	Material	
Nexo causal	Equivalencia de las condiciones e imputación objetiva del resultado	
Objeto material	Fondos públicos	Correcto desarrollo de la administración pública
Medios utilizados	No requiere medio alguno para su comisión	
Elementos normativos	Superior jerárquico y tercero	
Elemento subjetivo general	Dolo	
Elemento subjetivo específico	Admite la finalidad	
Antijuridicidad	Son admisibles el cumplimiento de un deber y el estado de necesidad justificante	
Culpabilidad	Puede presentarse la no exigibilidad de otra conducta	
Tentativa	La admite en cualquiera de sus modalidades	
Concurso	Uso ilegal de atribuciones y facultades (artículo 267, fracción II) Ejercicio ilegal y abandono del servicio público (artículo 259, fracción IV)	

CAPÍTULO IV

CIRCUNSTANCIAS PARA CONSIDERAR AL PECULADO COMO UN DELITO GRAVE.

4.1. SIMPLIFICACIÓN DE LA REDACCIÓN DEL TIPO PENAL PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Al ser el Ministerio Público, el órgano técnico encargado de la investigación y persecución de las conductas penalmente relevantes, se dice que tiene el monopolio para ejercer acción penal en contra de las personas que han cometido un delito. "*Por mandato constitucional, es un representante social y su función es encontrar la verdad histórica de los hechos, y no, encontrar responsables forzosos".*[60]

La función persecutora, como su nombre lo indica, consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, buscar y reunir las pruebas necesarias para la acreditación de una conducta tipificada penalmente, así como realizar las diligencias indispensables para procurar a los agentes del delito se les apliquen las consecuencias establecidas en el propio tipo penal. En ese orden de ideas, advierto en la función persecutora un contenido y una finalidad, estrechamente ligados: por un lado el contenido conlleva a realizar las diligencias necesarias e idóneas para que el sujeto que comete un delito **no evada la acción de la justicia**; mientras que la finalidad es que se apliquen a los delincuentes las sanciones que les correspondan, de acuerdo a la conducta ilícita realizada.

Por lo antes expuesto, estimo que el Ministerio Público tiene tres funciones primordiales:

1. La investigación que tiene como fin preparar el ejercicio de la acción penal, recabando las pruebas para acreditar la existencia

[60] CUENCA DARDÓN, Carlos E. **Manual de Derecho Procesal Penal**, Cárdenas Editor y Distribuidor, 4ª ed., México, 2003, p. 72.

de un delito y determinar quién es el probable responsable de la comisión de ese delito.

2. La persecución que se refiere al ejercicio de la acción penal ante el órgano jurisdiccional, la cual subsiste hasta el cierre de la instrucción, decretada por éste.
3. La acusación, en la cual es indispensable que el Representante Social, prepare idóneamente su petición y, por tanto, cerciorarse de la existencia del delito y comprobar cada uno de los elementos que integran el tipo, haciendo una relación de los medios probatorios recabados y con base en ello, pedirá la aplicación de las sanciones correspondientes; con ello se inicia la preparación del inicio de la acción penal.

Ahora bien, la acción procesal penal *"es el conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante el órgano judicial, con la finalidad de que éste, a la postre, pueda declarar el derecho en un acto que el propio Ministerio Público estima delictuoso".*[61]

De la definición antes mencionada, se advierten los siguientes elementos:

a. Conjunto de actividades, son las diligencias que lleva a cabo la Representación Social ante el órgano judicial.

b. Una finalidad, consistente en poner en movimiento la "*máquina judicial*", para que el Juzgador decida sobre el caso concreto y aplique las sanciones correspondientes, por ello el órgano investigador debe fijar los extremos que estima se deben analizar, por un lado, el hecho específico y por otro los preceptos jurídicos aplicables.

c. Poder del que están investidas esas finalidades y consiste en obligar al judicial a que decida sobre el caso que se le plantea,

[61] RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal, Ed. Porrúa, 31ª ed., México, 2002, p. 49.

> pero este poder, no es potestad arbitraria, sino una facultad que le impone la ley.

Desde esta perspectiva, la finalidad de la función persecutora se puede establecer desde dos aspectos: por un lado lograr que el órgano judicial actúe y declare el Derecho en el caso específico y, por otro, hacer efectiva una relación jurídica entre un hecho y un precepto de Derecho.

De lo analizado en los párrafos anteriores, percibo que no es nada fácil la función que lleva a cabo el Ministerio Público, por ello estimo indispensable que el legislador al momento de redactar el contenido de los tipos penales, y muy en especial por cuanto se refiere al ilícito de peculado, debe hacerlo de la manera más clara y precisa posible, de tal modo que cuando la Representación Social deba llevar a cabo sus funciones de investigación y persecución de algún ilícito, pueda demostrar con los medios suficientes e idóneos, todos y cado uno de los elementos (objetivos, subjetivos y normativos) que integren la descripción típica del delito para poder acreditarlo, así ejercer la acción penal, poniéndose de relieve que en este tipo de delitos, el legislador tiene que establecer los tipos penales de manera determinada y cerrada, es decir, precisando con un lenguaje claro y preciso la conducta lesiva de bienes jurídicos fundamentales y la sanción a imponer.

En este sentido, afirmo que en la descripción legal del tipo penal de peculado, previsto en la fracción I del artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, solamente un aspecto que pudiera suscitar confusión para la integración del delito, lo es el hecho de que contiene una lista enunciativa referente al objeto material sobre el cual recae la conducta típica desplegada por el sujeto activo, el cual consiste, de acuerdo con el tipo penal, en dinero, valores, inmuebles o cualquier cosa; de esta forma, creo que el legislador enumeró sin razón estos términos, pues pudo haber evitado lo anterior, empleando la sencilla expresión “bien público”, para abarcar de manera más sencilla la terminología utilizada.

4.2. EL PECULADO COMO UN DELITO GRAVE.

En este tema voy a determinar la naturaleza jurídica del ilícito de peculado con base en el estudio dogmático que realicé en el Capítulo anterior; además precisaré si el peculado puede ser considerado como un delito de “cuello blanco”, también precisaré con base en la legislación penal vigente para el Distrito Federal, aquellos ilícitos considerados como graves; así como justificar desde el punto de vista jurídico, económico, político, social y cultural, el hecho de considerar este delito como grave.

Naturaleza jurídica*.*

El peculado se encuentra previsto en el numeral 273 del Código Sustantivo vigente en el Distrito Federal, descrito en dos fracciones; en la primera se regula cuando el servidor público disponga o distraiga de su objeto dinero, valores, inmuebles o cualquier otra perteneciente al gobierno del Distrito Federal, si los hubiere recibido por razón de su cargo. En este sentido resultan aplicables los siguientes criterios jurisprudenciales que a la letra establecen:

> No. Registro: 196.847
> Tesis aislada
> Materia(s): Penal
> Novena Época
> Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
> Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
> VII, Febrero de 1998
> Tesis: I.2o.P.23 P
> Página: 524
>
> PECULADO, DELITO DE. SE INTEGRA CUANDO EL SERVIDOR PÚBLICO DISTRAE DE SU OBJETO BIENES SOBRE LOS CUALES EL ESTADO EJERCE UN PRINCIPIO DE DOMINIO Y DE ADMINISTRACIÓN.
> Es inexacto que el delito de peculado, previsto y sancionado en el artículo 223, fracción I, del Código Penal Federal, no incluya a los servidores públicos que distraigan de su objeto, dinero o bienes que provengan de particulares a quienes les fueron asegurados en virtud de la investigación de un delito, integrando el respectivo proceso penal, aunque no formen parte de la partida presupuestal asignada a la Procuraduría General de la República o de otra dependencia del Estado, porque desde el momento en que esos bienes

quedan a disposición de dicha institución, es el Estado mexicano quien los retiene bajo su custodia directa y, en su caso, los administra a través de la Dirección General de Control de Bienes Asegurados, dependiente de la propia procuraduría y, por ende, ejerce sobre los mismos un principio de dominio y de administración, pues en su oportunidad deberá responder rindiendo cuentas a la autoridad competente o, en su defecto, al particular interesado que los reclame, para el caso de devolución.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 174/97. María Dolores Asunción Mota Rubio. 30 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Ariel Oliva Pérez, secretario de Tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Ricardo Paredes Calderón.

Amparo en revisión 106/96. Mario Salvador Ruiz Massieu. 31 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretario: Ariel Oliva Pérez.

No. Registro: 199.693
Tesis aislada
Materia(s): Penal
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
V, Enero de 1997
Tesis: VI.2o.149 P
Página: 513

PECULADO, SE CONFIGURA EL DELITO DE, CUANDO EL INCULPADO, AL REALIZAR LAS OPERACIONES QUE CAUSARON EL QUEBRANTO PATRIMONIAL, TENIA EL CARACTER DE SERVIDOR PUBLICO.
De la recta interpretación del artículo 223, fracción I, del Código Penal Federal se deduce que para la configuración del delito de peculado es indispensable que el sujeto activo tenga el carácter de servidor público en la época en que realice la conducta típica; por tanto, si consta en la causa penal que el banco agraviado, en la fecha en que se realizaron las conductas delictuosas que dieron origen al quebranto patrimonial, tenía el carácter de sociedad nacional de crédito, es evidente que los empleados de la misma tenían el carácter de servidores públicos y por ende es legal concluir que si uno de ellos realizó actos dolosos que ocasionaron el menoscabo patrimonial de la institución, su conducta es configurativa del delito de peculado, siendo intrascendente que con posterioridad dicha institución se haya privatizado transformándose en sociedad anónima.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 315/96. Edmundo Mares Navarro. 13 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

No. Registro: 202.717
Tesis aislada
Materia(s): Penal
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
III, Abril de 1996
Tesis: VI.2o.61 P
Página: 432

PECULADO. ACREDITACION DE LA MATERIALIDAD DEL DELITO DE.
No necesariamente se deben de identificar de manera directa y precisa cada uno de los bienes faltantes para acreditar la materialidad del delito de peculado, toda vez que lo que sanciona el tipo penal es que se distraiga de su objeto alguna cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, esto es, lo trascendente es la distracción de ese bien, con independencia de que esté individualmente identificado; máxime si el delito se cometió en una tienda de autoservicio, y el método de auditoría empleado fue el denominado "detallista", -que antes de la implantación del código de barras era común su uso en esas tiendas-, que consiste en manejar los inventarios en forma global, mediante el establecimiento de un factor (porcentaje) de costo, y la utilidad bruta de las mercancías compradas y vendidas, por lo que es obvio que el resultado que se produzca de una auditoría bajo la aplicación de este sistema, es apto para informar respecto del faltante de bienes detectado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 418/95. Sergio Espinoza García. 27 de marzo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Héctor Enrique Hernández Torres.

