3
2e
J



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLAN"

PROGRAMA DE DERECHO

EL DELITO DE PECULADO EN MEXICO

(ESTUDIO DOGMATICO)

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

OSCAR MARIO AGUILAR CONTRERAS

CTA. No. 7203838-5



ACATLAN, EDO. DE MEXICO. 1998

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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.

I N D I C E Pág.

EL DELITO DE PECULADO EN MEXICO
(ESTUDIO DOGMATICO)

CAPITULO I
ANTECEDENTES HISTORICOS

a).- Orígenes Legislativos del Peculado..... 1
b).- El sistema Romano..... 2
c).- Antiguo Derecho Hispánico..... 13

CAPITULO II
EL DELITO DE PECULADO EN LA
LEGISLACION MEXICANA

a).- Proceso Mexicano Legislativo..... 18
1. Antecedentes legislativos..... 18
2. El Código Penal de 1871..... 21
3. El Código Penal de 1929..... 24
4. El Código Penal de 1931..... 26
b).- Definición de Peculado: Su descripción legal..... 32
c).- Su Naturaleza Jurídica..... 51
d).- Elementos Constitutivos del Delito de Peculado.
Su análisis..... 63

CAPITULO III

LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

a) El Elemento Objetivo en el Delito de Peculado..... 79
b) La clasificación del Peculado en orden a la Conducta y en orden al Resultado..... 94
c) Definición de: Distraer, Aplicar y Utilizar Bienes Públicos.....104
d) La consumación del Delito de Peculado.....111

CAPITULO IV

LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

a) Ideas General del Tipo.....122
b) El Tipo Legal del Peculado.....126
c) Su clasificación en orden al Tipo.....128
d) Ausencia del Tipo: Atipicidad, sus causas.....192

CAPITULO V

CONSIDERACIONES FINALES

a) Causas de Justificación.....200
b) La Imputabilidad.....206

c) La Culpabilidad: El Elemento Subjetivo..... 209
d) La Antijuridicidad. Causas de Justificación..... 217
e) La Punibilidad..... 224
f) Aspectos Finales..... 228

CAPITULO VI

C O N C L U S I O N E S

Conclusiones..... 230

Bibliografía General..... 236

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS

a).- ORIGENES LEGISLATIVOS DEL PECULADO.

Para la realización de este trabajo que he intitulado "El Delito de Peculado en México" (Estudio Dogmático) es impres-- cindible como tal y así situarlo en nuestra época histórica. Pues bien, podemos afirmar que antes de la era moderna, ya se penaba - el delito de peculado, es decir, ya existía ese delito. En efecto, como veremos en este capítulo la evolución histórica y legislativa de esa conducta de apropiación que un servidor público hace de los caudales públicos, ya era punible.

Los antecedentes más remotos datan aproximadamente de- casi 30 siglos, como podremos advertir de la siguiente transcrip-- ción:

"Entre las más antiguas leyes de la humanidad que conocemos, el - Código de Manú o Leyes de Manú (Manava-Dharma Sastra) dedica algunas de sus disposiciones al peculado. Su Libro VII, relativo a la conducta que deben observar los reyes, dice: 40. Muchos soberanos- a consecuencia de su mala conducta, han perecido con sus bienes, - mientras ermitaños han obtenido reinos con su cordura o humildad.

O esta otra: 124. Los empleados que llevan su perver-- sidad 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.

--El Manava Dharma Sastra es considerado por la mayor parte de los historiadores como uno de los documentos más antiguos, con un contenido jurídico muy avanzado--

Como se puede ver, ya entonces, alrededor de 1000 -- años antes de nuestra era, es decir, con una antigüedad de 3000 años, más o menos, sin poder fijar con exactitud la fecha de su redacción, se penaba el delito de peculado.

Remotos son también los manuscritos encontrados cerca del Mar Muerto, y a los que se da el nombre de "Rollos del -- Mar Muerto". Algunos de ellos llevan el título de Comentarios de Nabum y Comentarios de Habacuc, y se les asigna una fecha que es aproximadamente la de 70 años de nuestra era. En esos rollos se habla de un sacerdote impío en lucha abierta con otro personaje simbólico llamada Maestro de Rectitud, y lo hace en los siguientes términos:

El sacerdote impío que fue llamado con el nombre de Verdad cuando inició su ministerio, pero cuando gobernó sobre -- Israel su corazón se exaltó y abandonó a Dios y traicionó los estatutos en beneficio de la riqueza; y robó y almacenó la riqueza de los hombres de violencia que se habían rebelado contra Dios; y tomó la riqueza de los pueblos, sumando así sobre sí mismo el pecado de extralimitación; y fraguó caminos de iniquidad con toda impureza de lo inmundo.

El sacerdote impío a quien, devido al mal inferido al Maestro de Rectitud y a los hombres de su partido, Diso entregó en manos de sus enemigos para que lo atormentaran a golpes a fin de que pudiera ser exterminado con amargura en el corazón, por - el mal que había hecho a sus elegidos". (1)

b).- EL SISTEMA ROMANO.

En el sistema romano más antiguo, el de las Doce Ta-

(1) Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXI, p. 948.

blas, únicamente fueron incluídos en el Derecho Penal, cuatro - tipos de delitos a saber y son: el Perduellio, el Parricidium, el Furtum; e, la Iniuria.

Delitos permanentes únicamente en los conceptos fundamentales, variando mucho sus designaciones: el hurto, por ejemplo, se presenta ya como furtum, ya como sacrilegium, ya como - peculatus. De las cuatro clases de delitos en el antiguo Derecho Penal, las dos primeras pertenecían exclusivamente al Derecho - Penal público, y las otras dos, tanto al público como al privado. (2)

Fur, literalmente significa "el que se lleva algo", y furtum, "la sustracción y lo sustraído", ambas palabras solamente tenían aplicaciones de índole penal y significaban la - - apropiación ilegítima. En sentido técnico, estas expresiones - no se usaban sino aplicándolas a la apropiación de los bienes - privados; pero la apropiación de los bienes de los dioses, llamada técnicamente sacrilegium, y la de los bienes del Estado, - denominada peculatus, casi no se diferenciaban del furtum privado más que en la nomenclatura, incluso a la apropiación de bienes del Estado se le dió algunas veces el nombre de furtum pecuniae publicae.

Sacrilegium, lo mismo por su etimología que según el uso corriente de la palabra, era el hurto de bienes pertenecientes a los dioses, como peculatus era el hurto de bienes per-

---

(2) Cfr. Teodoro Mommsen, El Derecho Penal Romano, t. II, pp. 6-7.

tenecientes al Estado. A pesar de la diferente denominación de - dichos delitos, es indudable que desde un principio se les consi deró formando realmente un solo grupo, pues en Roma los bienes - divinos y los del Estado no se distinguían jurídicamente, dife-- renciándose más bien tan sólo por el uso que de ellos se hacía.

El sacrilegium se cometía sobre cosas divinas ya se encontraran en lugar sagrado o fuera de él, siendo consideradas como cosas divinas (res sacrae), ante todo, las dedicadas a los dioses por la Constitución o las leyes romanas. Las cosas priva das dedicadas a los manes, es decir, a los sepulcros (res reli-- giosae), también eran objeto de saxrilegium, así como el hurto - de las cosas pertenecientes a los dioses municipales era equipa- rado por las correspondientes leyes o estatutos locales al hurto de las cosas del respectivo municipio, pero las cosas divinas de otros Estados o comunidades, aún de los que se hallaban en rela- ciones de amistad con Roma, sólo por privilegio podían ser equi- paradas a las romanas.

Los elementos o requisitos esenciales del sacrile- - gium, eran los mismos que los del hurto en general: manejo o con tacto de la cosa (sólo de cosa mueble); propósito de enriquecer- se de manera ilegítima; y daño causado a la respectiva divinidad.

Llamábase depeculatus o peculatus publicus o, por lo general, meramente peculatus, el hurto de cosas muebles pertene- cientes al Estado, y se le daba este nombre, porque antes de que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupa ban el primer rango entre los comunes o públicos eran los anima- les destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos - era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase.

Los mismos requisitos esenciales que constituían el furtum eran también los que constituían el peculado, según el -- primitivo y limitado concepto de este delito, a saber: contacto

o manoseo de la cosa (sólo de cosa mueble); propósito de enriquecerse ilícitamente; y daño causado a la comunidad. Estos requisitos no eran aplicables a las extensiones o ampliaciones que del concepto de peculado se hicieron y, por tanto, no podían aplicarse al peculado que recaía sobre el dinero restante (peculatus et residuis). (3)

A efecto de presentar claramente la evolución histórica del peculado en el Derecho Romano, me permito citar los siguientes dispositivos legales que constituyen, aún indirectamente, antecedentes de nuestro orden primitivo:

A). LEY DE LAS DOCE TABLAS.- Esta ley hace referencia al hurto de manera general, sin aludir a bienes pertenecientes al Estado o a la iglesia, ni siquiera a la calidad del agente, es decir, al no existir clasificación alguna no se contempló el delito de peculado.

B). LEY JULIA.- Hubo una Ley Julia (Lege Julia Peculatus) -promulgada en la época de César o en la de Augusto- que estableció un sistema procesal para el hurto de bienes pertenecientes a los dioses o al Estado, ley a la que se añadió más tarde otra Ley Julia (Lege Julia et Residuis), distinta de la primera y que se refería al dinero restante.

Sobre la Ley Julia relativa al peculado, al sacrilegio y a los residuos de cuentas, el Digesto del Emperador Justiniano, en su Parte Sexta, Libro Cuadragésimo Octavo, Título XIII intitulado "De los que hurtan dinero perteneciente al fisco o al público, o las cosas sagradas o religiosas" (4), nos dice:

1. "ULPIANO: COMENTARIOS A SABINO, LIBRO XLIV.- Por

(3) Cfr. Teodoro Mommsen, ob. cit., t. II, pp. 200, 221-223, 226 227.

(4) El Digesto del Emperador Justiniano (traducción de Don Bartolomé Rodríguez de Fonseca), t. III, pp. 676-679.

la Ley Julia Peculatus se previene que ninguno quite, intercepte, ni convierta en su propia utilidad, ni haga que alguno quite, intercepte, ó convierta en su propia utilidad el dinero perteneciente á las cosas sagradas, religiosas o públicas: á no ser que le sea permitido por esta ley, ó que no mezcle otro metal en la moneda pública de oro o plata, ni haga que otro la mezcle, ni haga con dolo malo que se deteriore".

La original y estrecha noción de peculado, que lo concebía como un hurto agravado por la calidad de las cosas sobre las que recaía, se amplió y extendió a quitar, interceptar o aplicar en uso propio dinero público.

2. "PAULO: COMENTARIOS A SABINO, LIBRO XI.- Por la Ley Julia de residuis se obliga el que retiene el dinero público destinado para algún uso, no dándole el mismo destino".

Además del peculado y los sacrilegios, la Ley Julia previó los residuos. Como residuos se consideraban la suma o los bienes que quedaban en poder de alguien después del ejercicio de una misión pública, y que debía restituir con la rendición de cuentas. La rendición de cuentas, como se advierte, se estableció entre los romanos para los residuos, no para el peculado; pues mientras el peculado era la sustracción del patrimonio público manejado por funcionarios, por el contrario se consideraban autores de residuos a los administradores que después de hechas las cuentas, retenían el dinero que tenían que presentar como resto de caja. (5)

3. "ULPIANO; DE LOS ADULTERIOS, LIBRO I.- La pena del delito peculatus, que era la prohibición de la comida y bebida, se subrogó en la deportación; por lo cual el que incurre

(5) Cfr. Jesús Lalinde Abadia, Iniciación Histórica del Derecho Español, p. 538; Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano, p. 541.

en ella, pierde los bienes, del mismo modo que los demás dere-- chos anteriores".

4. "MARCIANO; INSTITUCIONES, LIBRO XIV.- Por la Ley Julia Peculatus se obliga el que hurtase ó interceptase el dinero destinado para las cosas sagradas ó religiosas.

1.- El que hurtase lo que donó ó Dios inmortal, se - obliga á la pena de peculatus.

2.- También se previene en los mandatos que tratan - de privilegios, que los Presidentes persigan á - los sacrílegos, á los ladrones y á los plagia- - rios, y los castiguen según el delito de cada -- uno. También se mada en las Constituciones, que los sacrílegos sean castigados con la pena ex- - traordinaria que corresponda.

3.- Por la Ley Julia de Residuis se obliga el que retiene el dinero público que recibió por el arrendamiento, venta, alimentos, ó por cualquiera causa.

4.- El que retiene el dinero público que recibió para algún uso, y no lo convierte en él, se obliga por esta ley.

5.- El que es condenado por esta ley, es castigado - en la tercera parte más de lo que debe.

6.- No se hace religioso el lugar donde se encuentra el tesoro; porque aunque haya sido hallado en el momento, no se tiene por religioso; pues lo que está prohibido que se entierre, no puede hacerlo religioso, y el dinero no se puede enterrar, co-

mo se previene en los mandatos de los Príncipes.

7.- Si se hurtase alguna cosa del patrimonio de la - ciudad, se previene en las Constituciones de los Emperadores Trajano y Hadriano, que se comete el delito peculatus: y así se practica".

La evolución del peculado alcanzó también el objeto material, porque si bien en un principio sólo se protegió los - bienes del pueblo romano, después se comprendió los de las ciudades. El proceso evolutivo se tradujo asimismo, bajo el Imperio, en que la represión atendió no solamente a la calidad o carácter de los bienes, sino que entró en consideración la calidad del agente: funcionario del Estado que actuaba deslealmente. (6)

5. "EL MISMO; REGLAS, LIBRO V.- Los Emperadores Severo y Antonino respondieron á Casio Festo, que si se hurtasen -- las cosas privadas que estaban depositadas en el templo, compete la acción de hurto, y que no se comete sacrilegio".

6. "ULPIANO; DEL CARGO DE PROCONSUL, LIBRO VII.- El Proconsul deberá establecer la pena del sacrilegio más severa ó leve, según la calidad de la persona, la condición de la cosa, el tiempo, la edad y el sexo. También sé que muchos sacrílegos fueron condenados á echarlos á las bestias, y algunos quemados vivos, y otros ahorcados. Pero se ha de moderar la pena hasta - ser condenados á echar á las bestias á aquellos que quebrantaron los templos con violencia, y robáron de noche las donaciones hechas á Dios. Pero si algunos hurtaron de día alguna cosa de corta entidad del templo, han de ser condenados á trabajar - en las minas de metal; y si fuesen de nacimiento honrado, han - de ser desterrados á una isla.

(6) Cfr. Daniel P. Carrera, Peculado, pp. 2-6.

1.- Los que trabajan en acuñar moneda pública, y la sellan para ellos, ó hurtan la que está sellada, parece que no la adulteran, sino que hurtan la - moneda pública; cuyo delito se acerca al de pecu latus.

2.- Si alguno hurtase oro ó plata de los metales del César, por edicto del Emperador Pio es condenado á destierro, o á trabajar en las minas de metal, según la dignidad de la persona. El que auxilió al que hurtó la moneda, es lo mismo que si hubie se sido condenado por hurto manifiesto, y incu-- rre en pena de infamia. Pero el que ilícitamente tomase del metal de oro, y lo fundiese, es conde nado en el quatro tanto".

7. "VENULEYO SATURNINO; JUICIOS PUBLICOS, LIBRO II.- No se puede acusar del delito peculatus después de cinco años - de haberse cometido".

8. "EL MISMO; JUICIOS PUBLICOS, LIBRO III.- El que - quitase las tablas de cobre en las quales estaba escrita la ley ó la forma de los campos, ó que contenía alguna otra cosa, ó mu dase alguna cosa de ella, se obliga por la Ley Julia Peculatus.

1.- Se obliga por la misma ley el que borró algo de las tablas públicas, o añadió en ellas alguna -- cosa".

9. "PAULO; DE LOS JUICIOS PUBLICOS, LIBRO UNICO.- Los que cometen sacrilegio, incurren en pena capital.

1.- Son sacrílegos los que hurtaron las cosas públi- cas sagradas: y los que hurtaron las cosas parti culares sagradas del sitio donde estaban custo--

diadas, merecen menor pena que los sacrílegos, y mayor que los ladrones. Por lo cual se ha de examinar diligentemente, si se cometió ó no sacrilegio, para ver si se incurrió en la pena de este delito.

2.- Labeon en el libro treinta y ocho de los Posteriores dice, que el delito peculatus es hurto de la cosa sagrada ó pública, no cometido por el que era responsable á ella; por lo cual no puede cometer el delito peculatus aquel á quien se le encargó la custodia de las cosas sagradas.

3.- Escribe más abaxo en el mismo capítulo que comete delito peculatus no sólo el que toma el dinero público, sino también el de persona particular, si alguno tomase lo que se le debe al fisco, fingiéndose acreedor de él, aunque hurte el dinero de algún particular.