La segunda fracción del precepto 273 del Código Sustantivo antes mencionado, se refiere al hecho de que el servidor público utilice indebidamente fondos públicos u otorgue cualquiera de los actos a que se refiere el uso ilegal de facultades y atribuciones, con la finalidad de promover su imagen política o social, de su superior jerárquico o de un tercero, o bien para denigrar a cualquier persona.

La conducta radica en los actos con los cuales el funcionario público o el encargado del servicio público excede arbitrariamente los poderes contenidos en el título que posee. Y esto puede ocurrir, como lo determina expresamente la ley, mediante actos de apropiación o mediante actos de distracción del dinero o de otra cosa mueble, poseídos por razón del cargo o del servicio.[62]

Debido a que el peculado atenta contra la fe pública, contra el patrimonio del gobierno del Distrito Federal, éste constituye un comportamiento grave que reviste las siguientes características especiales:

a. Atenta contra el patrimonio del gobierno del Distrito Federal.
b. Viola la fe pública.
c. Es un delito autónomo.

Desde este enfoque, es un delito patrimonial porque atenta contra el erario perteneciente al Distrito Federal y tiene como característica singular que no afecta el bien jurídico de una sola persona, sino el de toda la comunidad.

Delito de “cuello blanco”.

Para el desarrollo de este tópico, recurro al auxilio del autor Edwin Sutherland, quien aportó a la Criminología, su teoría de la “criminalidad de cuello blanco”. De esta manera, el autor Luis Rodríguez Manzanera, en su obra “Criminología” expone:

> *“Parte de la idea de que las estadísticas muestran un alto índice en la clase socioeconómica baja y uno muy bajo en la alta, lo que lleva a graves errores, pues las cifras están prejuiciados por una doble razón:*
>
> *a) Las personas de clase socioeconómicamente alta son más poderosas política y financieramente, y escapan al arresto y a la condena mucho más que las personas que carecen de ese poder, aun cuando son igualmente culpables de delito.*

[62] Ranieri, Silvio, Manual de Derecho Penal, p. 246, *cit*., por López Betancourt, o*p. cit.,* p. 520.

b) La parcialidad de la administración de la justicia penal, en las leyes que se aplican exclusivamente a los negocios y a las profesiones.

El delito de cuello blanco es definido por Sutherland 'como el delito cometido por una persona de respetabilidad y status social alto, en el curso de su ocupación'.

El delito de cuello blanco (llamado así en referencia a los funcionarios, en contraste con el persona de 'cuello azul': los obreros que usan overol), ha sido desestigmatizado, y sin embargo, es un caso de delincuencia organizada y reúne determinadas características:

a) Es persistente, la reincidencia es común.
b) Es mucho más extensa de lo que se consigna.
c) El delincuente de cuello blanco, no pierde su status ni se siente delincuente.
d) El delincuente de cuello blanco siente y expresa desprecio por la ley, el gobierno y sus representantes.

Ahora bien, si estos conceptos se trasladan al sector público concluyo lo siguiente: la **delincuencia** en las entidades gubernamentales del Distrito Federal, con relación a los servidores públicos de alto rango, a los que denominaré peculadores de cuello blanco son reincidentes, puesto que a menudo se ve y se escucha en los medios masivos de comunicación que se dan este tipo de desvíos de los recursos públicos; no obstante, no tienen miedo a la denuncia, ya que debido a su posición, tienen influencias que les facilitan evadir la acción de la justicia, por ello actúan de manera soberbia, pensando que las cosas seguirán normalmente, por lo que se trata de un delito bien organizado, a diferencia de cualquier persona que ha cometido un delito, los peculadores de cuello blanco no se ven ni se sienten como delincuentes.- Públicamente manifiestan su conocimiento, simpatía y adhesión con el régimen jurídico, sin embargo violan las disposiciones penales. Históricamente se ha demostrado que muchas de las grandes fortunas de los servidores públicos, se deben precisamente a la comisión de este delito. De ahí que resulte plenamente que el ilícito de peculado, pueda ser considerado como delito de cuello blanco.

Delitos considerados como graves de acuerdo con la legislación penal para el Distrito Federal vigente.

En este orden de ideas, cito la fundamentación jurídica de los delitos que deben ser considerados graves, al respecto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el numeral 268, párrafo cuarto ordena lo siguiente:

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

Igualmente, estimo que se deben de sancionar con mayor severidad aquellos delitos que atentan contra los bienes jurídicos de mayor importancia para la sociedad, verbigracia, el ilícito de homicidio calificado es el que alcanza una pena más severa, debido a que la vida es considerada como el valor de suprema importancia, así se va haciendo una prelación de los bienes jurídicos que se protegen, por lo tanto las penas que se deben aplicar. A su vez, qué sucede cuando se comete el delito de peculado, en la modalidad de disponer indebidamente o se distraen de su objeto grandes cantidades de dinero, tal vez para el desarrollo de programas de salud, como la aplicación de vacunas para prevenir enfermedades, en lugar de ello el servidor público encargado de hacer llegar dichos fondos para ese fin, los distrae, con ello se puede no sólo morir un niño, sino varios; o en el caso de desastres naturales, se tienen determinadas partidas de dinero para enfrentar ese tipo de situaciones de tal magnitud, las cuales no se sabe con precisión, cuándo ocurrirán, pero el servidor público peculador no destinó esos fondos a ese destino, por ello muchas personas sufren y carecen de alimentos, que consecuentemente los puede llevar a la muerte; en estos casos el peculador no sólo está lesionando al gobierno, sino que afecta directamente contra la población, que debería beneficiarse con esos fondos públicos.

Elementos jurídicos.

En primer lugar, advierto que todos los servidores públicos, desde el de nivel más alto, como el más modesto administrativo deben respetar y hacer cumplir la Ley Suprema de nuestro país, así como las leyes que de ella emanen.

Por otro lado, dentro de los derechos fundamentales contenidos en la Ley Suprema a favor de todos los mexicanos y que por imperativo Constitucional deben cumplir los servidores públicos, se encuentran los siguientes:

1. Todo individuo tiene derecho a recibir educación gratuita por el Estado.
2. Toda persona tiene derecho a la procuración de la salud.
3. Todo individuo tiene derecho a un trabajo digno y útil.
4. Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa.
5. El derecho a disfrutar de los servicios públicos.

Empero, respecto a la aplicación y desarrollo de programas que fomenten estos derechos con los que supuestamente cuentan los gobernados, qué es lo que se escucha con frecuencia: “falta de presupuesto”, pero lo que realmente ocurre es que no se destina el dinero suficiente para atender estos aspectos, ya sea por darle prioridad a otras áreas o simplemente por el inadecuado uso que los fondos públicos, justificando lo anterior con la creación de órganos de gobierno que únicamente sirven para legitimar los actos de los administradores de los fondos públicos; o bien, servidores públicos peculadores, que amparados en su función o en el poder político evaden la acción de la justicia penal.

En tal virtud, aprecio de suma importancia que cuando un servidor público que comete el delito de peculado, no afecta únicamente a una persona, como sucede en la mayoría de los delitos, sino que con su conducta ilícita afecta a la colectividad, entonces, por qué no castigarlo con una pena más severa, acaso es mejor traicionar la confianza pública de un pueblo, que cada día necesita más de los servicios públicos y que debido al uso indebido de dichos bienes públicos no

puede acceder a ellos, quedándose marginados del derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda, estableciéndose una sanción menor para este servidor público, pero tampoco se puede hablar de una doble moral, ni se debe de conducirse con base en ella, es decir, en el caso de que se desempeñe un cargo público, cometa este tipo de delitos, hay que estar de acuerdo con que se sancione severamente este tipo de conductas, pero tampoco se debe de etiquetar, ni estigmatizar al servidor público que realizó este tipo de ilícito, sino procurarle todos los medios y apoyo para poderlo reinsertar a la sociedad, ya que es un individuo con derechos humanos inherentes a su persona, como complemento a lo anterior cito un pasaje de la Biblia, cuando los judíos iban a apedrear a María Magdalena, Jesús les dijo “quien esté libre de pecado, que arroje la primera piedra”.

Lo que resulta incuestionable es que el peculado afecta de modo directo en el presupuesto y consecuentemente se priva del derecho al acceso a la educación, salud, alimentación, trabajo a muchas personas. Este ilícito debe ser castigado con mayor severidad, ya que ante su comisión se afecta el patrimonio público y la capacidad del gobierno para financiar los programas para fomentar el crecimiento de las personas en todos los niveles.

Como resultado de lo anterior, la conducta por el servidor público peculador es sumamente grave, ya que lesiona varios bienes jurídicos fundamentales para la sociedad.

Justificación social.

Para el desarrollo de este tema, tomo como base estos elementos:

1. Crecimiento de la población.
2. Analfabetismo.
3. Ciudades y pueblos marginados.
4. Abandono de programas sociales.

5. Confianza social de los servidores públicos.

En este contexto, al mencionar el crecimiento de la población, debo tomar en consideración que el Distrito Federal es una de las ciudades más grandes y pobladas del mundo, lo que exige un esfuerzo mayor para la viabilidad económica, por ello es necesaria la administración de los fondos públicos de forma correcta, al menos para satisfacer las necesidades de todas las personas, pues de lo contrario el descontento social y el rezago irán en aumento.

Otro elemento que tomo en cuenta para el buen manejo de la hacienda pública es el analfabetismo, ya que si los fondos públicos son limitados y además mal administrados, el analfabetismo continuará creciendo, acarreando consigo un retroceso para las futuras generaciones.

En cuanto a los pueblos marginados, éstos son un claro ejemplo del mal manejo de los recursos públicos, situación que trae como consecuencia que ante el descontento de estos grupos, los mismos se manifiesten a través del uso de la violencia. De ahí que sea importante la aplicación de programas y recursos para esos pueblos marginados, con el fin de dirimir sus necesidades básicas, como consecuencia de ello se mejoraría su situación, que les permitiría acceder a otros niveles de vida y condición social.

Para lograr lo antes expuesto, se requiere de un adecuado manejo de los recursos públicos. Este es el principal argumento por el que considero que quien comete el delito de peculado debe ser castigado con una sanción ejemplar, ya que con su actuar, propicia el crecimiento de la marginación y el descontento social de la gente más pobre.

Por otra parte, el abandono de programas sociales contribuye al descontento generalizado de la sociedad, debido a la mala distribución de la riqueza al concentrarse en unas cuantas manos; aquí aplica la frase “hay pocos

que tienen mucho, pero muchos que tienen poco o nada”, ante esto, se debe dar prioridad a los proyectos que benefician a la clase económicamente más poderosa, desprotegiendo a los sectores más necesitados.

Asimismo, en lo que atañe al servicio público, advierto que los cargos públicos deben ocuparlos aquellas personas, que por un lado estén preparadas y sean capaces profesionalmente, además de tener esa actitud de servicio, vocación de servir al pueblo y a los demás, no servirse de él, ni de ellos; no obstante, debido a las conductas ilícitas de algunos o muchos servidores públicos, la sociedad no ve en ellos gente honesta que salvaguarde sus intereses, sino como delincuentes de la peor especie.

Justificación cultural.

En este aspecto, resalto un tema que actualmente está lejos de estudiarse, es el tema de los valores y principios que deben regir la vida de las personas. No es nuevo para todos, que la pérdida de los valores en las últimas generaciones va en aumento, lo que indudablemente debe tomarse muy en serio, principalmente a la televisión, a la Internet y al poco tiempo que pasan los padres con sus hijos, principalmente.

En este tenor de ideas, la instrucción es uno de los instrumentos fundamentales para el desarrollo, en todos los niveles, desde preescolar hasta el profesional; sin embargo, como lo expuse en el párrafo anterior, cada vez en nuestro país se está más lejos de contar con jóvenes preparados que reivindiquen los valores que están en el olvido, tales como: la moral, la ética y la honestidad, por lo que se deberá de implementar un programa en los niveles preescolar, primaria y secundaria, donde se ponga de manifiesto esta situación.

Con una sociedad mejor preparada, se entendería el enorme daño que causa a ésta, disponer indebidamente o distraer los bienes pertenecientes a la

administración pública, con esa cultura se podría dejar atrás la corrupción, pisando los umbrales del progreso del pueblo.

Por ello, la lealtad se debe implementar como regla fundamental para todo aquel que lleve a cabo una función pública, en la medida en que los fondos públicos se manejen con lealtad a la sociedad, a los que con el pago de sus impuestos han contribuido al erario público. Desde este enfoque, el servidor público que traiciona este principio debe ser considerado como un delincuente peligroso, por hacer un mal manejo de los recursos públicos que redunda en el perjuicio de muchas personas.

En suma, se debe de fomentar en los servidores públicos el principio de servir a la sociedad y no servirse de ella, aunado a un cambio de pensamiento cultural, esto es, que cada profesionista y cada ciudadano que se digne de serlo cumpla con su responsabilidad cabalmente, ya sea administrando el erario público o bien denunciando los casos de peculado de los que tenga conocimiento y en esa medida se estará transitando de la intolerancia y la corrupción, a la sana crítica razonada y al buen manejo de los fondos públicos que destina el Estado para el logro de sus fines.

Justificación económica.

Un argumento muy importante es este sentido es la deuda pública, pero el problema se agrava aún más con la generación de los intereses, que representan una pesada carga para la sociedad.

Este marco social establece que es necesario dar una adecuada distribución de los recursos públicos y de esta manera mantener una economía equilibrada. Por consiguiente, aquel servidor público que utilice los fondos públicos para fines distintos a los que estaban destinados, merece una penalidad grave por las consecuencias que se derivan de la realización de la conducta.

En esta tesitura, resulta importante hacer entender a los servidores públicos que realizan este tipo de actos, lesivos para la sociedad y que administran los recursos públicos, que el manejo adecuado de las finanzas públicas protege el erario y contribuye a la solvencia económica, o de igual forma advertirles que el mal manejo de o el uso inapropiado de estos recursos se encuentra sancionado con rigurosa severidad y que traería aparejadas consecuencias muy graves para la sociedad.

4.3. POLÍTICA CRIMINOLÓGICA.

En los trabajos de redacción del Código Penal Mexicano de 1931, se concibió a la política criminológica, como un conjunto pragmático y bien sistematizado de normas, procedimientos, objetivos, metas, estrategias y medidas de diversa naturaleza, que asume el Estado, fundado en los requerimientos y demandas sociales, para prevenir, perseguir y en su caso, reprimir la actividad delincuencial.[63]

La política criminológica es un instrumento de cambio social que tiene como objetivo romper la incomunicación que existe entre los planificadores de diversas actividades y sectores, buscando dirigir todo hacia un único resultado que es la Justicia Social. Actualmente, la política criminológica busca enfrentar la crisis de la justicia, replanteando estrategias de desarrollo social, mediante la elaboración sistemática de un plan de desarrollo integral, basado en informes sociales previos, proporcionando las rutas sociales adecuadas a los requerimientos de desarrollo nacional.[64]*La política criminal es aquel aspecto del control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal*.[65]

---

[63] GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, Política Criminológica Mexicana, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000, p. 1.
[64] RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología, 21ª ed., Ed. Porrúa, México, 2006, p. 119.
[65] BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., Lecciones de Derecho Penal, Ed. Trotta. Madrid, 1997, p. 30.

Dicho en otras palabras, la política criminológica se refiere a todas aquellas acciones, estrategias, decisiones que el Estado adopta para hacerle frente al problema de la criminalidad, consecuentemente este problema motiva que se generen toda una serie de medidas entre las que destacan precisamente las de carácter penal, que responden a una determinada exigencia político criminal, con el propósito de enfrentar el problema de la delincuencia.

Ahora bien, el carácter social del Estado no sólo lo legitima para intervenir, sino que lo obliga a intervenir en los procesos sociales en general y en la solución de los conflictos en particular; frente a un problema social, el Estado Democrático de Derecho debe antes que nada desarrollar una política social que conduzca a la prevención o solución y únicamente en último término optar por definirlo como criminológico. Cuando así lo hace está ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal.

De esta manera, la libertad e igualdad son fundamento y objetivo del Estado Democrático de Derecho; en el ámbito de lo penal hay manifestación de desigualdad toda vez que se constata que hay una desigual distribución de lo criminal. Los sectores de población menos favorecidos económica y socialmente se ven discriminados en tanto que tienen que soportar una mayor carga de lo criminológico, toda vez que se constata que los procesos de definición se singularizan en normas penales cuyos destinatarios son precisamente esos sectores. Por el contrario, los sectores más favorecidos económica y socialmente tienen una menor carga, lo que se constata con la escasa presencia en los Códigos Penales de conductas que sólo es posible realizar desde posiciones de poder económico y político y también, respecto de las que ya están, por su caso nula aplicación por parte de los tribunales, En suma, un control penal democrático debe de tomar en cuenta estas desigualdades y hacer una distribución más igualitaria de lo criminal.

En este orden de ideas, hago el siguiente cuestionamiento, ¿cómo enfrenta el Estado el problema de la delincuencia? Lo puede enfrentar reprimiéndolo, o bien previniéndolo, hasta ahora la doctrina ha arribado a la conclusión de que esas son, fundamentalmente, las dos formas para enfrentar el delito; a partir de ahí se generan a su vez distintos tipos de prevención y de represión; por ejemplo, medidas de prevención de carácter general, que se dirigen a todos los miembros de la colectividad para que éstos de alguna u otra manera se abstengan de cometer hechos delictivos, buscando con ello combatir el delito.

La verdadera función, los verdaderos objetivos de la política criminológica, si es que verdaderamente aspirara combatir eficazmente el delito, sin inquirir sus causas y proponer los remedios oportunos, más que una prevención especial, una prevención general que tienda a la supresión de las múltiples causas del delito, pues lo importante del delito es prevenirlo y no reprimirlo.[66]

Tipos de política criminológica.