4.- El que recibió dinero para llevarlo de una parte á otra, ó cualquiera otro que es responsable á él, no comete delito peculatus.

5.- Mandó el Senado que se obligasen por el delito peculatus los que sin mandato del Presidente diesen facultad para reconocer ó trasladar las escrituras públicas.

6.- El que retiene para algunos usos el dinero público, y no lo distribuye, escribió Labeon al libro treinta y ocho de los Posteriores, que se obliga por esta ley. Constra el que saliese de la provincia, y retuviese el dinero que tenía en su poder perteneciente al erario, no compete la acción re

siduae pecuniae; porque esta la debía el fisco á alguna persona particular, por lo cual se tenía por deudor, y lo podría cobrar de él el que tenía facultad para ello, tomando prenda, poniéndole - preso ó imponiéndole multa. Pero por la Ley Julia de Residuis se determinó, que después de un año se pudiese pedir por la acción pecuniae residuae".

Dentro del peculado se comprendieron formas que no - consistieron precisamente en tomar alfo de pertenencia del Estado, sino en procurárselo fraudulentamente.

Para quien recibía dinero con el fin de trasladarlo a lugar determinado, operaba la regla del riesgo expuesta por - Labeon, mediante la cual se asumía el riesgo de las cosas recibidas.

10. "MARCIANO; JUICIOS PUBLICOS, LIBRO I.- Se obliga por esta ley el que sentase en las escrituras públicas menor -- cantidad de aquella en que se vendió o arrendó la cosa, ó cometiese algún otro delito semejante.

1.- Los emperadores Severo y Antonio desterraron á una isla á un varón clarísimo, que fué convencido de haber encerrado á un hombre en un arca que depositó en un templo: y después de cerrado el - templo; salió de ella, y hurtó muchas cosas de - él, y volvió a entrarse en el arca".

11. "ULPIANO; COMENTARIOS AL EDICTO, LIBRO LXVIII.- El que hiciese algún agujero en los muros, y por él entrase á - hurtar alguna cosa, se obligará por la acción peculatus".

12. "MARCELO; DIGESTO, LIBRO XXV.- No comete el deli

to peculatus, si se cobrase dinero del que me debe á mí y al fisco, porque no hurta dinero del fisco el que cobra de su deudor; pues este no obstante queda deudor del fisco".

13. "MODESTINO; DE LAS PENAS, LIBRO II.- El que quitó la presa que habían cogido los enemigos, se obliga por el delito peculatus, y es condenado en el quatro tanto".

14. "PAPINIANO; CUESTIONES, LIBRO XXXVI.- Los juicios públicos peculatus, de residuis y repetundarum también competen contra el heredero; y no sin razón; porque lo que principalmente se trata en ellos, es sobre el dinero hurtado".

C). LOS CODICIS REPETITAE PRAELECTIONIS (IX, 28, I).- Dispusieron: "Los jueces que durante su administración sustrajeron caudales públicos son responsables por la Ley Julia relativa al peculado y mandamos que sean sometidos a la pena capital; debiendo ser castigados, sin embargo, con la misma pena también los que para ello les prestaran ayuda, o los que a sabiendas recibieran de ellos las cantidades sustraídas". (7)

D). LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.- En su libro -- Cuarto, Título XVIII, que comprendía "De los juicios públicos", fracción 9, estableció: "La Ley Julia, sobre el peculado, castiga a los ladrones de rentas y cosas públicas, sagradas o religiosas. Si son magistrados los que durante su administración -- han sustraído las rentas del Estado, sufrirán la pena de muerte, y sus cómplices y los que le oculten; los que infrinjan esta -- ley serán deportados". (8)

En el Derecho Romano se equipararon al peculado, las siguientes conductas:

---

(7) Daniel P. Carrera, ob. cit., p. 5
(8) Instituciones de Justiniano (traducción de Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas), p. 365.

1.- El hecho de que las autoridades competentes para percibir el importe de una deuda en favor de la comunidad, perdonasen contra derecho esa deuda; o también el hecho de que cobrara cualquiera de tales deudas una persona incompetente para ello.

2.- Las manipulaciones ilícitamente realizadas en los libros de la contabilidad pública, o el hecho de hacerlos desaparecer. Según un senadoconsulto de tiempos posteriores, era caso de peculado hasta el permitir que alguien se enterara de estos libros sin que hubiera razón para semejante tolerancia.

3.- La pérdida dolosa o simulada de una embarcación en perjuicio de la caja del Estado.(9)

La sustracción de metales o de monedas del erario de la comunidad romana o de alguna otra caja pública, era la forma más frecuente y la más importante del peculado; siendo las autoridades y sus subalternos, quienes preferentemente se encontraban en posibilidad de cometer este delito. Entre los romanos, el peculado se castigó primeramente con la pérdida del empleo y de la honra; luego con el destierro, las minas y aún con la muerte; después con la deportación y confiscación de bienes; y posteriormente con la restitución. (10)

c).- ANTIGUO DERECHO HISPANO.

En el derecho español antiguo encontramos los siguientes documentos legislativos:

---

(9) Cfr. Teodoro Mommsen, ob. cit., t. II, pp. 225-226.
(10) Ibídem, pp. 223-224.

A). EL FUERO JUZGO.- Manda que "quien furta tesoro - del rey, o otra cosa, o le faz daño, entregue en nove dubloquan to tomar". (11)

B). LAS LEYES DE PARTIDAS.- Las Siete Partidas de -- Don Alfonso X "El Sabio", hacen referencia al peculado primor-- dialmente como una ofensa a la autoridad real, conteniendo su-- puestos de peculado y de residuos con distinto tratamiento en - cuanto a la pena. La Séptima Partida (12) "que fabla de todas - las acusaciones, e maleficios, que los omes fazen; e que pena - merescen auer porende", en su Título XIV que trata "de los fur-tos, e de los sievros que furtan a si mesmos; e de los que los consejan, o los esfuerzan, que fagan mal; e de los guardadores que fazen a los menores", Leyes XIV y XVIII, se estableció:

LEY XIV.- "Como aquellos que tienen maravedis del -- Rey para sus lavores, o para dar quitaciones a su campaña, si - las metieren en su pro, o fizieren mala barata en darlos, como los deven pechar.

Maravedis del Rey teniendo algun su Despensero, de - que oviesse a pagar quitación a Cavalletos, o a otros omes, o - de que oviesse a fazer algunas lavores, o otras cosas semejan-- tes destas por su mandado; si aquel que los tuviesse, non los - despendiesse, o non los pagasse, alli do el Tey le mandasse, -- mas comprasse dellos alguna cosa a su pro; si esto fiziesse por si sin mandado del Rey, como quier que este atalnon faze furto, pero faze muy gran yerro, posponiendo la pro de su Señor por la suya mesma. E porende mandamos, que qualquier que esto fiziere, que sea tenudo a tornar a la Camara del Rey, todos los marave-- dis de que vso assi maliciosamente. E que peche demas desso, -- por el yerro que fizo, tanto quanto valia la tercia parte de --

(11) Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Ju risprudencia, p. 1338.
(12) Los Códigos Españoles concordados y anotados, t. cuarto, - Código de las Siete Partidas, t. III, pp. 372-373.

aquellos maravedis de que vso para su pro contra la voluntad del Rey. Esso mesmo dezimos, que ha lugar en todos quantos han maravedis que sean de alguna Cibdad, o Villa, si vsaren maliciosamente dellos, assi como sobredicho es. Otrosi dezimos, que si alguno tuviesse maravedis del Rey, e le mandasse que diesse dellos a sus Ricos omes, o a sus Cavalletos, o otros omes qualesquier; e aquel que los tuviesse, en lugar de les dar los maravedis, -- les diesse en pago paños, o bestias, o otra cualquier cosa que fuesse a su pro, e a daño de aquellos que lo avian a recebir; - que este atal que fiziesse tal pago de los maravedis del Rey, - deve pechar a cada vno de los que ovieron a recebir la paga, todo quanto menoscabaron, de lo que devian ayer por razón de aquellas cosas que les dio a malabarata; e quepeche, demas desso, a la Camara del Rey, todo quanto montare la tercia parte de aquello que les fizo perder engañosamente, porque esto es como manera del furto".

Esta ley impuso sanciones de orden económico a quienes en virtud de su función pública se les había encomendado -- realizar un pago y no lo hicieron, o bien, no aplicaron los fondos públicos con apego a lo encargado.

LEY XVIII.- "Mas por razon de furto non deven matar, nin cortar miembro ninguno. Fueras ende, si fuesse ladron conoscido, que manifiestamente tuviesse caminos, o que robasse otros en la mar con navios armados, a quien dizen Cursarios, o si fuessen ladrones que oviessen entrado por fuerca en las casas, o - en los lugares de otro, para robar con armas, o sin armas; o ladron que furtasse de la Eglesia, o de otro lugar religioso, alguna cosa santa, o sagrada; o Oficial del Rey que tuviesse del algun tesoro en guarda, o que oviesse de recabdar sus pechos, o sus derechos, e le furtare, o le encubriere dello a sabiendas; o el Judgador que furtasse los maravedis del Rey, o de algún -- Concejo, mientra estuviere en el oficio. Qualquier destos sobredichos, a quien fuere provado que fizo furto en alguna destas -

maneras, deve morir porende el e quantos dieren ayuda, e consejo a tales ladrones, para fazer el furto, o los encubrieren en sus casas, o en otros lugares, dever aver aquella mesma pena. - Pero si el Rey, o el Concejo, non demandasse el furto que avia fecho el su Oficial, despues que lo supiere por cierto, fasta - cinco años, non le podria despues dar muerte por ello, comoquier que le podria demandar pena de pecho de quatro doblo".

En esta ley, debía morir no sólo el oficial del rey que hurtara los fondos públicos recibidos en custodia, sino también el recaudador de impuestos que dispusiera del dinero cobrado, así como el juzgador que durante su función sustrajera los maravedis del rey o de algún Concejo, corriendo la misma suerte toda persona que prestara ayuda en la comisión de tales ilícitos.

C). LAS LEYES DE RECOPILACION.- "Por las leyes recopiladas, el que tomare violentamente para y por su propia autoridad las rentas y derechos reales de que el rey se hallare en pacífica posesión, ó hiciere resistencia pública con violencia para impedir su cobranza, incurre en las penas de muerte y confiscación de bienes juntamente con los que le diesen concejo, - favor ó ayuda; el empleado público ó arrendador de las rentas ó derechos reales que usurpare fraudulentamente los caudales que maneja, ó diere ausilio o consejo á otro para hacerlo, es 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, pierde la mitad de sus bienes, y cualquiera merced u oficio que hubiese recibido del Soberano".(13)

D). LA NOVISIMA RECOPILACION.- Las disposiciones de la Novísima Recopilación relativas al delito de peculado, igualmente se dirigieron a sancionar tres clases de conductas: la de

(13) Joaquín Escriche, ob. cit., p. 1338.

quienes, de propia autoridad y sin licencia o mandato del rey, tomaban para sí fondos públicos; la de quienes ocupaban fondos públicos a sabiendas y violentamente; y la de los que hacían -- pública resistencia a los encargados por el rey de la recauda-- ción.

La Novísima Recopilación, en su Libro Duodécimo que trata "De los delitos y sus penas; y de los juicios criminales", Título XV "De los rovos y fuerzas", Ley VII correspondiente a - la "pena de los que con violencia toman las rentas y derechos - Reales, ó resisten su cobranza", contiene textualmente la ya citada Ley Primera del Título Octavo, integrante del Libro Noveno de la Recopilación; y mediante la Ley XVIII del Libro y Título primeramente mencionados, estableció "que pena meruscen los furtadores, e los robadores", en la misma forma que la Ley XVIII - del Título XIV de la Séptima Partida. (14)

E). REAL DECRETO DE 5 DE MAYO DE 1764.- Por este decreto "está dispuesto, que los arqueros, tesoreros, receptores y administradores no hagan uso de los caudales de la real ha- - cienda, los cuales han de permanecer depositados en las arcas - de tres llaves en las mismas especies en que se reciben; que si alguno usare de ellos, aunque llegue á aprontarlos, se le ha de privar de oficio, y declarar inhábil para obtener otro; que si hay descubierto y no lo reintegra, se le imponga la pena de presidio desde dos hasta diez años según las circunstancias, y aun si continúa, con la calidad de no salir de él sin real licencia, sin que por dimanar la quiebra de omisión, ó de infidelidad de criados haya de disminuirse la pena; y que en fin si procede -- aquella de haberse alzado con los caudales del rey, se castigue con el último suplicio al reo principal y á sus ausiliadores". (15)

---

(14) Consúltese la Novísima Recopilación de las Leyes de España, t. V, pp. 355, 374-375.
(15) Joaquín Escriche, ob. cit., p. 1338

C A P I T U L O II

EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACION MEXICANA

a) PROCESO MEXICANO LEGISLATIVO.

El Sistema Jurídico Mexicano ha regulado los delitos cometidos por servidores públicos desde la época prehispánica. En el presente capítulo únicamente analizaremos las disposiciones que en cuanto al peculado han regido desde el movimiento Independencia hasta nuestros días dado lo extenso de nuestra historia. Desde que se gestó la Independencia de la República Mexicana hasta nuestros días, en el Distrito Federal y los entonces Territorios Federales se han expedido tres Códigos Penales, pero es importante destacar antes de pormenorizar cada uno de ellos los siguientes:

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.- Real Orden de 14 de marzo de 1807.- Que continuó vigente aún después de la Independencia, ante nuestra carencia de legislación propia. Disponía: "Que sobre peculado ó descubierto en el manejo de caudales públicos, se observen exactamente las disposiciones que cita.

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

Las repetidas y escandalosas quiebras que se experimentaban en las tesorerías de mis rentas reales, á pesar de las instrucciones, estrechas órdenes dadas para que semanalmente se pusiesesn sus productos en arca de tres llaves, y que los intendentes las reconociesen mensualmente, para asegurarse de si - - existían en ellas los caudales, que según el cargo correspondiese, y hacerlos pasar sin dilación a mi tesorería general o a las del ejército; y á pesar también de la providencia tomada por el superintendente general de mi real hacienda, para que semanal y mensualmente se le remitiesen de todo el reino de los estados de cobranza, pagos y existencia; obligaron á mi augusto padre que esté en gloria, a declarar terminantemente por su real decreto de 5 de mayo de 1764, cual era la obligación de los tesoreros, - arqueros, receptores, administradores y demas empleados que tuviesen á su cargo en todo ó en parte la custodia de las rentas reales, y las penas en que incurririan los que faltasen á sus - deberes por malicia, omisión ó de cualquier otro modo, no habiendo producido esta junta y necesaria providencia los fines á que se dirigía, y sí continuando con mayor repetición y escándalo - las quiebras referidas: he mandado á mi suprema junta de estado que examine con la atención debida este punto; y conformándome con su dictámen, he venido en resolver y declarar, para cortar de raíz semejante esceso, que la obligación de los espresados - tesoreros, arqueros, receptores, adminsitradores y demás empleados que tengan á su cargo en todo ó en parte la custodia de mis reales haberes, es y debe estimarse, segun se declaró en el citado decreto, como de verdaderos regulares depositarios, sin -- que puedan usar de ellos mas que para hacer los pagos de los salarios establecidos, y de lo que en virtud de mis reales órdenes ó de las de mi superintendente general se les mandase, recibiendo y entregando por cuenta y no por factura los caudales de mi real hacienda, con absoluta responsabilidad de la quiebra ó falta que resultare; prohibiéndoles como les prohibe espresamente, el uso de ellos para otros fines; porque se han de poner los -- caudales en las arcas de tres llaves en las mismas especies que

se recibieron, quedando en las mismas arcas constituido el mas fiel y riguroso depósito hasta su traslación a mi tesorería general ó a las de ejército, en donde se observará la misma disposición.

Y para que en lo sucesivo se verifique así inviolablemente y sin la mas mínima contravención, declaro y mando, que si faltando alguno á obligación tan precisa é indispensable, abusase de mis reales haberes para otros fines, aunque sea sin ánimo de hurtarlos, y sí con el de reponerlos y aprontarlos, y aunque los apronte, quede por el mero hecho privado del empleo y de poder obtener otro alguno de mi real servicio: que si no reintegrase el descubierto que por este abuso resultase en el preciso término de tres meses contados desde el día en que se descubriese la quiebra, y se empezare á proceder en la causa, se añada á la pena insinuada de privación de empleo la de presidio en uno de los de Africa ó de América, segun parezca, por el tiempo de dos hasta nueve años, segun el perjuicio que haya causado á mi real hacienda, aumentando la calidad de que no salgan de ellos sin mi real licencia, cuando la malicia ó gravedad del abuso lo requiriese: que si la quiebra ó falta procediese de haber los tesoros substraído, alzado ú ocultado dolosamente los caudales, se les imponga la pena de galeras no siendo nobles, y á los que lo fueren, se les condene á los trabajos de bombas de los arsenales; debiendo estenderse este castigo á los que cooperasen y auxiliasen el hurto, alzamiento ú ocultación, segun se dispuso por la ley 18, tít. 14, partida 7, que quiero y mando se observe inviolablemente con absoluta responsabilidad de los jueces y ministros de los tribunales que la alterasen: que no se liberten de estas penas, ni haya minoracion de ellas porque la quiebra ó falta haya dimanado de puras y leves omisiones suyas, ó de confianzas prudentes y racionales, con que conciben tener á la mano la satisfacción de los alcances, ni tambpoco los contadores de provincia, que deben intervenir las arcas, los intendentes y subdelegados que deben presenciar estos actos, ni

los administradores y oficiales mayores interventores, los cuales han de tener iguales responsabilidades en la parte pecuniaria, escepto el administrador, que se tendrá por principal en donde esté unida la tesorería á la administración, aunque no tenga el nombre de tesorería.

Y para que nadie pueda alegar ignorancia de esta mi resolución y declaración, mando se pasen copias de ellas al consejo de hacienda, á los intendentes y demas subdelegados de rentas, quienes la harán intimar á los empleados y que se empleen, para que todos se hallen enterados y cumplan puntual y exactamente con su tenor.

Para que se observe con todo rigor la citada ley y el real decreto inserto dispondrá V.E. que se haga saber á cuantos corresponda actualmente, y sus sucesores ántes que tomen posesion de sus destinos, para que nunca puedan alegar ignorancia.- Todo lo cual participo á V.E. de órden de S.M. para su puntual cumplimiento.- Dios guarde á V.E. muchos años. Aranjuez 14 de marzo de 1807.- Saber.- señor virey de Nueva España.- Es copia. Mégico 26 de Agosto de 1807.- Velazquez". (16)

2. CODIGO PENAL DE 1871.- El 7 de diciembre de 1871 se promulgó el Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California, mejor conocido como "Código Martínez de Castro" y entró en vigor el 1° de abril de 1872. Se ha considerado que el antecedente inmediato de este Código lo constituyó el Código Español de 1822. Pues bien, el Código Penal de 1871 en cita, en su libro III, Título Undécimo relativo a los "deli--

(16) Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas (ordenada por Manuel Dublán y José María Lozano), t. IV, pp. 314-315.

tos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones", Capítulo V del "peculado y concusión" (17), estableció:

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

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

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

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

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

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

IV. Además de las penas de que hablan las fracciones anteriores, se impondrán en todo caso las de destitución de em--

(17) Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas (ordenada por Manuel Dublán y José María - Lozano), t. XI, pp. 597 y 702.

pleo ó cargo é inhabilitacion perpétua para obtener otros en el mismo ramo, y por diez años para los de ramo diverso".

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

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

Pero cuando haga la devolucion despues de ese término y ántes de que recaiga una sentencia definitiva, la pena se reducirá á la tercia parte de la que corresponda con arreglo á dichos artículos.

Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitucion é inhabilitacion de que habla la fraccion última del artículo anterior, y de la multa correspondiente".

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

El Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1871 tuvo las reformas que a continuación se citan:

1a. En virtud de que el artículo 1026 exigía el dolo para la configuración del delito de peculado, elemento sumamente difícil de probar, fué necesario suprimir la palabra "dolosamente", por presumirse el dolo en todo peculado desde el momento en que los valores se distraen de su objeto, supuesto que las -

personas que cometen este delito tienen pleno conocimiento del alcance de sus actos.

2a. El objeto material contenido en el artículo 1026 no comprendía las cosas pertenecientes a los Estados, como objeto de peculado, adicionándose en tal sentido.

3a. El término de tres días previsto en el artículo 1030, concedido al responsable de peculado para devolver lo sustraído, como excusa atenuante, se aumentó hasta diez días para favorecer los buenos resultados prácticos.

4a. Asimismo, se adicionó al capítulo de peculado -- una disposición que tuvo "por objeto establecer responsabilidad penal para los funcionarios que por falta de cumplimiento de -- los deberes que les imponen las leyes o reglamentos, o por ne-- gligencia grave, dan ocasión a que otros cometan peculado". (18)

3. CODIGO PENAL DE 1929.- El 30 de septiembre de - - 1929 fué promulgado un nuevo Código Penal y fué conocido como - "Código Almaraz" y entró en vigor desde el 15 de diciembre de - ese mismo año. Con motivo de las reformas al Código Penal de - 1871 el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales - de 1929, reguló el delito en estudio en su Título Vigésimoprimero, Capítulo I al tenor "Del peculado y de la concusión" (19) y que a continuación se transcribe:

Art. 1219.- "Comete el delito de peculado: toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión - por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario, que para usos privados o ajenos, distraiga de su objeto el dinero, - valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente a la Na- -

(18) Trabajos de Revisión, Código Penal, Proyecto de Reformas y Exposición de Motivos. Secretaría de Justicia, Comisión Revisora del Código Penal (1914), t. IV, p. 752.
(19) Ibídem, p. 267.

ción, a un Estado, a un Municipio o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por cualquier otra causa".

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

Art. 1221.- "El peculado se sancionará del modo si-- guiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. CODIGO PENAL DE 1931.- En el Diario Oficial de la - Federación el 14 de agosto de 1931 se publicó el Código Penal de 1931 que actualmente nos rige, expedido el 13 de agosto de ese - mismo año. Respecto del Código Penal vigente, en el renglón correspondiente al peculado, éste, ha sufrido una serie de reformas originadas por las necesidades prácticas y legales de nuestro -- país. Las reformas que respecto a los originales artículos relativos al peculado se han efectuado, son las siguientes:

1a. Por decreto de 19 de diciembre de 1943, publicado en el Diario Oficial número 21 de 24 de marzo de 1944, y a -- fin de "reprimir con mayor severidad la disposición indebida de

bienes pertenecientes a aquellas personas morales en las que el Estado tiene un interés cultural o pecuniario" (20) se modificó el artículo 220 en la forma siguiente:

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

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

II. De las universidades que gocen de subsidio de la Federación, del Distrito o Territorios Federales". (21)

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

Art. 220.- "Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, del Estado o descentralizado aunque sea en comisión por tiempo limitado y que no tenga el carácter de funcionario, que para usos propios o ajenos, distrai

---

(20) Sesión de la Cámara de Diputados efectuada el 29 de diciembre de 1943. Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, XXXIX Legislatura, año I, período ordinario, t. I, núm. 37, pp. 6-7.

(21) Diario Oficial de la Federación de 24 de marzo de 1944, t. - CXLIII, núm. 21, pp. 1 y 28.

ga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa - perteneciente al EStado, al orgarismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa". (22)

En cuanto a la penalidad del delito en cuestión, se dispuso:

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

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

Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución, de la inhabilidad y de la multa correspondiente". (23)

"No obstante que la consumación del delito impondría en rigor la aplicación sin variantes de las penas prescritas en el artículo 219 del Código Penal se atenúan, exclusivamente por el interés pecuniario del Estado, alentando al agente a reparar el daño en forma pronta y total, así como porque por el hecho de la devolución de lo sustraído se repara dicho daño y el agente - no obtiene lucro". (24)

3a. Por decreto de 27 de diciembre de 1979, publicado en el Diario Oficial número 2 de 3 de enero de 1980, nuevamen

---

(22) Citado por Luis Fernández Doblado, El Delito de Peculado, - CRIMINALIA, año XXV, mayo de 1959, núm. 5, pp. 235-236.
(23) Código Penal para el Distrito Federal, vigesimanovena edición, p. 72.
(24) Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, Código - Penal Anotado, pp. 493-494.

te fueron reformados los artículos 219 y 220, en los siguientes términos:

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

Cuando el peculado no exceda en su monto al equivalente a seis meses del salario mínimo general vifente en la región y en la fecha en que se consuma el delito, se impondrán al responsable de tres meses a seis años de prisión, multa de quinientos a cinco mil pesos, destitución del empleo o cargo e inhabilitación de uno a tres años para obtener otro". (25)

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

Art. 220.- "Comete el delito de peculado todo funcionario, empleado o encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al or

(25) Código Penal para el Distrito Federal, trigesimocuarta edición, p. 72.

ganismo descentralizado o a un particular, si por razón de su - cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa". (26)

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

Por otra parte, este decreto derogó el artículo 221 que imponía una penalidad sumamente atenuada a los peculadores que devolvían lo sustraído dentro de los diez días siguientes a aquél en que se descubrió el ilícito, por considerarse que aunque la devolución de lo sustraído repara el daño pecuniario, -- con dicha devolución no se resarce el daño ocasionado por el incumplimiento de los deberes de lealtad y patriotismo; además de que resultaba injusto que a los funcionarios prevaricadores se les otorgara un trato más benévolo que el dispensado a los autores de los delitos patrimoniales, ya que socialmente es de ma-- yor valor la obligación que el funcionario público tiene de ser un ejemplo constante de virtudes cívicas. Esta derogación tuvo como finalidad, más que nada, fortalecer el crédito moral de la autoridad, dado que el tratamiento procesal atenuante había - - creado un clima de insatisfacción y desaliento tocante a la administración de justicia.

4a. Por decreto de 30 de diciembre de 1982, publicado en el Diario Oficial número 3 de 5 de enero de 1983, los dispositivos del peculado fueron objeto de un notable cambio, quedando tipificado y sancionado en términos del actual artículo - 223, Capítulo XII (erróneamente considerado como tal, pues el -

---

(26) Idem.

anterior es el X) del "Peculado", Título Décimo relativo a "Delitos cometidos por servidores públicos", Libro Segundo del Código Penal, como a continuación se indica:

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

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

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

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

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

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

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos uti-

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

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito se impondrán de dos a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos". (27)

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

b) DEFINICION DE PECULADO: SU DESCRIPCION LEGAL.

Fernando Castellanos expone que "el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales"(28), y afirma que hay tipos muy completos en los cuales se contienen todos los elementos del delito, advirtiéndose fácilmente la referencia típica a la culpabi

(27) Diario Oficial de la Federación de 5 de enero de 1983.- t. - CCCLXXVI, núm. 3, p. 7.
(28) Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 165.

lidad, en ese caso, el tipo consiste en la descripción legal del delito. (29)

En el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, publicado en el Diario Oficial de 14 de agosto de 1931, contiene en su Libro Segundo, Título Décimo, Capítulo XII, artículo 223, la descripción legal del delito de peculado vigente a partir de su ferorma por decreto de 30 de diciembre de 1982, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1983, en los siguientes términos:

Artículo 223.- "Comete el delito de peculado:

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

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

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

---

(29) Cfr. Ibídem, p. 166.

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". (30)

De acuerdo a la reforma radical de 1983, se incorporan a la definición tradicional del peculado nuevas fracciones o hipótesis, precisamente para prevenir conductas lesivas al patrimonio del pueblo por parte de quienes deben preservarlo. Y, según se desprende de la propia redacción del artículo citado, el legislador no contempló una descripción de peculado genérico, sino por el contrario formas casuísticas, con el objeto de no - dejar escapar las más comunes comisiones peculosas que afectan nuestra administración pública; ya que el peculado traducido en el indebido manejo o aplicación de recursos federales es un delito nacido y fortalecido en el seño de tal administración, y, por tanto, a fin de salvaguardar la confianza y el buen desempeño de los servidores públicos, fué necesario reprimirlo ampliamente.

Sin embargo, con apego a los antecedentes históricos legislativos del delito en estudio, puede afirmarse que "en su esencia jurídica, el peculado consiste en la distracción que para usos propios o ajeros un servidor público hace de los bienes que, por su carácter, le han sido confiados"(31), tal y como se expresa por la fracción I del artículo en referencia.

El artículo 223 del Código Penal, tipifica en sus cuatro fracciones diversos peculados específicos y, no obstante que la casuística empleado es criticable al legislar en materia pe-

---

(30) Diario Oficial de la Federación de 5 de enero de 1983, p. 7.
(31) Francisco González de la Vega, Código Penal Comentado, p.301.

nal ya que son preferibles las fórmulas generales, ciertas inde clinables razones de política criminal obligaron al legislador a resaltar aún con falta de técnica jurídica, algunas conduc--- tas sui generis altamente peligrosas para la colectividad social.

Otro aspecto importante radica en que la actual sistemática seguida por el artículo en referencia, acepta para la configuración del delito de peculado tanto conductas que emanen de los servidores públicos como aquellos provenientes de los particulares; lo que justifica el legislador en razón de que la condición personal de funcionario, empleado o encargado público, requerida anteriormente por nuestro Código punitivo para la tipificación del peculado, originó en ocasiones que los coautores - utilizados por cualquiera de los tres sujetos antes mencionados o que actuaban por sí mismos y quienes, por motivos obvios, no se encontraban previamente en posesión de los bienes -presupuesto lógico material del peculado-, al no revestir tampoco la calidad exigida por la ley, no fueran sancionados conforme a las penas previstas para el peculado, pese a que su conducta resultaba a todas luces integradora del delito en cuestión.

Por ello, el legislador optó por matener, con la última reforma, la unidad del tipo y considerar al cómplice como efectivo sujeto activo de peculado, en base a la identificación de su voluntad peculadora que conlleva invariablemente a la distracción de bienes públicos y, por ende, al entorpecimiento de la Administración Pública. (32)

No obstante, la profunda alteración sufrida por el - tipo de peculado no es del todo justificada y, en algunos casos como el de la fracción III, ni siquiera acertada; situación que se expondrá durante el desarrollo de los capítulos posteriores.

---

(32) Cfr. Antonio Quintano Ripollés, Compendio de Derecho Penal, p. 187.

Analizando el contenido substancial de las reformas aludidas, sobresalen por su importancia, las siguientes:

a) La fracción I del artículo comentado, enuncia como titulares del delito a "todo servidor público", sin distinción de jerarquías, sometiendo a la sanción a todas aquellas personas prestadoras de servicios a favor de la Administración Pública que distraigan de su objeto, para usos propios a ajenos, dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubieren recibido en administración, en depósito o por otra causa. Con la expresión "servidor público" se pretende abarcar a todos los posibles sujetos activos de peculado.

En su parte restante, conserva los mismos títulos de la tenencia de los bienes y la inclusión de los valores de particulares en poder temporal del Estado, de cuya custodia éste debe responder. (33)

Este tipo de peculado y el previsto por la fracción IV, son los únicos que por su esencia, acepta el Dr. Raúl Carrancá y Rivas como configurativos de peculado, en virtud de que conservan las notas distintivas de dicho ilícito: determinada calidad en el sujeto activo, la distracción de bienes o valores públicos y la tenencia precaria de los mismos.

b) Por lo que hace al tipo contenido en la fracción II, comprensivo de conductas alternativas consistentes en que el servidor público indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, con la finalidad de pro-

---

(33) Cfr. Francisco Argüelles, el Enriquecimiento Ilegítimo de los Servidores Públicos, REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, p. 21.

mover 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; cabe examinar:

Primero: El legislador de 1982 innecesariamente hizo uso de los elementos normativos del injusto, pues la concreta alusión a que los fondos públicos se utilicen "indebidamente", vale tanto como admitir que dicha conducta es susceptible de efectuarse en algún caso debidamente, cuando tanto se ha pugnado con propósito moralizador, porque las promociones política personales de los funcionarios públicos o de terceros ajenos a la administración pública, no se paguen con dinero del Estado sino de quien pretenda promoverse: más absurdo es aún, admitir que el servidor público pueda utilizar debidamente fondos públicos para cometer una conducta por demás indebida como es el denigrar a cualquier persona.

Segundo: Utilizar indebidamente fondos públicos es distraerlos de su objeto y, por tanto, es un comportamiento encuadrable ya de por sí en la fracción I. Otorgar alguno de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades es una conducta fáctica que en lo indebido lleva su fin: regular o no afectar la economía del beneficiario del acto, con el objeto de hacer posible la realización de las promociones o denigraciones descritas por el tipo, ya que envuelve potencialmente la oportunidad de retribuir favores políticos o de otra índole; siendo por tanto, una conducta productora de beneficios.

Tercero: Las dos conductas alternativas que este tipo complejo admite para su configuración, ofrecen gran dificultad al momento de delimitar exactamente sus contornos, debido a la casi nula -dirfase más bien nula- diferencia que la primera guarda respecto del peculado de la fracción I del mismo artículo 223; y, de la segunda, con el uso indebido de atribuciones y facultades señalado por la fracción I del artículo 217 del pro-

pio Código Penal. Problemática que con desatino, encuentra solución en el predominio de lo subjetivo sobre lo objetivo, pues no obstante que el destino que el servidor infiel dé a los fondos distraídos no debería tener trascendencia en la recta configuración del peculado, en el tipo concreto sí la tiene, ya que la finalidad determinada del servidor público de promover su -- imagen política o social, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o denigrar a cualquier persona, es el aspecto que - lo distingue. Veamos:

Si el servidor público indebidamente utiliza fondos públicos para fin diverso al previsto por la fracción II del -- artículo 223, en términos de lo dispuesto por la fracción I del mismo artículo, incurre en el peculado señalado por esta última, que tiene prevista una sanción igual a la de la fracción que se comenta.