La política criminológica no es sino la manifestación del ejercicio del poder que tiene el Estado, por lo que el ejercicio de ese poder se puede manifestar de diferentes maneras, una de ellas es respetando los derechos humanos y la otra es no tomar en consideración éstos, lo anterior ha dado la pauta de que surjan 2 grandes tipos de políticas criminales. En términos generales, existen múltiples distinciones de Estados Democrático de Derecho y Estados Autoritarios o Totalitarios, cada uno con sus respectivas características, consecuentemente también hay distintas políticas criminales, las que se ajustan a exigencias de Estados Democráticos de Derecho y las que se apartan de ese tipo de Estado y se acomodan más a exigencias autoritarias o totalitarias.

---

[66] BARRITA LÓPEZ, Fernando A. **Manual de Criminología**, 2ª ed., Ed Porrúa, México, 1999, p. 273.

Las políticas criminológicas existentes actualmente se tornan en estos dos parámetros, pero ninguna de ellas se inclina solamente en uno de estos dos extremos, no hay una política criminológica puramente democrática, ni una política criminológica puramente autoritaria o totalitaria. Los elementos que darán la pauta para determinar el tipo de política criminológica son las disposiciones contenidas en la Constitución Política de cada nación, así como en las leyes secundarias y las formas de actuación de los órganos que se encargan de la justicia penal, es decir la forma de actuar de la policía ministerial, de los jueces y magistrados.

El hecho de hacer mención de una política criminológica en un sistema de justicia penal de corte democrático o de corte autoritario obedece fundamentalmente a los criterios y a los principios en que se sustentan en la Constitución y en las leyes secundarias, así como en instrumentos internacionales que rigen y desde el plano material, lo que sucede en la realidad.

Rasgos característicos de estos sistemas.

En torno al tipo de política criminológica de corte democrático, tomando como base la concepción filosófico - política del hombre, la cual la considera una persona, un fin en sí mismo, un ser libre, un ser capaz, un ser al que le son inherentes una serie de derechos, de libertades y por lo tanto, en esta concepción se parte de la idea del reconocimiento de la **dignidad humana**. Todo ello se verá reflejado en el tipo de política criminológica y de sistema penal, teniendo como base esta acepción, por lo que si se reconoce que el hombre tiene derechos, libertades, entonces la concepción filosófico-política respecto al Estado, es como un ente que no puede tener un poder absoluto, ilimitado, omnipotente, sino que contrariamente un poder con límites, derivados fundamentalmente de la consideración del respeto a los derechos humanos, siendo éstos uno de los criterios determinantes para la delimitación del poder del Estado. En conclusión, el **reconocimiento y respeto de los derechos humanos**, son las bases sobre las que se fijará la política criminológica en un Estado Democrático.

Siguiendo la lógica establecida, la política criminológica y el sistema de justicia penal se sustentan en una **serie de principios fundamentales** que tienen la finalidad de:

1. Establecer límites al poder o a la potestad que tiene el Estado y,
2. Garantizar los derechos humanos.

Como ya lo mencioné anteriormente, se deben observar una serie de principios fundamentales, tanto en el diseño como en el desarrollo de una política criminológica, de un sistema de justicia penal y del derecho penal, que tienen precisamente esa función, establecer límites precisos a la potestad del Estado, misma que cuando se entra al campo de la justicia penal, se trata de una potestad punitiva del Estado, pues no solamente tiene el poder penal, es decir, castigar e imponer penas, sino tiene otras atribuciones que se manifiestan en todo el quehacer estatal, esto es fijar las políticas económica, agraria, internacional, etc., pero en el caso que analizo lo importante es el poder del Estado frente al delito, el cual se encuentra limitado, como lo he indicado, con el reconocimiento y respeto de los derechos humanos, pero para garantizar ese respeto de los derechos del hombre se han diseñado igualmente una serie de principios fundamentales, los cuales se encuentran plasmados en diversos instrumentos normativos nacionales e internacionales.

Principios de la política criminal y un derecho penal de corte democrático.

1. Principio de legalidad;
2. Principio de legitimidad;
3. Principio de última *ratio* del derecho penal o también llamado principio de subsidiariedad o principio de intervención mínima del derecho penal;
4. Principio de culpabilidad;
5. Principio de bien jurídico;

6. Principio de acto o conducta;
7. Principio de tipicidad;
8. Principio de presunción de inocencia y retribución;
9. Principio de prevención;
10. Principio de jurisdiccionalidad.

Se debe de tener una idea respecto a los criterios en que debe de sustentarse una política criminológica y un derecho penal para que respondan a todas y cada una de las exigencias de un Estado Democrático de Derecho; los principios antes reseñados tienen las funciones de establecer límites a la potestad punitiva del Estado y de garantizar que los derechos humanos sean respetados o que en el ejercicio del poder penal que corresponde a cada uno de los órganos del Estado no se transgredan los derechos del hombre. A continuación, en términos generales expongo algunos de estos principios.

Principio de legalidad.

Es uno de los más característicos del Estado de Derecho y por lo tanto un principio especial de la política criminal y del sistema penal. Surge por la necesidad de establecerle límites al poder, pues hasta mediados del siglo XVIII existían las monarquías absolutas, que se distinguían precisamente porque el poder se ejercía de manera absoluta, no tenía límites, consecuentemente el hombre no era concebido como una persona, un fin en sí mismo, sino como una cosa, un instrumento que el propio Estado o quien detentaba del poder, podía utilizar para sus propios fines. Por lo tanto, no había reconocimiento de los Derechos Humanos.

A mediados del siglo XVIII surgió un movimiento filosófico cultural que combatió contra las monarquías absolutas, al cual se le denominó La Ilustración o del Iluminismo que encuentra su mayor expresión en la revolución francesa con la

Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de ahí surgió la necesidad de obligar a los detentadores del poder a someterse a la ley, pero para eso primeramente debían generarse las leyes, comenzando a surgir las Constituciones y empiezan a formarse las monarquías constitucionales, lo que llevó a limitar el poder que detentaba el Estado y precisamente a raíz de esta Declaración Universal, empieza a plasmarse en las Constituciones, los Derechos Humanos.

Al lado del principio de legalidad, hay un principio denominado de oportunidad o principio de utilidad, que es el que se utiliza en los sistemas autoritarios o totalitarios en donde no se requiere para la imposición de una pena la existencia previa de una ley, es decir, el órgano del Estado que impone penas no tiene por qué sujetarse a una ley, cuál es la conducta delictiva o cuál es la sanción a imponer, sino basta con que ese órgano del Estado considere que en determinado momento y en determinado lugar resulta útil imponer una pena y la impone, sin que sea indispensable una ley que lo establezca y eso por supuesto implica el no reconocimiento y la vulneración de Derechos Humanos.

Este principio de legalidad vincula a todos y cada uno de los órganos del Estado partiendo del principio de la división de poderes, cada uno de los Poderes que tiene injerencia en el sistema de justicia se relaciona con el principio de legalidad y éste rige de determinada manera a cada uno de los poderes. Con relación al poder legislativo, al dar origen a las leyes penales, al crear los tipos penales y las punibilidades tiene que observar el principio de legalidad, pues si bien es cierto debe de observar la Ley Fundamental, también lo cierto es que el legislador debe de establecer clara y precisamente tanto la conducta considerada por él como prohibida como la sanción a imponer.

Para quién aplica la ley a los casos concretos como es el Juzgador, el órgano judicial, o bien el Ejecutivo a través del Ministerio Público, el principio de legalidad rige de otra manera porque la función que corresponde a cada uno de estos poderes es distinta.

El Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal debe observar la legalidad, pues no puede regirse por el principio de utilidad argumentando que en determinado momento resulta útil o resulta oportuno ejercitar acción penal, así no se encuentren acreditados los requisitos que la ley establece o bien, por el contrario, que la autoridad ministerial exponga que no obstante están acreditados los requisitos señalados en la ley, por razones de utilidad no se ejercita acción penal.

En esa misma vertiente, el Juzgador en sus diversas resoluciones, por ejemplo dictar un auto de término Constitucional o bien dictar una sentencia, tiene igualmente que ajustarse a lo que prevé la ley y para cada una de estas decisiones, la normatividad exige el cumplimiento de diversos requisitos y en la medida que éstos se cumplan se puede dictar un auto de formal prisión o una sentencia condenatoria.

En suma, el principio de legalidad rige para todos los Poderes del Estado, legislativo, judicial y ejecutivo, manifestándose dependiendo de la función que corresponde a cada uno de éstos, de esta manera, el principio de legalidad exige que cada órgano del Estado, cada autoridad se ajuste a la legalidad, a la Constitucionalidad, al marco normativo, pero lo anterior se cumple de distinta manera, dependiendo de la función que corresponde desarrollar a cada órgano.

Retomando, la función de enorme trascendencia que tiene el Poder Legislativo en el ámbito penal, porque al legislador es a quien le corresponde crear las leyes penales, tanto sustantivas, como procesales y ejecutivas. Todas las leyes que tienen que ver con la materia penal son originadas por el legislador. Por lo que respecta a la legislación penal sustantiva, es decir, a los Códigos Penales, al legislador le corresponde crear los tipos penales y las punibilidades, siendo ese el punto que tiene mayor importancia porque es aquí donde el legislador es el único que tiene la potestad de decidir cuáles conductas son las que deben ser

elevadas a rango de delito, de igual forma ordena las sanciones o medidas de seguridad que se deben imponer, estableciendo los parámetros mínimos y máximos.

En ese ejercicio del poder, entran en juego toda una serie de principios que debe observar el legislador y uno de esos primeros principios en ese tema, en la creación de los tipos penales y de las punibilidades lo es precisamente el principio de legalidad. Para muchos, el principio de legalidad en la actuación del legislador se satisface simplemente con el hecho de que se sigan las requisitos que la Constitución regula respecto del proceso de creación de las leyes penales, sin embargo el principio de legalidad no se satisface únicamente con eso, **sino que el principio de legalidad es un principio que proporciona seguridad jurídica para los destinatarios de las normas penales**.

En este orden de ideas, los tipos penales deben ser determinados, esto quiere decir que la materia de regulación de la norma penal debe estar precisada en la ley, es decir, lo que se prohíbe o lo que se ordena a los individuos debe estar claramente plasmado en la ley para que los destinatarios de las normas penales sepan qué es lo que se les prohíbe, o qué es lo que se les ordena. Ello no solamente implica seguridad jurídica para aquellos a quienes está dirigida la norma penal, sino también para quienes aplican la ley a los casos específicos, porque con frecuencia un contenido oscuro de la ley provoca problemas de interpretación. De acuerdo con lo antes asentado, el principio de legalidad prohíbe al legislador dar origen a tipos indeterminados.

En síntesis, se prohíbe que haya tipos indeterminados, tipos que no precisen en qué consisten lo que la norma prohíbe o lo que la norma ordena. Por otra parte, el principio de legalidad también exige que los tipos penales deben ser en la medida de lo posible cerrados y no tipos abiertos, siendo además necesario que el tipo penal describa de manera completa todo lo que constituye el objeto de regulación de la norma, es decir, la conducta que se prohíbe con todos sus rasgos

característicos, lo cual debe estar claramente descrito en la ley y por lo tanto, lo que se plantea es que el legislador no deje en la ley ninguna laguna para que sea el Juzgador el que venga a completar el faltante de esa ley. Porque en ese caso se estarían vulnerando otros principios, como es el principio de la división de poderes y el principio de reserva que establece que el único facultado para dar origen a las leyes es el legislador y no el Juzgador.

Principio de legitimidad.

Este es otro principio característico de un Derecho Penal de corte democrático, el cual se encuentra previsto en la Constitución Federal, en el artículo 39, advirtiéndose del mismo que la potestad del Estado se manifiesta en los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, radica esencial y originalmente en el pueblo. Entonces nuestra Constitución adopta precisamente el criterio de que la legitimación del poder se sustenta precisamente en la voluntad popular o en la soberanía popular y eso es lo que sirve para caracterizar al Estado Mexicano como un Estado Democrático por provenir el sustento de ese poder en la voluntad del pueblo.

Es claro como se actualiza este principio con relación al poder legislativo, porque los legisladores, sean diputados o senadores, todos son electos popularmente y desde ahí se puede decir que están legitimados para cumplir con la función de legislar en materia penal, en este caso, esa es la función primordial que tienen los legisladores, dar origen a las leyes penales, pero esa es una legitimación general, pues si se admitiera que únicamente basta esa legitimación de carácter general para que el legislador hiciera uso de su poder como se le antoje, entonces ello admitiría el criterio del legislador omnipotente, con un poder ilimitado, con lo que también se aceptaría la existencia de leyes con cualquier contenido y que únicamente bastaría con que provenga del legislador para que ese sea el derecho que rija en un determinado lugar; por lo tanto, no basta la legitimación general con que cuenta el legislador para que todo lo que genere sea

igualmente legitimado, sino que es necesario que cada ley o cada reforma encuentre igualmente su respectiva legitimación, debiendo considerarse siempre la voluntad popular.

Principio de última *ratio* o de intervención mínima del Derecho Penal.

El Estado cuenta con diversos recursos o mecanismos para enfrentar el problema de la delincuencia y no solamente a través del derecho penal, pues en la medida de lo posible debe prescindirse de éste; por lo tanto, el Estado ante el fenómeno delictivo debe recurrir a otras alternativas cuyas consecuencias sean menos drásticas y sólo cuando estas medidas resulten insuficientes o ineficaces, es cuando se justifica que se acuda a la materia penal; ahora bien, si se tiene la certeza de que la medida penal va a constituir realmente una solución al conflicto que se trata de resolver se debe acceder a ella, pero si lejos de crear una solución la adopción de medidas penales trae consecuencias más nocivas, es entonces cuando se plantea la necesidad de buscar otras alternativas y que la medida penal sea el último recurso.

El Derecho Penal, por la naturaleza de la sanción, por la relevancia de los bienes jurídicos que tutela, debe ser la última ley aplicable. Por lo tanto, debe considerarse la ley penal como última *ratio legis*. Siempre que se puedan utilizar otros medios menos drásticos para ordenar una determinada conducta con eficacia, debe prescindirse del derecho penal; que para el logro de sus objetivos debe previamente acudir a otros medios jurídicos menos drásticos, y cuando éstos resulten insuficientes e ineficaces debe acudir al Derecho Penal, siempre y cuando se tenga la plena convicción de que éste será el mejor recurso. Es válido comentar que existen bienes jurídicos que requieren de una tutela por parte del Estado, y que en ocasiones la tutela puede darse por medios distintos al Derecho Penal que garantizan precisamente el respeto a los mismos; debiendo considerarse medidas de derecho administrativo e, incluso, de otro tipo de medidas que resultan menos lesivas en cuanto a la sanción para el infractor de la norma. Este principio, que es

complementado con el principio de bien jurídico, garantiza que únicamente los bienes de mayor valía permitan la aplicación de una norma que tutelará penalmente los intereses sociales contenidos en la misma.

De ahí que la última *ratio*, signifique que el Derecho Penal sea siempre el último recurso de que el Estado adopte para garantizar la protección de bienes jurídicos frente al delito o frente a las conductas que de una u otra manera afectan a esos bienes jurídicos, de tal manera que este principio de intervención mínima debe ser observado en primer lugar por el órgano legislativo y después por quienes aplican la ley a los casos concretos.

Principio de culpabilidad.

Este principio garantiza a toda persona que mientras no se le demuestre su culpabilidad, no se le podrá imponer pena alguna, este principio se encuentra íntimamente vinculado con el de presunción de inocencia. Mientras no se demuestre la culpabilidad del sujeto, se le tendrá por inocente y entonces corresponde al órgano del Estado, demostrar la culpabilidad del sujeto.

En este sentido, el legislador también es quien determina los supuestos en los que no hay delito o no existe responsabilidad, así como cuando no obstante exista un hecho y un resultado penalmente relevante no se impone pena alguna, siendo todo ello facultad del legislador. Siguiendo con este orden de ideas, también son los legisladores quienes establecen los criterios que el Juez debe tomar en cuenta al momento de la individualización de la pena o de la medida de seguridad, pues de acuerdo con el criterio que sigue nuestra legislación penal, se prevé un mínimo y un máximo de sanción y para ello primeramente se debe fijar el grado de culpabilidad del sujeto. A mayor culpabilidad mayor pena, a menor culpabilidad menor pena.

Principio de bien jurídico.

El bien jurídico se refiere a la tutela de un ente protegido por el Estado; cuando el legislador observa que ese “ente” es valioso para el ser humano, aplica una tutela prevista en una norma. Cuando ese ente resulta ser de gran valía y de fundamental protección para el creador de la ley, y requiere tutelarlo mediante una norma penal, lo vincula a la descripción típica de una hipótesis legislativa que tutelará desde el ámbito de las leyes penales. El Derecho Penal se caracteriza por proteger los valores fundamentales del orden social, por ello, debe limitarse al castigo de conductas que violan los más elementales deberes ético-sociales. Elemento fundamental para que sea admisible la tipificación de un delito es que exista una necesidad social digna de protegerse. Esa necesidad social es condición *sine qua non* para dar intervención al Derecho Penal. Si no se encuentra actualizado un bien jurídico que merezca ser protegido penalmente, se estaría violando el principio de la intervención mínima penal. Dentro de este principio, se encuentra un “doble carácter fragmentario”, el cual consiste en proteger los bienes jurídicos fundamentales de una comunidad, y sobre la base de ataques que realmente impliquen peligro o menoscabo a estos bienes jurídicos. Donde basten la reparación del daño y la indemnización del perjuicio, ha de retraerse el derecho penal, por ser la pena la reacción más enérgica. Una característica más de este principio con relación a los bienes jurídicos es que los que serán tutelados se encuentren vinculados con valores e intereses que son percibidos universalmente en la conciencia de todos los ciudadanos como comportamientos “capaces de desencadenar la reacción social”, es decir, de suscitar indignación moral e irritación, en la colectividad.

Como resultado de lo anterior, este principio tiene que ver nada menos con la función que tiene el Derecho Penal, que es la protección de los bienes jurídicos, sean individuales o colectivos. Pero por otro lado, no cualquier bien jurídico justifica la intervención penal para su protección, sino únicamente los bienes jurídicos que son de fundamental importancia, cuya protección no puede lograrse

por otro medio jurídico; sin embargo, no debe perderse de vista el principio de intervención mínima del Derecho Penal, referente a que éste no se le debe utilizar para cualquier fin. De tal manera, que estos dos principios se encuentran estrechamente vinculados y conjuntamente determinan seguir un proceso de criminalización y penalización de determinadas conductas, dependiendo de las exigencias de la realidad social.[67]

Principio de acto o conducta.

Este principio se refiere a la necesaria vinculación delito - conducta. Los tipos penales exclusivamente prohíben u ordenan acciones u omisiones. Se garantiza entonces un Derecho Penal de acto y se elimina la posibilidad de aplicar un Derecho Penal de autor. Se castiga por lo que se hace o deja de hacerse cuando existe una norma prohibitiva o una norma preceptiva, no “por lo que se es”.

Principio de tipicidad.