Más, el servidor público que indebidamente utiliza - fondos públicos, así sea para llevar a cabo las promociones o - denigraciones contenidas por el tipo, por cuanto les asigna un destino diverso al dispuesto por la administración pública, - - prácticamente lo que hace es distraerlos de su objeto para usos propios, los de su superior jerárquico o los de un tercero. Y - resulta una aberración que sólo por enfatizar la finalidad de - promoción o denigratoria, o sea, el especial provecho que el -- servidor público obtiene al servirse de los fondos públicos, -- exista como otra forma de peculado.

Por otra parte, si el servidor público únicamente -- otorga alguno de los actos a que se refiere la fracción I del - artículo 217 del Código Penal, sin perseguir o efectuar las promociones o denigraciones exigidas por el tipo de peculado, cometerá uso indebido de atribuciones y facultades:

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

I. El servidor público que indebidamente:

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

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

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

D) Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos".(34)

El fin perseguido por el servidor público es lo que transforma al original uso indebido de atribuciones y facultades, en peculado.

En relación al tipo contenido en la fracción II del artículo 223 del Código Penal, Alvaro Bunster dice:

La reforma se ha afanado, en agregar a la fracción I

(34) Código Penal para el Distrito Federal, cuadragésima edición, pp. 73-74.

del artículo 223 una retorcida e innecesaria fracción II, en que se prevé la conducta del servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguna de las franquicias o concesiones previstas en el artículo 217, fracción I, "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". La previsión legal de la primera alternativa, la de utilizar indebidamente los fondos para esos fines es innecesaria, porque constituye el peculado de la fracción I del mismo artículo; la segunda, la de otorgar los actos previstos en el artículo 217, fracción I, lo es también, porque conforma las conductas descritas en esta última disposición. El elemento subjetivo de otorgar en este último caso las franquicias, etcétera, con fines de autopropaganda o denigratorios podría, todo lo más, haber configurado una forma agravada de las acciones descritas en el artículo 217, fracción I, más no una figura situada bajo el rótulo del peculado, y que sólo muy forzadamente podría "equipararse" a la apropiación de fondos en que el peculado consiste, en cuanto, por las franquicias o concesiones otorgadas, viniera a crearse un detrimento del erario. (35)

Por lo que hace al tipo de peculado comentado, el Dr. Raúl Carrancá y Rivas expresa: "Promover, del lat. promovere, equivale aquí a iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro. ¿Cómo se la inicia o adelanta, en el caso? Haciendo todo lo necesario e idóneo para resaltar la imagen política o social de que se trata (por ej., a través de la televisión, la prensa, la radio, etc.), por supuesto indebidamente, o sea, sin causa justificada; lo que entraña una conducta contraria a Derecho" (36). "Denigrar a cualquier persona es un concepto que no enca-

(35) Cfr. Alvaro Bunster, José Barragán, Héctor Fix Zamudio, Manuel González Oropeza, José de Jesús Orozco Henríquez, José Luis Soberanes Fernández; Las Responsabilidades de los Servidores Públicos, p. 22.

(36) Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, Código Penal Anotado, décima edición, p. 495.

ja, en realidad, dentro del peculado. Denigrar, del lat. denigrare, significa poner negro, manchar. Es deslustrar, ofender la opinión o fama de una persona. Equivale a injuriar, agraviar, ultrajar". (37)

c) La fracción III está relacionada con la fracción II, y al captar la conducta de "cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades", lo único que hace es describir la participación de otra persona, no cualificada, en el hecho enunciado por la fracción II, erigiendo dicha participación en delicta sui generis. Esto es, individualiza en peculado la disposición genérica de participación delictiva que contiene el artículo 13 del propio Código Penal, que dispone:

Art. 13.- "Son responsables del delito:

I. Los que acuerden o preparen su realización;

II. Los que lo realicen por sí;

III. Los que lo realicen conjuntamente;

IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;

VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

(37) Ibídem, pp. 495-496.

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxi-- lien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior el delito; y

VIII. Los que intervengan con otros en su comisión - aunque no conste quién de ellos produjo el resultado". (38)

Antes de las reformas penales de 1983, existía el -- grave problema jurídico relativo a la coparticipación de individuos no funcionarios, empleados o encargados de un servicio público, en delitos cometidos por éstos. Habiéndose suscitado para su solución, dos corrientes que atendían a diferentes puntos: uno práctico y otro jurídico.

Desde el punto de vista práctico se sostenía que las personas que tomaban parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito oficial y que carecían de la calidad legalmente exigida, no podían incurrir en peculado ni en ningún delito de esa categoría, resultando imposible considerarlos sujetos activos de tales ilícitos. Sin embargo, esta solución que fué la seguida en la práctica, partía de una base falsa, pues señalaba como responsables de la perpetración de un delito patrimonial a quienes en realidad eran copartícipes de un delito oficial, lo que representó una situación por demás injusta.

Desde el punto de vista jurídico se opinó "en el sentido de que la coparticipación en un delito cualquiera, independientemente de la calidad de su principal ejecutor material, forzosamente implica la aplicación del precepto que tipifica el correspondiente ilícito, aún en el supuesto de que el copartícipe carezca de una calidad determinada; pues de otra suerte se incurriría en el error de clasificar sus actos como constitutivos -

(38) Código Penal para el Distrito Federal, cuadragésima edición, p. 10.

de un ilícito no cometido por el responsable principal, quedando sin materia el concepto mismo de la coparticipación". (39)

Para esta última postura, independientemente de que se hubiera cometido un delito oficial por una o por varias personas, el delito era el mismo, estimando un contrasentido aceptar la existencia de varios delitos por el solo hecho de que hubieran intervenido varias personas en su comisión, algunas de las cuales no satiafacían la calidad requerida; el copartícipe tenía que serlo necesariamente del delito exclusivo de funcionarios públicos, pues en la identidad delictuosa radica precisamente la coparticipación.

Y continuaba exponiendo: Por lógica, el acto es uno, más en su formación, integración o consumación, pueden coadyuvar varios sujetos. Los copartícipes son autores de una conducta accesoria, ayudan a un funcionario, empleado o encargado de un servicio público, que es el principal, a consumar un determinado delito de los denominados de propia mano; por consiguiente, sí participan en ése mismo delito, en base al principio de que lo accesorio sufre la suerte de lo principal y ante todo, por verdadera justicia, deben ser castigados conforme a las sanciones previstas para el delito cometido por el autor material y no por las de un delito diverso en el cual no participaron ni tuvieron intención de cometer. (40)

Analizando lo expuesto, el problema que se presentaba respecto de la coparticipación de sujetos "no cualificados (extraños)" en los, anteriormente, delitos cometidos por funcio-

---

(39) Dinámica del Derecho Mexicano, Colección Actualidad del Derecho 4, Anexo relativo a la síntesis de las "mesas redondas" que durante 1973 preisdió el Lic. Rodolfo Chávez Calvillo, p. 15

(40) Cfr. Dinámica del Derecho Mexicano, Colección Actualidad del Derecho 4, pp. 45-55.

narios públicos, era grave sólo en apariencia, pues acertadamente procedía resolverlo aplicando el artículo 13 del Código Penal (41) relativo a las personas responsables de los delitos. Pero, para evitar que adoptando un criterio estrictamente jurídico subsistiera la duda acerca de imponer o no las mismas sanciones previstas para ese tipo de delitos, a quienes participaban en ellos sin revestir la calidad exigida, fué necesario que el legislador reiterara dicha solución en el segundo párrafo del artículo 212 del mismo Código Penal, que al referirse a la problemática planteada, establece:

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

Este precepto como puede percibirse, asocia la suerte penal del privado a la del servidor público en los delitos ministeriales, procurando zanjar de modo general el problema del concurso eventual, del concurso delinquientium, lo que importa una novedad legislativa. Pues, como se ha expuesto, la intervención de un no cualificado o extraneus en la perpetración de un delito propio o exclusivo como lo es el del servidor público, ha suscitado problemas técnicos, tanto si el intraneus comete el hecho valiéndose de un extraneus como si éste participa, por obra o --

(41) Antes de la reforma de 13 de enero de 1984, este artículo disponía; Art. 13.- "Son responsables de los delitos: I. Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos; II. Los que inducen o compelen a otro a cometerlos; III. Los que presten auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución; y IV. Los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa". Código Penal para el Distrito Federal, trigesimoquinta edición, pp. 10-11.

consejo, en el delito del intraneus. El actual tenor del referido artículo 212, párrafo segundo, zanja el problema pronunciándose por el castigo del partícipe no cualificado, y dispone punirlo con las mismas penas que al servidor público (42). La sanción penal del servidor público se extiende al extraneus a la administración, al súbdito, al ciudadano.

En tal virtud, la inclusión del tipo de peculado señalado por la fracción III del artículo 223 de nuestro Código punitivo, resulta innecesaria, y constituye una falta de acierto por parte del legislador. Sencillamente no tiene razon de ser, habida cuenta lo dispuesto por los artículos 13 y 212 del ordenamiento penal.

El Dr. Raúl Carrancá y Rivas al referirse al tipo de peculado en análisis, manifiesta: "Sujeto activo indeterminado. Se requiere, por supuesto, del dolo específico, o sea, de la conciencia y voluntad en el agente de realizar la conducta contraria a Derecho. También se trata de un tipo que no encaja completamente en la idea del peculado". (43)

Al respecto cabe hacer notar que, efectivamente, en atención al sujeto activo "cualquier persona", el tipo no encuadra dentro del Título Décimo del Código Penal, cuyo rubro "delitos cometidos por servidores públicos", deja clara idea de que debe agrupar exclusivamente los ilícitos efectuados materialmente por quienes revisten tal calidad, por ser éllos quienes tienen la asignación de ciertas funciones de naturaleza pública.

Sobre la forma de asociar la suerte penal del priva-

---

(42) Cfr. Alvaro Bunster, José Barragán, Héctor Fix Zamudio, Manuel González Oropeza, José de Jesús Orozco Henríquez, José Luis Soberanes Fernández; ob. cit., p. 17.

(43) Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, ob. cit., p. 496.

do a la del servidor público, captada en el peculado de la fracción III, Alvaro Bunster expone:

Aunque este tipo importa la penalización expresa del extraño concurrente o del extraño favorecido, mostrando la medida en que la ley ha recogido la simbiosis del servidor público y del privado en este delito ministerial, la técnica debería ser - otra, y consistir en prever las figuras captatorias de la conducta del particular de modo independiente en título separado, consagrado éste a los delitos contra la administración pública cometidos por particulares, situado a continuación del que contiene los que contra ella perpetran los servidores públicos. (44)

Por último, de la lectura de las fracciones II y III del artículo 223 del Código Penal, se desprende que para la configuración del peculado, "los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades" necesariamente han de producir beneficios, aunque el artículo 217 del mismo Código, al enumerar tales actos, no espedifique el mencionado resultado.

Los actos tipificados como uso indebido de atribuciones y facultades tienden a regular la economía del beneficiario del acto y, tratándose del peculado descrito por la fracción II, tan producen beneficios que quien los recibe puede llevar a cabo la finalidad señalada: promover la imagen política o social del servidor público otorgante del acto, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o denigrar a cualquier persona. Resultado que se aprecia aún más en la redacción de la fracción III, -- cuando expresa: "a cambio ... del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades".

---

(44) Cfr. Alvaro Bunster, José Barragán, Hector Fix Zamudio, Manuel González Oropeza, José de Jesús Orozco Henríquez, José Luis Soberanes Fernández; ob. cit. , pp. 16-17.

Si no hay producción de beneficios que creen un detrimento al erario, equiparable a la apropiación de fondos, es indudable que tampoco hay peculado.

d) La fracción IV, comprende como sujeto activo de peculado a cualquier persona que sin ser servidor público federal, esté obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de los recursos públicos federales que distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó. Es una hipótesis de malversación de fondos públicos realizada por el extraño que los tiene puestos a su cargo, en que se procede por equiparación o asimilación a la función pública.

Este tipo que pretende justificar su creación en razón de regular penalmente la actividad de los particulares que a virtud de concesión, permiso, autorización o contrato celebrado con autoridad competente, usen, posean, administren o tengan a su ciudado bienes y recursos propiedad de la nación, resulta en esencia, una figura delictiva estructurada inúltimente y en contradicción con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 212 del propio Código Penal, cuya parte conducente establece:

Art. 212.- "Para los efectos de este título y el subsecuente es servidor público toda persona... que manejen recursos económicos federales".

Lo anterior pone de manifiesto que la fracción IV, al encuadrar como sujeto activo a cualquier persona que no tenga el carácter de servidor público federal, es completamente superflua; pues las personas que custodian, adminsitran o aplican recursos públicos federales son consideradas, en términos de ley, servidores públicos y, por ende, sus infidelidades quedan reguladas en

el tipo contenido en la fracción I del mismo artículo 223 del -- Código Penal. (45)

Las reformas citadas con las trascendentes en el delito en análisis. No obstante éllas, el peculado no sufrió alteración en la parte que realmente correspondía, por cuanto debió -- sustituírse en el tipo tradicional, el enunciado de "distraer para usos propios o ajenos" por el simple y rotundo verbo "apro- - piarse", que es precisamente de lo que se trata en el peculado. Pues sabido es que nuestra legislación ha prescindido siempre del peculado de uso existente en otros ordenamientos penales, consistente en desviar transitoriamente los caudales hacia fines que - no son públicos sino a usos privados del propio imputado o de -- otras personas, pero con el propósito de restituírlos a la caja fiscal. A esa figura que junto al peculado descrito por nuestro Código punitivo, existe en otras legislaciones con pena considerablemente más leve, queda bien la locución de "distraer los caudales para aplicarlos a usos propios o ajenos", pero causa confusión su empleo cuando de apropiación se trata. Quizá el legislador en torno a este delito, ha optado por conservar el aludido - eufemismo en vez de términos rotundos, por encuadrar bajo un mismo tipo tanto a la apropiación de bienes públicos como al llamado peculado de uso, igualmente reflejantes de la corrupción funcionaria, aunque más valiera el empleo de términos exactos que - no dejen duda alguna.

En base a lo expuesto, se concluye que el propósito del legislador de ampliar el tipo de peculado imprimiéndole un - nuevo rumbo, lleva como finalidad prevenir, en la mayor medida, la delincuencia que afecta el patrimonio público, el patrimonio de nuestro pueblo; propósito que si bien es socialmente justificable en orden a la conveniencia impuesta por la realidad, de --

---

(45) Cfr. Mariano Jiménez Huerta, Suplemento al Tomo V de Derecho Penal Mexicano, pp. 52-54.

buscar la mejor forma de garantizar los valores públicos o privados confiados a los servidores públicos, no lo es, como se ha visto, desde el punto estrictamente jurídico. Así, la actual descripción legal de peculado contenida en el artículo 223 del Código Penal, constituye "pura y simplemente una más firme protección del erario" (46), haciendo más útil nuestra norma al "proteger debidamente a la colectividad de hechos que causan daño y alarma en nuestra sociedad". (47)

DEFINICION DE PECULADO.

La palabra peculado proviene del latín peculatus, de peculium, caudal. Su etimología en principio, deriva comúnmente de pecore (ovejas) y también de peculare, que significa robar el peculio ajeno. A su vez peculium (caudal) y pecunia (dinero) emparientan, siendo pecus (ganado) su raíz común. (48)

Peculado "originariamente fue el delito de quien se apoderaba del ganado público, porque antiguamente era el ganado el que servía al Estado y a los particulares como medio de cambio y común medida de los valores". (49)

"Llamábase depeculatus ó peculatus publicus, y por lo general, meramente peculatus, el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado; y se le daba este nombre, porque antes de que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos -

(46) Antonio Quintano Ripollés, ob. cit., p. 185
(47) Sesión de la Cámara de Diputados efectuada el 13 de diciembre de 1979. Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, "LI" Legislatura, año I, t. I, núm. 46, p. 63.
(48) Cfr. Juan Palomar de Miguel, Diccionario para Juristas, - - p. 993; Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, ob. cit., p. 494.
(49) Daniel P. Carrera, Peculado, p. 2.

era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase".(50)

El Diccionario Ideológico de la Lengua Española, define al peculado como "delito que consiste en el hurto de caudales públicos, hecho por aquél a quien está confiada su administración". (51)

La descripción de peculado proporcionada por el artículo 223 del Código Penal, permite definirlo como el delito consistente en:

a) La distracción de su objeto para usos propios o ajenos de dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, realizada por el servidor público que por razón de su cargo los ha recibido en administración, en depósito o por otra causa.