Está relacionado al tipo penal como garantía de legalidad. Las conductas que aparejan una sanción deben estar consideradas en una hipótesis normativa preceptuada en un cuerpo legal. Para el castigo, entonces, debe existir una perfecta adecuación entre los elementos de la descripción típica y la conducta desplegada por el actor de la misma. No existe pena sin tipicidad. Este principio debe referirse también a la antijuridicidad de la conducta ya que, el encuadramiento de una conducta al tipo sólo indicia la antijuridicidad porque puede acreditarse una causa de exclusión del delito, en esta tónica, para el estudio de la existencia del delito sobre la base de la relación lógica de los elementos del delito, debe fincarse la misma en la existencia de una conducta que reúna todas las circunstancias y supuestos del tipo penal que se trate.

---

[67] MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Política Criminal y Reforma Penal, Ed. Ius Poenale, México, 1999, p. 124.

Por ello, los tipos penales tienen la función de describir la materia de la regulación de las normas de la materia, es decir, de describir la conducta que la norma penal prohíbe u ordena y que constituye un requisito necesario para establecer que efectivamente existe un delito. Ahora bien, respecto a la pena, uno de sus primeros y necesarios presupuestos lo es precisamente la tipicidad, pues ello exige que el órgano encargado de aplicar la ley acredite la existencia de tales elementos típicos y considere únicamente como delito al hecho que reúna dichos elementos enunciados en la descripción legal. En virtud de este principio, se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio de persona alguna; asimismo, como lo ordena la propia Constitución Federal, queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no se encuentre decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Principio de presunción de inocencia y retribución.

En este principio existen varios fundamentos sobre la relación culpabilidad - responsabilidad, así como fundamentos Constitucionales de legislación sustantiva y adjetiva que debe garantizarse hay una política criminal adecuada. En primer lugar, me referiré a la garantía Constitucional de demostrar la culpabilidad de un sujeto conforme a las leyes establecidas por el orden positivo. La aplicación de una pena debe ser justa retribución de la conducta cometida y con la sanción equivalente al grado de culpabilidad demostrado. Así pues, la pena entendida como retribución (además de su finalidad preventiva) debe ser equivalente, e impuesta con legalidad. De aquí pues, la necesidad de contar con Ordenamientos Penales que equilibren, y no adopten medidas ni de flexibilidad ni de exceso en el *quantum* de la pena. Por otra parte, en atención a la búsqueda de la certeza y a la carga probatoria, resulta de gran importancia la necesidad de que el Ministerio Público demuestre la culpabilidad del sujeto antes de la aplicación de una medida penal.

Por cuanto hace a este principio, se encuentra plasmado expresamente en el artículo 20, apartado B de la Constitución Federal, que ordena lo siguiente: "…B. De los derechos de toda persona imputada: **I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Juez de la Causa,** garantía que corresponde con la ideología Constitucional que alienta la existencia de un Derecho Penal propio de un Estado Democrático de Derecho.

Principio de la prevención.

La pena debe tener la función no únicamente de retribuir, sino también de prevenir el crimen. La pena se justifica por la ejemplaridad de su aplicación. La prevención vista, pues, desde la esfera de prevención general, para evitar futuras conductas ilícitas y, en especial, para evitar la reincidencia. Una exigencia incuestionable para el Estado de Derecho contenida en el principio "*nullum crimen nulla poena sine lege"*.

Principio de jurisdiccionalidad.

El Estado, a pesar de contar con su facultad de imperio, debe quitarse la investidura de ente soberano y realizar una construcción técnica artificial, que es el proceso, con la finalidad de tutelar y salvaguardar los derechos fundamentales del ciudadano ante la aplicación de una medida tan relevante como es una sanción penal. Esta construcción "técnica artificial" elimina la posibilidad de cualquier "selección" personal y otorga reglas claras (Derecho Adjetivo) ante la aplicación del Derecho Penal Sustantivo. En ese contexto, es una garantía de política criminológica, que impone límites al mismo Estado para la aplicación de la sanción y así requiere que, antes de la sanción, se deba llevar un proceso ante los Tribunales Judiciales previamente establecidos, observando todas las garantías procesales existentes. Este principio se considera fundamental, y necesariamente

se vincula con el principio de legalidad señalado en líneas anteriores. En atención a la política criminológica que se pretende aplicar en el Estado Mexicano, existen serias fracturas. De hecho, no puedo señalar que exista una política criminológica de Estado mientras no existan acciones articuladas. Las características del fracaso de las acciones del combate al crimen persistirán en tanto no haya una unidad de esfuerzos, luego entonces no habrá una política criminológica integral, cuando no hayan esfuerzos y recursos dispersos y las acciones sigan siendo aisladas.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El peculado es el delito que comete aquel, quien teniendo la calidad de servidor público, dispone o distrae de su objeto, dinero, valores, inmuebles o cualquier otra cosa, si los hubiere recibido por razón de su cargo, o indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo 267 del Código Penal para el Distrito Federal, con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero o a fin de denigrar a cualquier persona; su esencia, consiste en la distracción que un servidor público hace de los bienes que, por su carácter, le han sido confiados.

SEGUNDA.- El delito de peculado es de la misma naturaleza que el de abuso de confianza, pero el legislador lo ha tipificado especialmente por su carácter público, para establecerlo de manera clara, precisando que el elemento diferencial respecto del de abuso de confianza, estriba en que el encargado de un servicio público no tenga el carácter de funcionario y que, violando la finalidad jurídica de la tenencia de los bienes que le han sido confiados, se adueñe de los mismos como si fuere su propietario, ya sea para apropiárselos, disponiéndolos en su personal satisfacción, o en beneficio de otra persona; tal es la connotación del término “distraer de su objeto” que usa la ley para tipificar el ilícito de peculado.

TERCERA.- El sujeto activo en este ilícito debe tener para su configuración una calidad específica, siendo ésta la de servidor público, el Código Sustativo Penal en el Distrito Federal preceptúa para los efectos de ese Ordenamiento, *“es servidor público del Distrito Federal toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejercen la función judicial del fuero común en el Distrito Federal”*. Sin embargo, afirmo se evitarían confusiones en los términos empleados, utilizando simplemente

la expresión “toda persona que desempeñe un servicio público”, sin entrar en más detalles.

CUARTA.- La responsabilidad de los servidores públicos puede conceptualizarse desde dos puntos de vista: a) como una obligación que tiene todo servidor público, lo que se traduce en el conjunto de deberes y compromisos que asume al firmar su contrato, de ello surge una relación laboral que le da el carácter de trabajador, dado que efectúa una prestación de servicios de manera subordinada, lo cual lo constriñe a cumplir con sus obligaciones; y b) como consecuencia por la violación, dolosa o culposa, de la norma, ya sea por ignorancia de la norma, por la mala aplicación de la norma en forma dolosa o culposa o, tal vez una falsa interpretación de la norma.

QUINTA.- Cuando un servidor público aparta su actuar de las leyes, incurre en responsabilidad; la cual puede ser política, civil, administrativa o penal, según la naturaleza del cuerpo legislativo que contraviene; pero la única que puede dar lugar al juicio político es la responsabilidad penal. El juicio político es el procedimiento implantado ante el Congreso de la Unión, que se lleva a cabo en contra de un servidor público, de los enunciados en el artículo 110 Constitucional cuando en el ejercicio de sus funciones, realiza algún acto u omisión que causa un perjuicio en los intereses públicos o de su buen despacho. Este juicio sólo podrá instaurarse en contra del servidor público durante el desarrollo de su empleo, cargo o comisión y dentro de un año después de la conclusión del mismo y las sanciones respectivas deberán aplicarse en un plazo no mayor de un año contado a partir de iniciado el procedimiento. El procedimiento del juicio político está regulado en los artículos 9 a 24 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, aplicándose supletoriamente el Código Penal Federal, así como el Código Federal de Procedimientos Penales.

SEXTA.- El peculado se encuentra previsto en el numeral 223 del Códifo Penal Federal, cuyo contenido consta de cuatro fracciones; en la primera de ellas

se sanciona al servidor público que **distrae** de su objeto, para usos propios o ajenos, dinero perteneciente al Estado o a un particular, si por razón de su encargo los hubiere recibido en administración, depósito o por otra causa. La segunda fracción hace referencia al hecho de que el servidor público indebidamente utilice fondos públicos para promover su imagen política o social o la de un tercero o a fin de denigrar a cualquier persona. En la fracción tercera se hace mención a aquellas personas que solicitan o aceptan realizar las promociones o denigraciones, señaladas en la fracción anterior, a cambio de fondos públicos, o bien a quienes obtengan los beneficios. Por último, la cuarta fracción penaliza a cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público, pero estando obligada a la custodia, administración o aplicación de los recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación diferente a la que originalmente estaban destinados.

SÉPTIMA.- El peculado no se trata de un delito nuevo, por el contrario, en el Derecho Romano, el crimen *repetundarum* (crimen de prevaricación), dio origen a las figuras de *peculatus y concussionis.* El *peculatus* significó la apropiación cometida por el funcionario público o privado de los valores o dineros custodiados en las arcas públicas. Figura menos grave de peculado fue el crimen de *residuis* (crimen de residuo), que consistía en dar otro destino al dinero público o en anotar en los registros públicos sumas inferiores a las recogidas; su castigo consistía en la pérdida del empleo y de la honra; luego, con el destierro y aun con la muerte.

OCTAVA.- Durante la época prehispánica, entre el pueblo azteca, se sancionó el peculado con la muerte. El peculado cometido por un administrador real, se sancionaba también con la muerte y se le confiscaban sus bienes al culpable. En la época de la Colonia, en nuestro país se aplicaron diversas leyes surgidas en España, entre las que se encuentran la Novísima Recopilación y las Partidas. Las Partidas castigaron la malversación de los caudales del rey y de los pertenecientes a villas y ciudades, la pena aplicable podía ser la capital, cuando la malversación constituía un hurto propiamente dicho. Con igual rigor castigó la

Novísima Recopilación a las personas, concejos o universidades que usurparan las rentas o derechos del rey. El Código de 1822 impuso a este delito penas de privación de la libertad, multa y declaración de infamia y además la restitución de lo malversado.