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

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

d) La distracción de su objeto para usos propios o ajenos, o la aplicación distinta a la debida, de recursos públi-

(50) Teodoro Mommsen, El Derecho Penal Romano, p. 223.
(51) Julio cásares. Diccionario Ideológico de la Lengua Española, p. 632.

cos federales, efectuada por la persona que sin tener el carác-- ter de servidor público federal, tenga obligación legal de custo diarlos, administrarlos o aplicarlos.

No obstante la amplia definición a que da lugar el - actual contenido del artículo referido, el peculado, en su esencia jurídica, sigue siendo el delito que estriba en la apropia-- ción -aún por equiparación- de las cosas integrantes del patrimo nio de la administración pública, llevada a cabo por el servidor público que las tiene a su cargo en razón de la función que desem peña.

c).- SU NATURALEZA JURIDICA.

Para poder determinar la naturaleza jurídica del peculado es importante introducirnos a las tesis doctrinales más - relevantes que en torno a su naturaleza se han adoptado. Encon-- traremos pues delitos contra la propiedad; contra la fé pública; contra la paz pública; en el ejercicio de funciones públicas; -- contra la administración pública como más adelante se expondrán.

Por la evolución histórica de esta figura jurídica - se considera que han influido notablemente las doctrinas en co-- mento para poder determinarla.

A continuación transcribiré las tesis doctrinales -- más relevantes que son las siguientes:

DELITO CONTRA LA PROPIEDAD.- En los tiempos históricos, en que se tutelaba el patrimonio del pueblo romano, el pecu lado originalmente se presentó como un hurto agravado por la calidad de los bienes sobre los cuales recaía; tal circunstancia - propició que el peculado fuera considerado como un delito contra la propiedad. Y por ello, para esta posición, el interés protegi

do por el peculado es la propiedad, que puede ser tanto la del Estado como la de los particulares, aunque dominantemente lo -- finca en la exclusiva propiedad del fisco.

DELITO CONTRA LA FE PUBLICA.- En el derecho cesáreo, el original concepto romanístico de peculado que atendía a la - calidad de los bienes, varía pues considera ya otro valor: la - fe traicionada o la facilidad para delinquir.

En efecto, la fe pública asume otra forma particular cuando la Nación y sus legítimos representantes han tenido fe - en la probidad de algún individuo, la cual han manifestado confiándole el dinero público. Si éste se apropia maliciosamente - de todo o parte de ese dinero, quiebra la fe pública, vale de-- cir, la fe que toda sociedad tuvo en él al poner en sus manos - aquellos capitales que provenían del patrimonio de todos los -- asociados y que debía ser utilizados en beneficio de ellos, - - traiciona la fe de todos.

La evolución presenta al peculado como un delito en el que su autor, aparte de revestir una calidad determinada, -- viola la confianza pública en él depositada mediante la entrega de los bienes sociales.

Por encontrar esta doctrina que lo violado con el peculado no es una confianza privada, sino por el contrario, una confianza necesaria y pública, lo clasifica dentro de los delitos contra la fe pública.

DELITO CONTRA LA PROPIEDAD QUE ADMITE LA CONCURREN-- CIA DE OTRO INTERES JURIDICO PREVALECIENTE.- Dado su origen y - el proceso histórico del peculado, se ha encontrado que este delito tutela un doble interés: por un lado protege los intereses patrimoniales del fisco, valga decir la propiedad común, y por otro, el deber de probidad de los funcionarios públicos; siendo

a juicio de esta doctrina, el deber de probidad que la función pública exige, lo que constituye la entidad común del interés - protegido por el peculado.

En la calidad del servidor público se encuentra una nueva objetividad jurídica, en virtud de que el peculado no sólo viola el derecho de propiedad sino también la fe pública, -- aquella confianza que en su génesis es necesaria para las condiciones de la sociedad civil y que al ser impuesta en su desen-- volvimiento a toda nación, tiene por correlativo el derecho de toda la nación a su exacto mantenimiento.

El peculado como figura criminosa enteramente espe-- cial y distinta, se encuentra constituido por la fe quebrantada y utilizada como medio para el delito, pero también por la sustracción de la pecunia pública; más la ofensa de ese derecho social prevalece sobre la consideración de la cosa, por signifi-- car una álea de mayor peligro para la propiedad común.

El peculado tutela la fidelidad del encargado de un servicio público, como bien superior, como especial razón de -- ser de la tutela penal y como causa que califica la gravedad -- del delito y la severidad de la sanción.

DELITO CONTRA LA PAZ PUBLICA(DELITO DE FUNCION).- La doctrina francesa declara que el peculado es, en principio, un - delito de función, en atención a las exigencias legales que re-- quieren de determinada calidad en el sujeto activo, o mejor dicho, de especiales facultades respecto de bienes, en razón de su cargo. Pero lo ubica, ante todo, como un delito contra la paz pública, porque con su comisión el encargado público engaña al gobierno y al público.

DELITO (IMPROPIO) EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS.- La doctrina alemana, conforme a sus previsiones legislati-

vas, trata al peculado como una apropiación indebida cometida - en ejercicio de funciones públicas, clasificándolo en los delitos "impropios" de esa categoría. Es decir, lo coloca en aquellos delitos cometidos en ejercicio de funciones públicas, cuya comisión puede cumplirse por el autor designado en la figura o por otros autores, castigándolo más severamente cuando lo comete el titular del cargo.

La agravación de la pena deviene de la mayor obligación del autor (resultante de la relación de servicio y fidelidad que hace al derecho público) y por el abuso del cargo como medio de comisión del delito. Abuso que la doctrina hace consistir en la degradación del poder del Estado, convirtiéndolo en - instrumento del delito.

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

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA.- Esta doctrina clasifica al peculado como un delito que altera el ordenado y regular desenvolvimiento de la actividad de interés colectivo, que la administración pública desarrolla. Y basa el bien jurídico del peculado en la protección del regular y ordenado desenvolvimiento de la administración pública, que compromete intereses fundamentales. (52)

Vicenzo Manzini, seguidor de esta doctrina, señala - que el objeto específico de la tutela penal del peculado, es el interés público concerniente al funcionamiento normal de la ad-

---

(52) Cfr. Daniel P. Carrera, ob. cit., pp. 47-51

ministración pública en sentido lato, en cuanto atañe particularmente a la seguridad patrimonial de los bienes pertenecientes a dicha administración pública, encomendados por razón de oficio o servicio a oficiales públicos o a encargados de servicio público. Por lo demás, el interés protegido no tiene carácter meramente patrimonial. (53)

El Código Penal vigente en el Distrito Federal y en toda la república en materia Federal, acepta al peculado como un delito contra los deberes de la función pública, que se aprecia claramente en el Título Décimo del Libro Segundo, relativo a los "delitos cometidos por servidores públicos" (ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito); indicativo de que la represión del peculado se orienta a tutelar el debido cumplimiento de deberes que la función pública genera para quienes la ejercen.

En nuestra doctrina, tampoco hay uniformidad en cuanto a la naturaleza jurídica del peculado, ni identidad con la postura legislativa. Situación motivada tanto por el proceso histórico de la figura como por la evolución de sus conceptos concurrentes, acudiéndose por ello, frecuentemente, a una u otra de las posiciones que en torno a su naturaleza jurídica se han expuesto, excepto la que lo considera como delito contra la paz pública, por tratarse de una clasificación vaga que comprende delincuencias sin vínculo común.

Así, Francisco González de la Vega, al referirse a la naturaleza jurídica del peculado, afirma al igual que Rafael Márquez Piñero, que es infracción de la misma naturaleza que el

---

(53) Cfr. Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, t. 8, vol. III, p. 135.

abuso de confianza, tipificada especialmente: a) por su carácter público; b) para reprimirla con mayor severidad; y c) para demarcar su persecución de oficio (54). Tesis que también defiende René González de la Vega al expresar que "de la lectura del texto legal, puede concluirse que se trata de un abuso de confianza de sujeto cualificado". (55)

Sin embargo, como exponer Luis Fernández Doblado, si bien ambos delitos se identifican por "el requisito común de la previa posesión de la cosa, tal posesión no reconoce igual origen, ya que mientras en el abuso de confianza puede provenir de cualquier título privado que la transmita, en el peculado obedece siempre a la razón del cargo. Tampoco los objetos material y jurídicos son iguales, pues el peculado puede recaer tanto sobre bienes muebles como inmuebles. La acción presenta también asequibles divergencias en cuanto al verbo "distraer" del peculado". (56)

Antonio de P. Moreno, por su parte, se adhiere a la doctrina que considera al peculado como un delito contra la propiedad, en que prevalece otro interés jurídico, sosteniendo al respecto: "La ley tutela de manera especial con severa pena que ordena se imponga, la fe pública, la fidelidad de los encargados de los servicios públicos, centralizado o descentralizado, la confianza en ellos depositada por razón del cargo que desempeñan; y de la que abusan, cuando violan la finalidad jurídica de la tenencia, con el acto consumativo de la acción: la distracción de la cosa recibida por el encargado de dicho servicio, en razón del cargo que se le asigna, al darle un destino distinto del que fue la finalidad de la entrega de la cosa, en

(54) Cfr. Francisco González de la Vega, ob. cit., p. 301; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, t. VII, p. 73.
(55) René González de la Vega, Comentarios al Código Penal, p. 330.
(56) Luis Fernández Doblado, El Delito de Peculado, CRIMINALIA, p. 237.

confianza. Se causa el daño patrimonial, con la distracción de la cosa de su objeto. Y debe procurarse el resarcimiento del -- daño, consecuencia del ya consumado delito de peculado; por lo que, de consumo, se protege el patrimonio del Estado, a pesar - de que el bien jurídico preferentemente tutelado es la honestidad y fidelidad de quien guarda una posición especial, en relación con el sujeto pasivo del delito" (57). En el mismo sentido, Mariano Jiménez Huerta reflexiona: en el peculado, la cualidad personal del sujeto activo engendra una modalidad típica sui generis, pues sin su concurrencia sería delito de abuso de con- - fianza. Más aunque es evidente que la distracción de bienes realizada por el servidor público que los tiene a su cargo, es una conducta que lesiona también un bien patrimonial, es voluntad - de la ley asignar a la misma una objetividad jurídica diversa, habida cuenta de que se considera como valor jurídico preponderante el deber de fidelidad que vincula al sujeto activo con el Estado u organismo descentralizado en que desempeña sus funciones. El bien jurídico protegido es el interés que tiene la administración pública en que los bienes que constituyen su patrimonio y cuyo manejo tienen a su cargo sus servidores, no se los - apropien éstos con fines personales. (58)

El Dr. Raúl Carrancá y Rivas se pronuncia en favor - de la doctrina que acepta al peculado como un delito contra los deberes de la función pública, manifestando que "el objeto jurídico del peculado no es precisamente la defensa de los bienes - patrimoniales de la administración pública, sino el interés del Estado por la probidad y fidelidad del funcionario público en - la tarea que se le ha encomendado". (59)

---

(57) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano, pp. 543-544.
(58) Cfr. Mariano Jiménez Huerta, Suplemento al Tomo V de Derecho Penal Mexicano, p. 50.
(59) Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, ob. cit., p. 495.

En lo personal y por cuanto el peculado atiende al - regular funcionamiento de la gestión pública como principal razón de ser de su tutela, y específicamente al interés del Estado en la conservación y destino de los bienes que le pertenecen, - considero a esta delincuencia ministerial como un delito contra la pública propiedad, en que prevalece, sin duda alguna, la protección al deber de probidad y fidelidad de los servidores pú-- blicos.

UBICACION DEL PECULADO EN EL CODIGO PENAL FEDERAL Y BIEN JURIDICO QUE TUTELA.

La ubicación del peculado dentro de la sistemática - del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero - común y para toda la República en materia de fuero federal, va aparejada al interés jurídico tutelado por el Estado, al sancionar este delito.

Según el Dr. Raúl Carrancá y Trujillo, "por lo que hace a la clasificación de los delitos catalogados en el Libro Segundo del Código Penal cabe apuntar, en atención al sujeto -- pasivo y al objeto jurídico o bien jurídicamente protegido, la siguiente:

a) Delitos contra el individuo (contra su vida e integridad corporal, contra su honor, contra su reputación, con-- tra su libertad, contra su estado civil, contra su seguridad y contra su patrimonio).

b) Delitos contra la familia (en las relaciones ma-- trimoniales mismas o en la relación paterno-filial).

c) Delitos contra la sociedad (contra la salud públi ca, contra la moral o las buenas costumbres, contra la fe públi

ca, por funcionarios en ejercicio de su función, contra las comunicaciones, contra la economía nacional, responsabilidad penal de profesionistas).

d) Delitos contra la Nación o el Estado (contra la seguridad exterior de la Nación, contra el orden público, contra las autoridades, ultrajes a las insignias nacionales).

e) Delitos contra la seguridad internacional (piratería, violación de inmunidad y neutralidad, violación de derechos de prisioneros, heridos, rehenes y hospitalizados)".(60)

En principio y de acuerdo con la clasificación genérica de los delitos antes citada, dentro de nuestro Código Penal se ubica al peculado como delito contra la sociedad, por ser ésta la directamente afectada con su comisión.

Fernando Castellanos al referirse a la clasificación legal de los delitos, dice:"El Código Penal de 1931, en el Libro Segundo, reparte los delitos en veintitrés títulos, a saber: Delitos contra la seguridad de la Nación; Delitos contra el derecho internacional; Delitos contra la humanidad; Delitos contra la seguridad pública; Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia; Delitos contra la autoridad; Delitos contra la salud; Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres; Revelación de secretos; Delitos cometidos por servidores públicos; Delitos cometidos contra la adminsitración de justicia; Responsabilidad profesional; Falsedad; Delitos contra la economía política; Delitos sexuales; Delitos contra el estado civil y bigamia; Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones; Delitos contra la paz y seguridad de las personas; Delitos contra la vida y la integridad corporal; Delitos contra el

---

(60) Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, pp. ---- 228-229.

honor; Privación de la libertad y de otras garantías; Delitos - en contra de las personas en su patrimonio; y Encubrimiento.

El legislador de 1931 pretendió, en términos generales, hacer la división de delitos teniendo en cuenta el bien o interés protegido". (61)

De una manera específica, el Título Décimo del Libro Segundo del Código Penal, ubica al peculado entre los "delitos cometidos por servidores públicos", denominación -repetitivamente utilizada como rubro en el Capítulo I del Título Decimoprimero- que apartándose del criterio científico de clasificación de los delitos en orden al bien o interés jurídico protegido, atiende al sujeto activo de las infracciones. Lo cual no quiere decir que en éllos no existe un bien jurídico tutelado operante - como objeto del delito, que es el valor ideal de la "cosa pública" (según la fórmula francesa), la "pública administración" -- (según la italiana) o simplemente el "deber profesional" (en la del Código Suizo), sino que la alusión al sujeto activo tiende a caracterizar a los "delitos cometidos por servidores públicos", como profesionales y "de propia mano", en el sentido de ser la - cualidad del sujeto activo, o al menos la del sujeto principal, condición fundamental del tipo (62). Esto último tampoco significa que en dichos delitos no se incluyan hipótesis de participación de extraños no servidores públicos, pues es posible la participación del ajeno, es más, en el peculado, el particular con manejo de recursos públicos es colocado bajo la cualidad de servidor público. (63)

---

(61) Fernando Castellanos, ob. cit., p. 146
(62) Cfr. Antonio Quintano Ripollés, ob. cit., p. 161
(63) Garraud distingue entre delitos de función puros y mixtos: en los puros, la responsabilidad criminal no se transmite del funcionario al extraño, en estas condiciones, únicamente puede ser sujeto activo de concusión el servidor público; en los mixtos, como el cohecho, es posible y hasta normal la participación del ajeno a la cualidad personal. Cfr. Idem.

Como se dijo con anterioridad, el contenido del Título Décimo, Libro Segundo del Código Penal, correspondiente a -- "delitos cometidos por servidores públicos", comprende como tales a los siguientes: ejercicio indebido de servicio público; abuso de autoridad; coalición de servidores públicos; uso indebido de atribuciones y facultades; concusión; intimidación; ejercicio abusivo de funciones; tráfico de influencia; cohecho; peculado; y enriquecimiento ilícito; reconociendo tácitamente al peculado como un delito contra los deberes del servicio público y orientando su represión en la protección del normal y regular desarrollo de las funciones que ejercen los servidores públicos.

La materia en torno a la cual se han delineado todos los tipos delictivos comprendidos bajo el rubro "delitos cometidos por servidores públicos", está constituída fundamentalmente por la idea de que el servidor público debe desempeñar su encargo con honradez, lealtad, imparcialidad, legalidad y eficacia, sobre todo por lo que respecta al manejo de bienes públicos y aplicación de los recursos federales. Todos esos tipos versan sobre la idea del uso indebido del cargo o función pública que se desempeña y sobre el uso indebido de los recursos económicos de la federación.

En esas condiciones, en el recto y debido desempeño del servicio público que la sociedad reclama de sus titulares, se finca la ubicación legal del peculado. Pues como Antonio de P. Moreno señala, "el peculado tutela la fidelidad del encargado de un servicio público, como bien superior, como especial razón de ser de la tutela penal y como causa que califica la gravedad del delito y la severidad de la sanción". (64)

---

(64) Antonio de P. Moreno, ob. cit., p. 545

Sin embargo, la ubicación legal del peculado como "delito cometido por servidores públicos" en el ejercicio de sus cargos, por su esencia, no se agota totalmente bajo ese apígrafe, en virtud de que el objeto del peculado se encuentra dualmente constituído: en principio, por el interés jurídico objeto de la acción incriminable, que es el deber de probidad de los servidores públicos y, en segundo lugar, por el objeto material, los bienes o valores públicos sobre los cuales recae el delito.

En suma, si bien es cierto que conforme a la sistemática y metodología del Código Penal, al peculado se le ubica genéricamente como delito contra la sociedad, y específicamente dentro de los "delitos cometidos por servidores públicos"; también resulta cierto que la ubicación específica no sólo encuentra su base en el interés del Estado en el fiel y leal cumplimiento de las funciones por parte de sus representantes -los servidores públicos-, sino también en la protección de los bienes o valores públicos en cuanto a destino y aplicación se refiere, que aunque va implícita en la tutela de la función pública, tratándose del peculado adquiere especial importancia.

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

Rafael Márquez Piñero manifiesta que algunos tipos penales como el peculado, suponen la garantía o protección de varios bienes jurídicos. Y "sin pretensiones de exhaustividad" enumera como bienes tutelados en el peculado (tal como ha quedado redactado con la última reforma): a) la honestidad en el de-

sempeño de la función pública; b) los fondos públicos, entendiendo la expresión en amplio sentido (dinero, valores, fincas o -- cualquier otra cosa perteneciente al Estado o a un organismo -- descentralizado); c) los bienes particulares en el concreto supuesto de la fracción I del artículo 223 del Código Penal; d) - el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes en lo relativo a la parte de la fracción II que remite al uso indebido de atribuciones y facultades del artículo 217 del Código Penal; e) la rectitud moral en la promoción político- social (última parte de la fracción II); y f) la buena fama y la dignidad de las personas. (65)

d).- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE PECULADO: SU ANALISIS.

Para inciiar el estudio dogmático del peculado, es - necesario hacer referencia a sus elementos constitutivos o circunstancias constituttivas antecedentes" que deben preexistir o ser concomitantes al hecho material para que éste pueda configurarse como hecho delictuoso" (66). Don Francisco Carrara sostiene que los criterios esenciales del peculado en su verdadero y propio sentido, se deben buscar: 1o. en la persona; 2o. en la - cosa; y 3o. en las condiciones de la entrega. (67)

Francisco González de la Vega señala como constitutivas del peculado: a) la cualidad del agente; b) la distracción de bienes o valores públicos, o de particulares; y c) la recepción de los bienes o valores, por parte del agente, a título --

(65) Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario - Jurídico Mexicano, t. VII, pp. 73-74.
(66) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 258.
(67_ Citado por Antonio de P. Moreno, ob. cit., p. 543.

precario (68). René González de la Vega, por su parte, considera como tales: a) sujeto activo cualificado; b) para usos propios o ajenos; c) distracción de bienes o valores públicos, descentralizados o de particulares; y d) tenencia precaria de los bienes. (69)

A continuación y siguiendo el orden los criterio enunciados, analizaré como elementos constitutivos del peculado: 1o. el sujeto activo; 2o. la cosa; y 3o. el presupuesto lógico material.

1o. EL SUJETO ACTIVO: SERVIDOR PUBLICO (en esencia) O UN PARTICULAR.- Francisco Pavón Vasconcelos dice que "sólo el hombre es sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra provisto de cpacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor)". (70)

En el artículo 223 del Código Penal, se prevén por la diversidad del peculado sujetos activos diferentes y a saber son:

a) Sujeto activo cualificado.- las fracciones I y II requieren en el sujeto activo la concurrencia de una determinada cualidad o relación personal: ser servidor público. Sólo la per-

(68) Cfr. Francisco González de la Vega, ob. cit., p. 304.
(69) Cfr. René González de la Vega, ob., cit., p. 331.
(70) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, p. 157.

sona que ejerce funciones de servicio público, puede ser propiamente sujeto activo de los tipos descritos en esas fracciones.

En cuanto a la posicioón o calidad especial que debe reunir el agente de peculado, en el momento en que lleva a cabo la conducta delictuosa (y también en el de la recepción de bienes), repara en el real ejercicio del servicio público, sin -- atender jerarquías y así, utiliza el concepto genérico de "servidor público" nuestro Código Penal.

Como servidor público debe entenderse: tanto por definición gramatical, como para los efectos del artículo 223 del Código Penal: "toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, - organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial - Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales" (71) como lo establece el artículo 212 -- del ordenamiento en cita.

b) Sujeto activo cualificado por equiparación legal.- El tipo de peculado previsto por la fracción IV, contempla como sujeto activo a cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal, esté obligada legalmente a la custo-- dia, administración o aplicación de recursos públicos federales.

Según la propia redacción de la fracción, pareciera ser, en principio, que el sujeto activo de ese tipo es indeterminado y que lo puede ser cualquier persona, sin embargo, el --

---

(71) Código Penal para el Distrito Federal, cuadragésima edición, p. 70.

hecho de que tenga obligación legal de custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, la equipara a servidor público en términos del artículo 212 del Código Penal, -- que establece que es servidor público toda persona que maneje - recursos económicos federales.

El sujeto activo indeterminado, en este caso, es -- equiparado por la ley a servidor público, a virtud de la rela-- ción que guarda con lo bienes.

c) Sujeto activo indeterminado.- La forma casuística de peculado contenida en la fracción III, en cambio, al no destacar ningún carácter especial en el sujeto activo, permite su comisión por cualquier persona.

2o. LA COSA: BIENES PUBLICOS.- El objeto material -- del peculado, en sentido lato, se encuentra constituído por bienes públicos, que comprenden:

a) Dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular (tratándose de la fracción I).- Lo cual significa que constituyen la objetividad material de ese tipo de peculado, tanto bienes muebles como inmuebles, fungibles o no fungibles, públicos o privados, éstos últimos confiados por los particulares a la administración pública y afectados al servicio público.

"La protección penal del peculado engloba nc sólo a los caudales o efectos públicos propios del Erario, sino a los comprometidos en servicios públicos descentralizados. Igualmente los bienes de los particulares confiados a dichos servicios y por razón de éllos" (72), que ante tal circunstancia se consideran públicos.

---

(72) Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 240.

Sostiene Luis Fernández Doblado que el concepto de - "pertenencia" no coincide exactamente con el de propiedad; "se trata, dice Maggiore, de una nación más amplia que comprende en sí misma la propiedad u otro derecho real, pero incluye también otras formas de disponibilidad que sobre una cosa tiene la administración pública, como consecuencia del destino de esa cosa - para el servicio o la consecución de los fines de dicha administración" (73). A raíz de la incorporación de los bienes privados a la pertenencia del servicio público, adquieren carácter - público.

"Examinando también el contenido de la "pertenencia" Levi, señala, viniendo a individualizar en qué consista el vínculo entre la cosa y la pública administración que valga para - calificarlo como de su pertenencia, creemos poder indicar: a) - la propiedad; b) un derecho real cualquiera; c) la destinación de la pública administración al propio servicio o a la actua- - ción de sus fines". (74)

b) Fondos públicos (en el caso de las fracciones II y III).- El concepto de fondos públicos es extenso y como conjunto de dinero y valores que existen en el erario, abarca las obligaciones activas a favor del Estado y las corporaciones públicas y los títulos o signos representativos de la deuda pública. (75)

Las franquicias o concesiones otorgadas por el servidor público son equiparadas a los fondos públicos, en cuanto -- producen beneficios y crean un detrimento al erario.

c) Recursos públicos federales (en la fracción IV).- De manera general, se consideran recursos tanto los bienes como

(73) Ibídem, p. 241.
(74) Idem.
(75) Cfr. Juan Palomar de Miguel, ob. cit., p. 606.

los medios de subsistencia. Recursos públicos federales son los elementos naturales, humanos y económicos, propiedad del Estado Federal o de la Nación, de que puede echar mano la federación misma para acudir a una necesidad o llevar a cabo una empresa de naturaleza colectiva. (76)

3o. EL PRESUPUESTO LOGICO MATERIAL: LA TENENCIA PRECARIA DE LOS BIENES BASADA EN LA RELACION FUNCIONAL O EN LA OBLIGACION LEGAL.- En forma relativamente reciente ha entrado al campo jurídico penal la teoría de los presupuestos, que según parece, ha sido extraída de la elaborada en el Derecho Civil; distinguiéndose entre presupuestos del delito y presupuestos de la conducta o del hecho, siendo éstos últimos los que, por el momento, interesan en el peculado.

Reciben el nombre de presupuesto a las circunstancias constitutivas antecedentes.

Presupuestos del hecho, observa Manzini, son aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito. Porte petit, con igual razonamiento, considera como presupuestos de la conducta o del hecho, aquellos antecedentes jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho típicos.

Los presupuestos de la conducta o del hecho se dividen en:

1) Presupuestos jurídicos.- Son las normas de derecho y otros actos jurídicos, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para que el delito exista. Y

---

(76) Ibídem, p. 607.

2) Presupuestos materiales.- Son las condiciones reales preexistentes, en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho. (77)

Los tipos previstos por las fracciones I, II y IV del artículo 223 del Código Penal, condicionan el peculado a la existencia de una relación especial entre el autor y el objeto material: la tenencia o posesión precaria de los bienes en razón -- del cargo o por obligación legal, que constituye el presupuesto lógico material de este delito.

El agente de los tipos referidos tiene sobre las cosas una posesión, pero esta es precaria, es decir, no posee - - "cum animus rem sibi habendi" (con ánimo de hacerlas propias).

Para los efectos del peculado, puede acogerse la noción dada por Maggiore de "posesión" en sentido penal, como la posibilidad que la adminstración pública tiene para disponer de una cosa, utilizándola para usos propios, por medio del servi-- dor público que de ella depende.

En esas condiciones, la posesión que se da al servidor público sobre la cosa, no se refiere unicamente a su tenencia material o a su simple retención, sino que abarca inclusive la disposición de la cosa, ya que dentro de la administración - de la misma, esto es, dentro de los actos de administración - - -entendidos como todos aquellos que sin variar la función económica de la cosa, están dirigidos a procurar a su propietario su legítimo goce-, pueden encontrarse actos que son de disposición respecto a objetos singulares, pero de administración respecto a la unidad económica compleja. (78)

---

(77) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., pp. 258-261.
(78) Cfr. Luis Fernández Doblado, art. cit., pp. 241-242.

a) La fracción I por cuanto dispone". . . si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa", indica que el agente debe haber recibido por razón de su cargo, a título precario o sea, en posesión derivada, los bienes o valores que ha distraído, ya que el factum delictual supone la tenencia provisional con obligación restitutoria o de rendir cuentas o darles un fin determinado. (79)

Cuando el tipo emplea la expresión "si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa", para indicar el presupuesto material de la conducta, se está refiriendo indudablemente a la posesión derivada que se ejerce sobre la cosa, y no a la mera detentación material de la misma que no llegue a constituir tal posesión. Es decir, el servidor público es, a nombre de la administración pública, poseedor precario, cuando recibe del dueño (Estado, organismo descentralizado o un particular) el bien (dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa), con derecho de retenerlo temporalmelte en su poder en calidad de administrador, depositario o de cualquier otro título, pero no puede ejercer sobre él mingún acto de dominio. En tal virtud, la tenencia de los bienes constituye un presupuesto referido a la conducta del agente, de naturaleza material.

En palabras de Sebastián Soler (80), el presupuesto de la tenencia no es sino "la preexistencia de un poder no usurpado sobre la cosa: de un poder legítimamente adquirido, es decir, de un poder de hecho sobre la cosa concedido voluntariamente por quien podía concederlo".

---

(79) Cfr. Francisco González de la Vega, ob. cit., p. 301
(80) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos, Comentarios de Derecho Penal, p. 105.

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

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

Los bienes tutelados por el peculado son aquellos que funcionalmente han sido confiados a la custodia del agente, de suerte que este delito revela la infracción de aquél al deber de fidelidad contraído con la administración pública y un perjuicio al interés de dicha administración en la normal prosecución de los servicios públicos.

Por otra parte, la "razón del cargo" puede tener como fuente: la ley; un acto administrativo; un contrato; o bien, la costumbre referida a una práctica administrativa o a un uso no prohibido expresamente por la ley. (81)

En resumen, en el tipo de peculado previsto por la fracción I del artículo 223 del Código Penal, la posesión precaria del objeto material constituye un presupuesto de la conduc-

---

(81) Cfr. Luis Fernández Doblado, art. cit., pp. 241-242.

ta en que consiste, significando ello que el peculado presupone la tenencia de los bienes por parte del servidor público, precisamente en razón de su cargo y por cualquiera de los siguientes títulos:

ADMINISTRACION.- El concepto de administración representa algo más que tener la custodia o la percepción de los bienes, su significado idiomático le atribuye acción de gobierno o de regir bienes.

Rafael de Pina define a la administración como el conjunto de actos mediante los cuales los órganos del Poder Ejecutivo atienden la realización de los servicios públicos, y también como la actividad dedicada al cuidado y conservación de un conjunto de bienes de cualquier naturaleza -pública o privada-, con objeto de mantenerlos en estado satisfactorio para el cumplimiento de su destino (82). Sobre este último aspecto es conveniente recordar que los actos de administración tienen por finalidad mantener íntegro o aumentar el patrimonio por medio de la explotación de los bienes que lo componen.

Por tanto, se puede afirmar que para efectos del peculado, "administración" es la facultad de disposición de bienes que la administración pública tiene para la realización de sus fines y que ejerce por medio de sus legítimos representantes: los servidores públicos. (83)

DEPOSITO.- "Contrato por el cual el depositario se obliga a recibir una cosa, mueble o inmueble, que se le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante" (84). En el caso concreto, depósito es la recepción de un bien,

---

(82) Cfr. Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, Diccionario de Derecho, p. 58
(83) Cfr. Daniel P. Carrera, ob. cit., p. 109.
(84) Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p. 214.

que por obligación se confía a un servidor público para su guarda y restitución futura.

Desde un punto de vista general, la doctrina ha distinguido entre depósito extrajudicial y depósito judicial.

1) Depósito extrajudicial.- Que comprende el depósito civil, el mercantil y el administrativo.

El depósito civil es definido por el artículo 2516 - del Código Civil para el Distrito Federal, como "un contrato -- por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a - - guardarla para restituirla cuando la pida el depositante". (85)

"Se estima mercantil el depósito si las cosas depositadas son objeto de comercio, o si se hace a consecuencia de -- una operación mercantil" (86), según expresa el artículo 332 -- del Código de Comercio. En materia mercantil se distingue el depósito regular del depósito irregular, existiendo el primero -- cuando la cosa se deposita para su simple guarda y custodia, en tanto el depósito es irregular cuando el depositante transfiere la propiedad de lo depositado. En el depósito mercantil irregular el depositario se obliga a restituir una suma igual en la - forma o en los términos que corresponde al tipo especial del depósito.

Depósito administrativo es aquel que surge con motivo de alguna concesión, permiso o autorización, y transmite la posesión de la cosa, con obligación del depositario de restituirla cuando lo requiera el depositante.

---

(85) Código Civil para el Distrito Federal, quincuagésimosegunda edición, p. 434.
(86) Código de Comercio, cuadragésimotercera edición, p. 38.

2) Depósito judicial o secuestro.- El secuestro constituye un auténtico depósito de cosa u objeto de litigio en poder de persona distinta de los contendientes, hasta que se decida a quien debe entregarse (artículo 2539 del Código Civil). La ley civil distingue el secuestro convencional del secuestro judicial, dándose el primero cuando los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero que se obliga a entregarla, concluído el pleito, al que conforme a la sentencia tenga derecho a ella (artículo 2541 del Código Civil); en tanto el secuestro es judicial cuando el depósito se constituye a virtud de decreto del juez, rigiéndose este último por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y, en su defecto, por las mismas del secuestro convencional (artículos 2544 y 2545 del Código Civil). (87)

El depositario judicial sólo está obligado a devolver la cosa a la persona que la propia autoridad judicial le señale, en los términos en que la misma lo precise.