NOVENA.- Actualmente este ilícito se presenta como un problema de muy particulares características, distintas de las anteriores, por extenderse al Derecho Internacional, y no en cuanto al delito mismo, sino a sus consecuencias y a las dificultades que se oponen a su represión o a su reparación. El progreso técnico en materia de comunicaciones, especialmente la aviación, es utilizado para asegurar la impunidad por medio de la fuga, como ocurre en varios países latinoamericanos. Los principales responsables del peculado en nuestro tiempo son los gobernadores, o hasta incluso los presidentes, quienes tienen el Estado a su disposición. Está visto que estos servidores públicos acumulan inmensas fortunas mediante sutiles formas de peculado.

DÉCIMA.- En la teoría causalista, el delito, como estructura jurídica, parte del supuesto de una conducta que el legislador sanciona con una pena, es decir, se exige que en primer lugar haya una conducta, ya sea de acción u omisión, a la cual se le asigna una pena; pero además, es necesario que esta acción u omisión, sea típica, antijurídica, culpable y punible; con lo anterior puedo definir al delito como una conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

DÉCIMO PRIMERA.- Para la teoría causalista, la conducta es un movimiento corporal voluntario, que puede palparse a través de los sentidos, mientras que el resultado es el daño o la lesión al bien jurídico tutelado por la norma, que se vió alterado con motivo de la acción del sujeto activo del delito. Este resultado puede ser material, cuando produce un cambio en el mundo exterior; o bien formal, cuando faltó ese cambio, pero se dañó o se puso en peligro el bien jurídico, actualizándose en este supuesto la tentativa.

DÉCIMO SEGUNDA.- Con relación a la hipótesis de “disponer”, ésta debe ser más específica, pues no ordena el sentido de tal disposición; esto es, el servidor público para desempeñar sus labores tiene que disponer de los bienes que le fueron asignados, y no por ello se actualiza el ilícito de peculado, por lo que a esta hipótesis se tendría que agregar la expresión “indebidamente”, para considerar que su conducta es contraria a derecho. Caso opuesto sucede en la siguiente hipótesis en la que se especifica la distracción de su objeto; es decir, que ya no fueron destinados para el fin que debían cumplir.

DÉCIMO TERCERA.- En cuanto a la enumeración del objeto material (dinero, valores, inmuebles o cualquier otra cosa), en ese sentido creo que el legislador enumeró sin razón alguna estos términos, pues lo pudo haber evitado utilizando la sencilla expresión “bien público”, para abarcar de manera más sencilla la terminología utilizada. Por otro lado, estoy de acuerdo, con la redacción del artículo cuando hace mención del motivo por el cual el servidor público tiene determinados bienes públicos, ya que simplemente señala que “por razón de su cargo”, sin entrar en más detalle, lo que evita el uso de locuciones que puedan dar lugar a confusiones, puesto que para efectos procesales bastará con demostrar que el servidor público disponga indebidamente o distraiga de su objeto, bienes públicos que hubiere recibido por razón de su cargo.

DÉCIMO CUARTA.- El delito de peculado por distracción se realiza mediante una conducta de acción voluntaria, dirigida a un fin por parte del agente del delito, quien teniendo en su poder los bienes públicos que se le han confiado por razón del cargo público que desempeña, en lugar de utilizarlos conforme estaba previsto, actúa de manera contraria a derecho, destinándolos a otra finalidad, ya sea apropiándoselo, o bien ingresándolo a su patrimonio a través de una cuenta bancaria personal o a nombre de otra persona, dentro del país o fuera de éste; por ello estimo que en el peculado por distracción no puede actualizarse la omisión.

DÉCIMO QUINTA.- Todo servidor público debe fidelidad al pueblo, ya que a final de cuentas es un empleado de éste, por lo tanto la traición a esta fidelidad debe ser considerada una gran ofensa y por lo tanto un delito grave que merezca una sanción más severa. Por lo que el bien jurídico protegido en el peculado previsto en la fracción I, es en principio la fidelidad de los servidores públicos y los bienes públicos para el buen desarrollo de la función pública. La ofensa del bien jurídico tutelado en el ilícito de peculado es la disminución de la eficaz operatividad de los servicios públicos; por lo tanto es un delito de lesión, ya que ocasiona un menoscabo en el bien jurídicamente tutelado; lo que no sucede en los de peligro, en los que solamente, como su nombre lo indica, pone en peligro el bien jurídicamente tutelado.

DÉCIMO SEXTA.- El sujeto activo debe tener la calidad de servidor público, pero además es necesario que, por razón de su cargo, hubiere recibido dinero, valores, inmuebles, o cualquier otra cosa pertenecientes al gobierno del Distrito Federal y su hacienda, por lo tanto, de la colectividad en su conjunto.

DÉCIMO SÉPTIMA.- El sujeto pasivo del peculado por distracción es la sociedad, pero no la sociedad a secas, sino aquella parte de la sociedad económicamente activa o que sin ser activa contribuya con su labor al bien del pueblo de México.

DÉCIMO OCTAVA.- Respecto a la clasificación del peculado en orden al resultado, que éste produce es de carácter material, ya que la conducta ilícita desplegada por el sujeto activo del delito de disponer o distraer de su objeto bienes públicos, produce un cambio en el mundo exterior que consiste en el perjuicio ocasionado al patrimonio del gobierno del Distrito Federal, violando con ello la confianza en él depositada; aun cuando en determinado momento devuelva lo que se llevó, pues en ese lapso, es evidente que se dejaron de aplicar los fondos para los que en principio estaban destinados, tal es el caso de los programas de educación, salud, alterando con ello el desarrollo óptimo del servicio

público, sin que resulte óbice el hecho de que la traición al pueblo es la ofensa más grave que implica la comisión de este delito; consecuentemente, no cabe duda que el resultado es material.

DÉCIMO NOVENA.- El hecho de enumerar hipótesis específicas y finalmente dejarlas a la interpretación judicial se ha convertido en una vieja práctica de los legisladores carentes de toda metodología legislativa, ya que no han sido pocos los preceptos en que primeramente hacen enumeraciones limitativas y luego indican, por ejemplo, ‘las demás circunstancias que señalan las leyes’, ‘cualquier otra cosa’. En el caso específico, la enumeración que se hace se pudo sustituir con la rotunda frase ‘cualquier bien perteneciente al Estado, para evitar toda la inútil enumeración y enunciación.

VIGÉSIMA.- El delito de peculado se comete por acción dolosa de dos maneras: 1) Por disposición o distracción de su objeto, de dinero, valores, inmuebles o cualquier otra cosa que recibió en razón de su cargo. Como en el abuso de confianza, el agente tiene la tenencia de las cosas objeto del delito, con la diferencia que en el peculado los bienes pueden ser muebles o inmuebles. Para que se configure el delito, estos bienes debe haberlos recibido el agente en razón de su cargo, de lo contrario no hay peculado. 2) Por utilización indebida de fondos públicos o de otorgamiento de concesiones, subsidios, licencias, etc., con propósitos de promoción de imagen o de denigración de alguien. En este caso, el servidor público se apropia indebidamente de esos fondos o comete las otras conductas con una finalidad preestablecida que es la de promover su imagen personal, como ocurre cuando el funcionario dispone de los recursos públicos para hacer campañas publicitarias a través de los medios de comunicación masiva, en los que el auto elogio de sus supuestas virtudes es el tema central. En otros casos, la indebida utilización de los recursos se orienta a ofender o denigrar a los adversarios políticos. En ambos casos, la realización es dolosa debido a que el agente tiene la voluntad de llevar a cabo el comportamiento, además lleva la intención de cometer el hecho; configurándose tanto el elemento volitivo como

intelectual. El elemento intelectual, significa que el agente del delito sabe que por razón de su cargo le ha sido confiada la tenencia de un bien perteneciente al gobierno del Distrito Federal y por lo tanto, tiene la obligación de destinarlo precisamente a su objeto. Mientras que el elemento volitivo, comprende el hecho de que el agente a pesar de conocer que tiene en su poder esos bienes públicos para invertirlos precisamente en aquello que le fue ordenado, los lleva a un fin distinto al señalado en la norma jurídica.

VIGÉSIMO PRIMERA.- La tentativa se presenta cuando el agente del delito lleva a cabo en parte o totalmente los actos tendientes a disponer o distraer de su objeto los bienes públicos que le fueron otorgados por razón de su cargo, pero por medio de una auditoría se llega a detectar la irregularidad, por lo mismo el servidor público, por una causa ajena a su voluntad puede no consumar el tipo penal del peculado. La tentativa puede darse en cualquiera de sus formas, esto es, puede ser acabada o inacabada. En el primer caso es cuando el agente prepara todos los actos necesarios para la consumación del peculado, pero por causas ajenas a él, no puede lograr su fin deseado. Por su parte la tentativa inacabada se presenta cuando el sujeto activo omite la realización de un hecho para la consumación del ilícito.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- Tanto en el delito de peculado por utilización de fondos públicos, como por otorgar alguno de los actos a que se refiere el uso ilegal de atribuciones y facultades, necesariamente requieren de una conducta de acción. Por lo que respecta a la primera hipótesis de utilización de fondos públicos, carece de relevancia jurídica el fin para el cual se utilizaron indebidamente los fondos públicos, lo que aquí tiene importancia es el hecho de que los utilizó para un fin diferente al que estaban destinados.