"O POR OTRA CAUSA".- Esta expresión quita taxatividad a los títulos por los cuales el sujeto activo puede poseer la cosa. La posesión precaria de cosas ajenas, en cuanto son propiedad del ente público o de un particular, puede derivar de cualquier circunstancia, pero en el peculado siempre debe tener explicación en la "razón del cargo". (88)

Este es el sistema de tenencia utilizado por el legislador en el tipo de peculado descrito por la fracción I del artículo 223 del Código Penal, que a pesar de ser enumerativo no es de ningún modo limitativo, pues incluye cualquier título de posesión precaria por parte del servidor público, en razón de su cargo.

---

(87) Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, ed. cit., pp. 437-438.
(88) Cfr. Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 241

b) La fracción II establece: "El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos . . . con el objeto de -- promover la imagen política o social de su persona, la de su su perior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a - - cualquier persona". Este tipo de peculado, según su propia re-- dacción, aparentemente no exige para su configuración el presupuesto consistente en la posesión precaria del objeto material. Sin embargo, dada su naturaleza, también requiere como antece-- dente de la conducta la tenencia de los fondos públicos por parte del sujeto activo y precisamente en razón del cargo, pues si el servidor público no los poseyera de manera derivada, cometería robo o tal vez fraude, o eventualmente abuso de autoridad - en términos de la fracción VIII del artículo 215 del Código Penal, pero no peculado.

Para mayor apreciación de este planteamiento es necesario citar el artículo antes mencionado, en su fracción conducente:

Art. 215.- "Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las infracciones siguientes:

VIII. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente". (89)

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

(89) Código Penal para el Distrito Federal, cuadragésima edición, pp. 71-72.

de disposiciones de orden interno de la administración pública.

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

CUSTODIA.- La palabra custodia proviene del latín -- custos que significa guarda o guardián, que a su vez deriva del curtos, forma del verbo curare que quiere decir cuidar. Literalmente significaba bajo el cuidado y vigilancia, siendo su sentido precisamente el de la guarda de una cosa ajena con toda diligencia y cuidado. (90)

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

Sebastián Soler ha dicho que esta facultad de guarda y conservación de los recursos públicos federales desarrollada por los sujetos legalmente competentes, no surge por la sola -- circunstancia de encontrarse los recursos al alcance de una persona, existe "cuando, por la naturaleza de la relación, la forma de trabajo, las condiciones de la cosa y el carácter de la - función, el sujeto no sólo maneja la cosa, sino que lo hace con un grado de autonomía expresamente concedido". (91)

---

(90) Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, t. II, p. 383; Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p. 196.

(91) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos, Comentarios de Derecho Penal, pp. 104-105.

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

APLICACION.- Aplicar proviene del latín applicare, - cuyo significado es atribuir, juntar, arrimar. Es un término - que tiene múltiples acepciones, interesando para el desarrollo del tena, las siguientes: emplear una cosa para la mejor consecución de un fin, conforme a los principios o procedimientos -- adecuados; apropiar o destinar; adjudicar bienes o efectos; adjudicar la posesión de alguna cosa; poner cuidado, esmero y diligencia en ejecutar algo.(92)

Por un lado, la aplicación de recursos públicos federales a que se refiere la fracción IV, es el empleo diligente - de los mismos a los fines señalados por la administración pública.

Por otra parte, en virtud de que la persona no servidor público federal, obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, comete peculado cuando les dá una aplicación distinta a la que se les -- destinó, y por cuanto el peculado consiste en la apropiación de bienes públicos, por aplicación se entiende la adjudicación de tales recursos o de sus efectos al patrimonio del propio obligado legal o al de un tercero. En este sentido, aplicar indebidamente es distraer, ya que no se dá a los referidos recursos el destino que les fijo la administración pública.

En esas condiciones, todos los elementos constitutivos a que me he venido refiriendo deben preexistir al hecho material (distracción) para que éste pueda configurarse como deli

(92) Cfr. Juan Palomar de Miguel, ob. cit., p. 110; Julio Cásares, ob. cit., p. 61.

to de peculado.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

C A P I T U L O III

LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

a).- EL ELEMENTO OBJETIVO EN EL DELITO DE PECULADO.

En este capítulo se analizará escencialmente la conducta humana, pues es a ésta, a la que se refiere nuestra legislación penal, pues se considera que el delito es, ante todo, una conducta humana y para expresar este elemento inicial del delito se han usado diversos vocablos o denominaciones: acto, acción, hecho.

En el caso que nos ocupa, Don Raúl Carrancá y Trujillo atinadamente la interpreta de la siguiente manera: "Lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana. La conducta es, así, el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado". (93)

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

---

(93) Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, p. 261.

De igual manera, Fernando Castellanos Tena utiliza - el término conducta pues dentro de él se incluye correctamente tanto el hacer positivo como el negativo, adheriéndose a la posición del Radbruch, para quien no es posible asumir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías; dentro del concepto conducta, en cambio, pueden comprenderse la acción (el hacer positivo) y la omisión (el hacer negativo), es decir, el actuar y el abstenerse de obrar.

Celestino Porte Petit se inclina al tomar los términos conducta y hecho para denominar al elemento objetivo del delito y sostiene que no es la conducta únicamente, como muchos - expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo; dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. (94)

En las condiciones apuntadas anteriormente, cuando - el tipo legal describe simplemente una acción -como el artículo 223 del Código Penal- o una omisión, el elemento objetivo del - delito es la conducta y, cuando la ley requiere además de la acción o de la omisión la producción de un resultado material, -- unido por un nexo causal, lo es el hecho. Dicho de otra forma, si el delito es de mera actividad -como el peculado- o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho, cuando el delito es - de resultado material, según la hipótesis típica.

La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad, carentes en el tipo de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando se--

---

(94) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 287.

gún la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo - exterior, es decir, un determinado resultado material.

En este sentido, convencionalmente se habla de con-- ducta cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, y de hecho cuando requiere una conducta, un resultado y su necesario - nexo causal. Desde luego, únicamente existe nexo causal en los ilícitos de resultaco material, puesto que los de simple actividad o inactividad comportan sólo resultado jurídico. (95)

Lo anterior demuestra que no se puede adoptar uno solo de dichos términos para hacer referencia al elemento objetivo o material del delito, pues si se aceptara el de conducta, - sería reducido e inapropiado para los casos en que hubiera un - resultado material, y si se admitiera el de hecho, resultaría - excesivo porque comprendería además de la conducta, el resultado excesivo, ésto es, el resultado material consecuencia de - - aquélla. (96)

En esas condiciones, ya se trate de la conducta o ya del hecho, según la hipótesis típica, ambos guardan primario lugar dentro de la teoría del delito y constituyen el elemento material de éste. Advirtiendo que en el presente trabajo, por - - cuanto el núcleo del tipo de peculado se encuentra configurado por la conducta, sólo esta será expuesta.

LA CONDUCTA.- acto o acción lato sensu-, definida por Fernando Castellanos como "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito" (97), y por ---

(95) Cfr. Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 148.
(96) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., pp. 293- - 294.
(97) Fernando Castellanos, ob. cit., p. 149

Porte Petit como "un hacer voluntario o un no hacer voluntario o no voluntario (culpa)"(98); como acción humana es un acontecimiento "finalista" y no solamente "causa", pues la conducta, en Derecho Penal, no puede entenderse sino como conducta culpable en que la manifestación de la voluntad abarca: querer la conducta y el resultado que ocasione.

Como se ha dejado anotado, la conducta puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos, es decir, por actos o por abstenciones, comprende tanto a la acción como a la omisión.

La conducta puede asumir dos formas diversas: una positiva (consistente en un hacer) o una negativa (consistente en un no hacer). En el primer caso se presenta la acción en sentido estricto o acción positiva; en el segundo, la omisión o acción negativa, comprensiva también de la comisión por omisión (que constituye propiamente un hecho).

a) LA ACCION.- "El acto o la acción, stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Según Cuello Calón la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca. Para Eugenio Florián, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera o imperceptible".(99)

---

(98) Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 295
(99) Fernando Castellanos, ob. cit., p. 152

Porte Petit dice que la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico (como en el caso del peculado). Y en virtud de que en los delitos de acción se hace lo prohibido, infringiéndose una ley prohibitiva, la acción dá lugar a un "tipo de prohibición".

Por otra parte,por integrarse la acción mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), señala como sus elementos: a) la voluntad o el querer; b) la actividad; y c) el deber jurídico de abstenerse. (100)

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

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

Según Eusebio Gómez, son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio".(101)

La omisión presenta dos clases: la omisión simple o propia y la comisión por omisión y omisión impropia.

---

(100) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., pp. 300-302.
(101) Fernando Castellanos, ob. cit., pp. 152-153.

La omisión simple o propia consiste en el no hacer, voluntario o incoluntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un "tipo de mandamiento" o "imposición". La omisión propia se conforma por una inactividad que ocasiona la violación de un deber jurídico de obrar, así, en los delitos de omisión se deja de hacer lo -- mandado expresamente, infringiéndose una ley dispositiva, lo -- que produce un mero resultado típico o jurídico. Los elementos de la omisión propia son: a) la voluntad o no voluntad (culpa); b) la inactividad o no hacer: c) el deber jurídico de obrar; y d) el resultado típico o jurídico. (102)

La comisión por omisión u omisión impropia tiene lugar cuando se produce un resultado típico y material, originado por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa) que viola -- una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una - norma prohibitiva. E igualmente se integra por una inactividad, violándose dos deberes jurídicos: uno de obrar y otro de abstenerse. En los delitos de comisión por omisión se infringen dos normas: una preceptiva o dispositiva (que impone el deber de -- obrar) y otra prohibitiva (que sanciona el resultado material penalmente tipificado); por ello se produce un resultado típico y material que demuestra que en esta clase de delitos el elemento objetivo es un hecho. Los elementos de la comisión por omisión son: a) una voluntad o no voluntad (culpa); b) una inactividad; c) un deber de obrar (acción esperada y exigida) y un deber de abstenerse; y d) un resultado típico y material. (103)

En los delitos de omisión propia el tipo se colma -- con la falta de la actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio, en los de comisión por omisión es necesario un resultado material, una mutación en

---

(102) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., pp. 305-307
(103) Cfr. Ibídem, pp. 311-312.

el mundo exterior, mediante no hacer lo que el Derecho ordena.

En otro sentido, en los delitos de omisión propia al - tipo se llena con la inactividad, en los de comisión por omisión, en cambio, cuando emerge el resultado material. (104)

Tratándose del peculado, en virtud de que la descripción contenida en el artículo 223 del Código Penal no comprende un resultado material, la conducta constituye el elemento objetivo del delito, asumiendo únicamente la forma de acción positiva, el hacer, que puede manifestarse mediante cualquiera de los si- - quientes comportamientos:

1) DISTRAER DE SU OBJETO PARA USOS PROPIOS O AJENOS.- dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al - Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por - razón de su cargo el servidor público -sujeto activo del tipo -- contenido en la fracción I- los hubiera recibido en administración, en depósito o por otra causa.

"Por distraer para usos propios o ajenos se entiende que el agente, violando la finalidad jurídica de la tenencia, se adueñe de los bienes obrando como si fuera su propietario, sea - para apropiárselos o sea para disiparlos en su personal satisfacción o en beneficio de otra persona; la distracción es un elemento semejante a la disposición indebida, e implica un injusto cambio de destino del objeto" (105). "La figura típica se integra - lo mismo, si el sujeto activo delinque buscando el provecho propio que el de tercero ajeno. Este fin constituye el elemento - - esencial del dolo típico (elemento subjetivo del injusto)".(106)

---

(104) Cfr. Fernando Castellanos , ob. cit., pp. 153-154.
(105) Francisco González de la Vega, Código Penal Comentado, p.301
(106) René González de la Vega, Comentarios al Código Penal, p.331.

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

Distraer bienes públicos del objeto a que están destinados, implica realizar un movimiento corporal, desplegar una actividad para obtener el propósito deseado: separarlos de la - esfera patrimonial de la administración pública, para usos propios o ajenos. Este actuar positivo dirigido a la obtención del fin señalado, es lo que le da sustantividad propia al peculado.

En cuanto el servidor público se propone la perspectiva (distraer bienes públicos para usos propios o ajenos) se intenciona y su intención lo hace conducirse; de donde si su intención no es más que su voluntad orientada hacia un fin, es su propia voluntad la generadora de su conducta (107). La distracción de la cosa pública parte de la determinación voluntaria del agente.

2) UTILIZAR INDEBIDAMENTE FONDOS PUBLICOS U OTORGAR ALGUN ACTO DE USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES con el objeto de que el servidor público -sujeto activo del tipo descrito -- por la fracción II- promueva su imagen política o social, la de - su superior jerárquico o la de un tercero, o con el fin de denigrar a cualquier persona.

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

1a. Utilizar indebidamente fondos públicos.- Significa

(107) Cfr. Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, t. I, p. 106.

aprovecharse de éllos, disiparlos en beneficio propio o de tercero, en concreto, en las promociones o denigraciones mencionadas.

2a. Otorgar algún acto de uso indebido de atribuciones y facultades.- Es dar o dictar a favor de particulares, concesiones de explotación y de franquicias económicas de diversa índole que importan el aprovechamiento o uso irregular de bienes del dominio de la federación, el riesgo de los recursos económicos públicos o la merma del erario en la recaudación de impuestos, derechos y utilidades. (108)

La fracción I del artículo 217 del Código citado, enumera los actos de uso indebido de atribuciones y facultades en los términos siguientes:

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

I. El servidor público que indebidamente:

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

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

C) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los -

---

(108) Cfr. Alvaro Bunster, José Barragán, Héctor Fix Zamudio, Manuel González Oropeza, José de Jesús Orozco Henríquez, José Luis Soberanes Fernández; Las Responsabilidades de los Servidores Públicos, p. 20

ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la administración pública federal y del Distrito Federal.

D) Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos". (109)

Cualquiera de las conductas alternativas, realizada por un servidor público con fin de propaganda o denigratorio, es constitutiva de peculado. Al respecto nótese que tales conductas tampoco tienen previsto un objeto determinado, pues pueden estar encaminadas a: promover la imagen política o social del propio peculado; promover la imagen política o social de su superior jerárquico; promover la imagen política o social de un tercero; o denigrar a cualquier persona.

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

A diferencia de las conductas analizadas, ésta puede ser cometida por "cualquier persona", según lo dispone la fracción III, que igualmente admite actividades alternativas para su configuración, consistentes en:

---

(109) Código Penal para el Distrito Federal, cuadragésima edición, pp. 73-74.

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

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

El fin perseguido por el sujero activo con su actuar indebido, es también alternativo, en virtud de que tiende a la obtención de:

a) Fondos públicos; o

b) Los beneficios derivados de: concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación; permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico; franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la administración pública federal y del Distrito Federal; contratos de obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos.

En cuanto al contenido de la fracción III del artículo 223 del Código Penal, me permito hacer dos comentarios:

1o. En principio y según se observa, las conductas que describe térnicamente se identifican en cuanto a propósito, por las contempladas en la fracción II, resultando innecesaria su inclusión como otra modalidad de peculado, ya que como establece el párrafo segundo del artículo 212 del mismo Código: se

impondrán las mismas sanciones previstas para el "delito cometi do por servidor público" de que se trate, a cualquier persona - que participe en su perpetración. En tal virtud, si una persona lleva a cabo las promociones o denigraciones que el servidor pú blico, sujeto activo de la fracción II, se propuso, y recibe -- los fondos públicos que éste no debía utilizar para tal fin, o los beneficios del acto o de los actos de uso indebido de atri- buciones y facultades que otorgó a su favor, habrá participado en la perpetración del peculado señalado por la fracción II y - por ello, el tipo contenido en la fracción III no justifica su existencia, amén de que tiene señalada igual sanción a la previs ta para la fracción II.

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

4) DISTRAER DE SU OBJETO PARA USOS PROPIOS O AJENOS O APLICAR A UN DESTINO DISTINTO recursos públicos federales so- bre los que el sujeto activo, configurado por cualquier persona que sin revestir el carácter de servidor público federal, tenga obligación legal de custodia, administración o aplicación.

La fracción IV igualmente supone dos hipótesis alter nativas:

1a. Distraer de su objeto recursos públicos federales para usos propios o ajenos.- Significando con ello que el obli- gado legal se los adueñe. O

2a. Aplicar recursos públicos federales a un destino distinto al legal.- En este caso, se entiende que el obligado - legal incurre en peculado, cuando la aplicación que realiza es no solo diferente a la prevista, sino que implica quebrar los - límites del público orden administrativo y tiene el carácter de una aplicación privada; pues la aplicación distinta derivada de una incompetencia (referida a aptitudes) del sujeto activo no - es -a mi juicio- suficiente para integrar la conducta peculosa, ya que no existió en él la intención de realizarla ni orientó - su voluntad a la obtención de un lucro.

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

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

En su esencia jurídica el peculado consisten en la dis tracción o indebida utilización de recursos públicos.