VIGÉSIMO TERCERA.- El delito de peculado en las hipótesis, ya sea utilizar u otorgar, no sólo debe ser en este sentido la conducta realizada por al agente del delito, sino que además es indispensable que sea con el objeto de

promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero, o con el fin de denigrar a cualquier persona. Esto hace aún más difícil el trabajo del Ministerio Público pues debe acreditar esta circunstancia, lo que puede derivar en impunidad para el servidor público peculador.

VIGÉSIMO CUARTA.- En el peculado por *utilización* indebida de fondos públicos, el bien jurídico protegido por la norma lo constituyen los fondos públicos; es decir los bienes públicos pertenecientes al gobierno del Distrito Federal. En este mismo sentido, el bien jurídico protegido en el peculado que se comete por *otorgar* alguno de los actos a que se refiere el uso ilegal de atribuciones y facultades es el normal desenvolvimiento de las funciones públicas y la rectitud de los servidores públicos. En cuanto a la ofensa del bien jurídico protegido, en ambos casos (utilizar y otorgar), es de lesión; debido a que en el peculado por utilización indebida de fondos públicos, el resultado es la merma al patrimonio del Distrito Federal, lo que implica un cambio en el mundo exterior, resultando que en el peculado cometido por otorgar alguno de los actos a que hace mención el delito de uso ilegal de atribuciones y facultades, la conducta ilícita del agente del delito ocasiona un deterioro en la adecuada administración pública, acción que también se refleja y exterioriza en el mundo exterior.

VIGÉSIMO QUINTA.- Por cuanto hace al **elemento subjetivo específico**, la fracción II del delito en estudio requiere como elemento subjetivo diverso al dolo, el fin de promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero, o bien denigrar a cualquier persona. Consecuentemente, si no se actualiza este elemento, no se configura el tipo penal de peculado.

VIGÉSIMO SEXTA.- Si bien es cierto la aplicación del Derecho Penal para el caso que un servidor público actualice la hipótesis normativa del peculado no es suficiente para disminuirlo, también lo cierto es que al aplicarse este recurso que tiene el Estado para la protección de los valores fundamentales de una sociedad y

cumpla con los fines de la pena, tendientes a la prevención y al respeto por la ley, debe dictar mediante la función jurisdiccional penas ejemplares a los servidores públicos que cometan este delito y se les compruebe su responsabilidad penal, con el objetivo de que otros funcionarios públicos que tuvieran la intención de cometer este ilícito, piensen dos veces antes de ejecutarlo.

PROPUESTA.

Mi propuesta es la siguiente:

Para efectos de que el Ministerio Público integre adecuadamente todos y cada uno de los elementos del cuerpo del delito exigidos por el tipo penal, y por consiguiente la probable responsabilidad penal del agente del delito, es necesario primeramente reformar el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción I, simplificando la redacción del tipo penal, por lo que respecta a la fracción II, estimo que es lo suficientemente clara, por lo tanto su redacción quedaría intacta.

En cuanto a la segunda propuesta de aumentar las sanciones previstas para el delito de peculado, se debe tomar en cuenta que, en general, el índice de delincuencia contribuye de modo directo a la desestabilización política, económica y social de cualquier entidad; sin embargo, se presentan algunas conductas que tienen una grave trascendencia a nivel social; este es el caso de aquellas conductas ilícitas cometidas por servidores públicos, quienes desempeñan funciones públicas. Una de ellos es el peculado, ilícito cuya comisión no sólo merma el patrimonio del gobierno de Distrito Federal, sino a la colectividad en general, ya que por un lado se ofende el normal desenvolvimiento de las funciones públicas y, por otro, se traiciona el principio de lealtad y honestidad que debe regir el comportamiento de los servidores públicos al ejercer su cargo, se traiciona la fe, la confianza que de manera directa o indirecta, el pueblo les confía y pone en sus manos.- De ahí que se deban perfeccionar los cuerpos normativos y hacer saber a aquellos que desempeñen una función pública de la responsabilidad que adquieren frente a la sociedad al aceptar cumplir con determinadas funciones, puesto que todo comportamiento prohibido que emitan ofenderá en forma grave a la sociedad.

En los últimos años, el erario público ha sido blanco de ataques de sus administradores, a quienes se les ha otorgado la confianza del pueblo para cuidar

el patrimonio de éste. Pero estos malos servidores públicos al valerse de sus posiciones de privilegio, se han creído o sentido dueños del dinero público, que todos los ciudadanos que contribuyen al erario del Estado, a través del pago puntual de sus impuestos con el fin de obtener una reciprocidad mediante el acceso a todos los servicios; lo que no se lleva a cabo, ya que estos servidores públicos, olvidándose del respeto al pueblo mexicano usan una y otra vez de manera irracional los fondos públicos, mientras la deuda crece, la pobreza se agudiza y la carestía avanza de forma imparable. Este hecho afecta directamente a la clase más desprotegida y marginada, pues disminuye la capacidad del gobierno para cumplir con sus obligaciones frente a la sociedad, al abandonar y dejar de inyectar presupuesto a los programas sociales dirigidos a estos grupos.

Se debe considerar el aumento al castigo que se merecen aquellos servidores públicos peculadores, pues con su actuar provocan una serie de consecuencias de gran magnitud, lo que no lesiona a un solo individuo sino que va más allá, al perjudicar a la sociedad.

Aunado a lo antes precisado, es necesario reformar el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, para efectos de simplificar los términos contenidos en la redacción actual, lo que implica que a veces, el Ministerio Público no pueda integrar oportunamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal, lo que conlleva a que el Juzgador dentro del auto de término constitucional, decretara la libertad por falta de elementos para procesar.

En este contexto, debe dejarse asentado que si en el Código Penal se sancionan con mayor severidad otras conductas carentes de trascendencia social, contrario a ello el peculado, protege bienes jurídicos más valiosos para la sociedad, pues su comisión atenta en forma grave contra el normal desenvolvimiento de las funciones públicas, porque ofenden el erario público, que hoy más que nunca hace falta al pueblo mexicano para recibir programas sociales; de ahí que la comisión de este delito constituye un serio agravio social y por tanto

no es posible que el peculador goce de una sanción tan benevolente. Por ese motivo, deben imponérsele medidas más severas, considerándolo un delincuente, sin que tampoco se le priven de sus derechos fundamentales.

Por lo antes expuesto considero que el contenido y redacción del numeral 273 del Código Penal para el Distrito Federal, debe quedar del tenor siguiente:

ARTÍCULO 273. Se impondrá prisión de cinco a doce años y de seiscientos a dos mil días multa, al servidor público que:

I. Disponga indebidamente o distraiga de su objeto bienes públicos, si los hubiere recibido por razón de su cargo; o

II. Indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo 267 de este Código, con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, de su superior jerárquico o de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. **Compendio de Derecho Administrativo**, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

2. BARRITA LÓPEZ, Fernando A. **Manual de Criminología**, 2ª ed., Ed Porrúa, México, 1999.

3.- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Lecciones de Derecho Penal**, Ed. Trotta. Madrid, 1997

4. CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de Derecho Penal**, 41ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

5. CASTREJÓN GARCÍA, Gabino Eduardo. **Sistema Jurídico sobre la Responsabilidad de los Servidores Públicos**, 2ª ed., Ed. Cárdenas Velasco, México, 2004.

6. CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal, parte especial**, tomo II, volumen I, 14ª ed., Ed. Bosch, España, 1980.

7. CUENCA DARDÓN, Carlos E. **Manuel de Derecho Procesal Penal Mexicano**, 4ª ed., Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2003.

8. DÍAZ DE LEON, Marco Antonio. **Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con comentarios**, tomo II, Ed. Porrúa, México, 2004.

9.- FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**, 33ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999.

10. GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. **Política Criminológica Mexicana**,

11.- HERNÁNDEZ ISLAS, Juan Andrés. **Teoría del Delito**, Ed. Jahi, México, 2002.

12. . JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. **Derecho Penal Mexicano**, 6ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

13. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. **El peculado**, editado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.

14. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Delitos en Particular, tomo II,** 6ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002.

15. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Introducción al Derecho Penal**, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000

16. MARIENHOF, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo, tomo III**, Ed. Buenos Aires, Argentina, 1995.

17. MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. **Derecho Administrativo 3er y 4to Cursos**, Ed. Oxford University Press, México, 2005.

18. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. **Política Criminal y Reforma Penal**, Ed. Ius Poenale, México, 1999.

19. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal**, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2005.

20. ORTIZ SOLTERO, Sergio. **Responsabilidades legales de los Servidores Públicos**, Ed. Porrúa, México, 2001.

21. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del Delito**, 3ª ed., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004.

22.- QUIJADA, Rodrigo. **Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado**, 2ª ed., Ángel Editor, México, 2004.

23. RIVERA SILVA, Manuel. **El Procedimiento Penal**, 31ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002.

24. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Criminología**, 21ª ed., Ed. Porrúa, México, 2006.

25. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. **Historia del Derecho Mexicano**, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002.

Legislación y jurisprudencia

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexcanos, Ed. Trillas, México, 2008

2.- Agenda Penal Federal, Ed. Isef, México, 2008

3. Código Federal de Procedimientos Penales; Ed. Isef, México, 2008.

4. Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Subjúdice ediciones, México, 2008.

5. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Ed. Subjúdice ediciones, México, 2008.

6. Ley Federal de Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos, Página Web. www.ordenjurídco.gob.mx

Diccionarios y enciclopedias.

1. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Tomo II. Vigésima primera edición, Madrid, 1992.

2. Enciclopedia Jurídica Omeba, editada en disco compacto, 2008.