En virtud de que las conductas descritas por el tipo en estudio se integran mediante un simple comportamiento exter- no, sin exigir como complemento una modificación en el mundo ex

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

En el peculado, la propia acción constituye el punto final del tipo, pues actividad y resultado coinciden y se sueldan íntimamente. Más como sostiene Max Ernest Mayer, "a pesar de la coincidencia temporal de la manifestación de la voluntad y el resultado en los delitos de simple actividad, la unidad temporal no debe engañarnos respecto a la dualidad lógica"(110); ya que con la expresión de "delitos de mera conducta", no quiere decirse que el comportamiento del agente no produzca ninguna mutación física en el mundo exterior, por el contrario, de la simple actividad pueden derivarse consecuencias fácticas causalmente desprendidas de aquélla. Un delito de simple acción también puede producir una serie de cambios en el mundo externo.(111)

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

---

(110) Citado por Mariano Jiménez Huerta, ob. cit., t. I, p. 166.
(111) Cfr. Ibídem, pp. 168-169.

El delito -afirma el indicado autor- produce simepre la lesión de un interés jurídico, es decir, un daño, pero este efecto del delito no debe de nignún modo ser confundido con los efectos materiales de la acción. Que un delito sea también la - lesión de un bien jurídico está fuera de toda duda; pero la lesividad es un atributo del hecho, ua que ella es fruto de un -- juicio de desaprobación que mira al hecho en cuanto el mismo está en oposición con la finalidad de una norma penal y, por consiguiente, con el bien que la norma tutela. Tal juicio se resuelve admitiendo que todo delito es un hecho lesivo, en cuanto todo delito debe presentarse como hecho antijurídico, pero no implica que todo delito deba revestir la forma de un resultado lesivo, pues puede muy bien presentarse como una acción lesiva -- (112). La no inclusión del resultado en el concepto de acción, está en primer lugar prescrita por la necesidad de trasladar íntegramente el concepto de acción de la vida al Derecho Penal.

La consecuencia de la acción -resultado- no debe confundirse con los atributos de la acción o del resultado -lesividad-. Si el hecho humano típico es un hecho naturalístico, también el resultado en cuanto elemento que es del hecho, debe tener carácter natural.

En este sentido, en el peculado, como figura típica de simple conducta que se integra por un comportamiento externo comisivo del agente, independientemente de los efectos que cause en el mundo externo, no existe resultado si entendemos que - éste consiste en un cambio en el mundo de relación, pero sí se presenta un efecto natural de la acción. Y así, aunque la mera realización de las conductas descritas en el artículo 223 del - Código Penal es por sí sola suficiente para constituir peculado, por no requerir expresamente el tipo algún resultado fácti-

---

(112) Citado por Mariano Jiménez Huerta, ob. cit., t. I, p. 171.

co como consecuencia de la conducta del agente, es conveniente anotar que ésta sí produce un cambio en el mundo exterior de -- carácter económico o material, consistente en el daño patrimo-- nial que sufre la administración pública y, correlativamente, - en el beneficio o ventaja económica que obtiene el peculador.

El cambio externo o resultado natural que genera la conducta peculosa, es la mutación del objeto material, de la -- propiedad pública a la propiedad privada.

b).- CLASIFICACION DEL PECULADO EN ORDEN A LA CONDUCTA Y EN ORDEN AL RESULTADO.

A continuación se analizará el delito a estudio en - orden a la conducta, concluyendo que el peculado se clasifica como un delito:

a) DE ACCION.- Toda vez que la conducta se manifiesta mediante movimientos corporales constitutivos de una activi-- dad o un hacer. El peculado se comete mediante un comportamiento positivo, violándose una ley prohibitiva. Es un delito en el cual las condiciones de donde deriva su resultado -extratípico-, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto. (113)

Los vocablos distraer, utilizar u otorgar, solicitar o aceptar, o aplicar usados por la ley penal para referirse a la conducta que integra al peculado, implican una actividad (elemento físico) voluntaria (elemento psíquico) por parte del sujeto - que tiene, en razón del cargo o por obligación legal, la pose- - sión precaria de la cosa ajena; en tal virtud, la conducta del -

---

(113) Cfr. Fernando Castellanos, ob. cit., p. 136.

peculado se ha expresado, en el plano material, en forma de acción, excluyéndose la omisión como forma de conducta.

b) UNISUBSISTENTE.- En razón al número de actos integrantes de la acción típica, el peculado es un delito esencialmente de acto único, por no permitir la actividad típica fraccionamiento en varios actos, teniendo por ello naturaleza unisubsistente; se consuma con un solo acto, el cual forma o constituye la acción.

Excepcionalmente, en el peculado puede existir pluralidad de distracciones (elemento externo de la conducta) unidas por la misma intención (elemento psíquico) y la misma lesión jurídica (elemento finalístico), caso en que se admite su carácter plurisubsistente y, por ende, de delito continuado. En este orden de ideas, quien distrae para usos propios o ajenos, en diversas partidas, cantidades cuya tenencia le estaba conferida funcional o legalmente, no comete varios delitos de peculado, sino sólo un único delito, pues toda la actividad sucesiva es continuación e integración de la misma conducta típica principal. La unidad jurídica que integra esa pluralidad de conductas naturales no es afirmada por la simple existencia de varias conductas penales que fictamente se interpretan como una sola por razones de economía oportunista o de protección delincuencial, sino por los claros relieves unitarios (finalísticos, sociales y jurídicos) que dicha pluralidad ofrece y que descubren que las diversas conductas son exponente de un singular fenómeno jurídico penal.

Así, Jiménez Huerta define al delito continuado como aquel en que "mediante los elementos estructurales ínsitos en la valoración penalística, es dable concluir que una pluralidad de conductas naturales, contextualmente distintas las unas de las otras, integra la unidad jurídica que constituye la conducta prin

cipal de un tipo de delito, por existir entre todas ellas una relevante interacción y conexión". (114)

Por lo que el elemento objetivo del peculado puede manifestarse mediante un movimiento único o por varios, acarreando el conjunta la distracción total.

EN ORDEN AL RESULTADO, el peculado se clasifica como delito:

a) DE MERA CONDUCTA, FORMAL O DE RESULTADO INMATERIAL. Por consumarse con la simple realización de la conducta, la cual basta sin más para violar la ley.

Al respecto, Daniel P. Carrera dice que el peculado es un delito formal porque no requiere la necesaria presencia de una lesión patrimonial, se configura aun sin ella, pero no lo independiza sin embargo de un resultado. El resultado que el peculado requiere, dada su objetividad jurídica, es el quebrantamiento del regular desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública, que el funcionario ejecuta al faltar al deber de probidad, se siga o no de una lesión al patrimonio de la administración pública. Tampoco integra su noción el daño o entorpecimiento del servicio a que los bienes estuvieren destinados. (115)

b) INSTANTANEO.- Por su duración, el peculado es un delito instantáneo porque la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento, es decir, tan pronto se efectúa, se agota la consumación.

---

(114) Mariano Jiménez Huerta, ob. cit., t. I, p. 316
(115) Cfr. Daniel P. Carrera, Peculado, pp. 139-140.

El carácter de instantáneo no se lo dan a un delito los efectos que él causa, sino la naturaleza de la acción a la - que la ley acuerda el carácter de consumatoria. "El delito ins-- tantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. Para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito, no importando -- que, a su vez, esa acción se descomponga en actividades múlti--- ples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al - delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante" (116) y por ello, el peculado es un delito de resultado instantáneo.

Por cuanto el peculado consiste en un acto que al - ser ejecutado cesa por sí mismo sin poder prolongarse, su dura-- ción concluye en el momento mismo de perpetrarse, por tanto, su consumación tiene lugar en el instante mismo en que el servidor público distrae para sí o para otro, el bien público.

Atendiendo a su duración, el peculado puede presen-- tarse eventualmente como un delito CONTINUADO, cuando se comete mediante varias acciones que ocasionan una sola lesión jurídica. En este sentido, Luis Fernández Doblado destaca "la posibilidad de un peculado continuado, en el caso de repetidas sustracciones de cosas o caudales hechas con un mismo designio criminal por -- parte del encargado de un servicio público, habiéndolas recibido por el mismo concepto". (117)

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

La fracción III del artículo 7o. del Código Penal, - define al delito continuado como aquel que tiene lugar "cuando -

(116) Fernando Castellanos, ob. cit., pp. 137-138.
(117) Luis Fernández Doblado, El Delito de Peculado, CRIMINALIA, p. 247.

con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se - viola el mismo precepto legal". Por lo que, de conformidad con - ella, el delito continuado se forma por: 1o. unidad de resolu- - ción; 2o. pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); y, 3o. unidad de lesión jurídica.

"Según Alimena, en el delito continuado las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes - de una consumación sola, mientras para Soler este delito se come te cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley". (118)

c) DE LESION.- Con relación al daño resentido por la víctima, o sea, en razón del bien jurídico, el peculado es un delito de lesión, ya que consuma causa un daño directo y efectivo a los intereses jurídicamente protegidos por el artículo 223 del Código Penal.

En efecto, para que el peculado se integre es indispensable que el acto de distracción se traduzca en un perjuicio patrimonial ocasionado al sujeto pasivo, pues el tipo se satisface con la efectiva lesión al patrimonio público y no con la simple puesta en peligro del mismo. Esa disminución patrimonial que corresponde a un provecho injusto, es el fin perseguido por el - agente, y su monto sirve de base para graduar la pena.

Por otra parte, téngase presente que con la distracción no sólo se acarrea un daño patrimonial a la administración pública, sino también un daño al deber de probidad a que están - sujetos los ejecutores del servicio público.

---

(118) Fernando Castellanos, ob. cit., pp. 138-139.

LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA: SUS CAUSAS.

En las condiciones apuntadas anteriormente podemos - concluir que, la conducta agota el elemento objetivo del peculado, admitiendo únicamente la acción o hacer voluntario dirigido a la producción de un resultado extratípico. Teniendo presente que la acción se integra por una actividad (ejecución) voluntaria(concepticón y decisión), la actividad no voluntaria, sintetizada bajo la fórmula nullum crimen sine actione, constituye - el aspecto negativo de la conducta, en el delito en estudio.

Y, "si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es, pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actua- - ción humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico". (119)

Por otra parte, las causas impeditivas de la integración del peculado por ausencia de conducta, son:

a) La vis absoluta o fuerza física exterior irresistible.- Que se presenta "cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible" (120); prevista por la fracción I del artículo 15 del Código Penal, en los términos siguientes:

Art. 15.- "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

---

(119) Fernando Castellanos, ob. cit., p. 162
(120) Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 406.

I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias".

Forzadamente, la vis absoluta, fuerza física irresistible que proviene del hombre, puede ser causa eliminatoria del elemento objetivo del peculado, en virtud de que involucra una actividad o movimiento corporal involuntario, por parte del sujeto.

Pues bien, si la fuerza física irresistible puede hacer que el servidor público realice la distracción de cosas públicas, que no quería ejecutar; y, siendo la actividad forzada, no puede constituir el elemento esencial del delito que es la conducta humana, por faltar uno de sus elementos: la voluntad. "La conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera". (121)

Para que proceda la vis absoluta, conforme a la doctrina establecida por la jurisprudencia, es necesario:

1o. QUE EL ACUSADO DBRE IMPULSADO.- Es decir, que actúe materialmente obligado a ello, existiendo una fuerza física exterior que lo violente.

2o. POR UNA FUERZA HUMANA.- O sea, proveniente del hombre. Pues las fuerzas subhumanas (de la naturaleza o de los animales) dan lugar a la fuerza mayor.

---

(121) Fernando Castellanos, ob. cit., p. 162.

3o. FISICA.- La fuerza debe ser física, es decir, material, porque a diferencia de la fuerza moral, es la única que puede constreñir al sujeto a actuar contra su voluntad. Ante una violencia material directa ejercida sobre el sujeto, éste comete la infracción incapacitado para determinarse por su propia voluntad.

4o. EXTERIOR.- Significando en principio, que sea una fuerza material no moral, que excluya los ímpetus o arrebatos pasionales; y, en segundo lugar, que provenga de otra persona, lo cual excluye los propios ímpetus de origen interno.

5o. IRRESISTIBLE.- Que anule por completo la libertad de obrar del acusado. La fuerza física es irresistible cuando el sujeto que la sufre no la puede dominar, es vencido por ella. La fuerza física del sujeto que sufre la del tercero, ha de estar en tal forma superada, que el sujeto quede incapacitado para determinarse con su propia voluntad; esto es, que la fuerza impulsora exterior desarrollada por el sujeto-causa, supere a la impulsada o interior desarrollada por el sujeto-medio, anulando por completo la voluntad de ieste, incapacitándolo para autodeterminarse, o dicho de otra manera, produciendo en él una ausencia del elemento subjetivo o moral.

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

En resumen, "debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por he--

chos externos y que quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder ante ella". (122)

b) El hipnotismo.- Aunque de carácter supralegal, por no estar expresamente destacada en la ley, también es una causa capaz de eliminar la conducta e impedir, por ausencia del elemento volitivo, la formación del peculado.

El hipnotismo, que "consiste esencialmente en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial"(123), que pueden ir desde un simple estado de somnolencia hasta uno sonambúlico, pasando por diversas fases - en las cuales se acentúa, en sus características externas, el - grado de hipnotismo; es, realmente, un fenómeno psíquico mediante el cual el sujeto hipnotizado obra por mandato del hipnotizador, es decir, sin voluntad, por hallarse en un estado en que - su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

Tomando en cuenta que la distracción o apropiación - de la cosa requiere una necesaria actividad voluntaria, para integrar la conducta como elemento objetivo del peculado, habrá - hipótesis de ausencia de conducta cuando la actividad concretizada en el acto de distracción sea involuntaria. En tal virtud y si se considera la posibilidad del acto distractivo en aquellas situaciones en que el sujeto obra sin voluntad, independientemente de que se exprese o no en la ley, cabe considerar como factible la sugestión hipnótica, en la cual el agente, acatando el mandato de una volutnad superior bajo cuyo influjo hipnótico se encuentra, realiza la actividad típica.

---

(122) Jurisprudencia citada por Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 406

(123) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, p. 251.

El hipnotismo origina un actuar verdaderamente automático, involuntario, por ello, impide la integración de la conducta.

Con relación al hipnotizado, Porte Petit plantea la problemática siguiente:

1o. Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una conducta o hechos tipificados por la ley penal.- En este caso el sujeto no es responsable. Al respecto han surgido dos criterior: unos piensan que se trata de una ausencia de conducta, y otros, de una causa de inimputabilidad. En lo personal, opto por el primer criterio, pues es evidente que la ausencia de voluntariedad trae como consecuencia la inexistencia de la conducta.

2o. Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictuosos.- En esta hipótesis el sujeto es responsable, presentándose la actio liberae in causa, ya que el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito.

3o. Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento sin intención delictuosa por parte de éste.- En esta última hipótesis, el sujeto es responsable de un delito culposo,con culpa con representación o sin ella, según el caso. (124)

Es así como la vis absoluta y el hipnotismo, constituyen hipótesis de ausencia de conducta en el peculado, dado que en ambas el actuar del sujeto es involuntario, por lo que al faltar el elemento psíquico consistente en el querer (voluntad) realizar la acción, no puede hablarse de conducta consciente.

---

(124) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 421.

c).- DEFINICION DE: DISTRAER, APLICAR Y UTILIZAR BIENES PUBLICOS.

DISTRAER.- Como se ha afirmado, en el peculado el verbo rector o núcleo del elemento objetivo se encuentra genéricamente determinado por el término "distraer", cuyo siginificado no es toro que tomar, diponer de lo recibido: recibir, alude necesariamente a que el sujeto activo no realiza ninguna conducta tendiente a provocar la entrega de una cosa por parte de su propietario (Estado, organismo descentralizado o un particular); -- disponer es desviar, e implica necesariamente que el sujeto activo realiza la conducta tendiente a provocar el delito. (125)

La legislación italiana habla de "apropiación" o --- "distracción", en tanto las legislaciones argentina y española se refieren únicamente a la "distracción".

Las doctrinas tradicionales argentina y española, anteriormente exigían la "sustracción" de los objetos materiales del delito y no la mera distracción de los mismos para que se consumara el peculado. Sin embargo, posteriormente suprimieron la palabra "sustracción" por ser comprensiva también del hecho de hurtar, que está ausente en el delito ministerial que se trata; y, por considerar que la "sustracción" en sentido estricto no podía admitirse para configurar específicamente el peculado, adoptaron la acepción "distracción", ya que en el peculado el agente no se mueve para apoderarse del dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa integrante del caudal público, supuesto que ya los tiene en razón de su cargo, siendo por ello suficiente la afectación de los bienes o fondos públicos a fines diversos de aquellos para los que le han sido entregados al servidor

(125) Cfr. Campo Elías González Ferrer y Carlos Enrique Muñoz - Pope. El Peculado por Error, LEX, pp. 73-74'

público y de los cuales tiene la posesión precaria. (126)

En nuestro derecho, con apego a una esmerada interpretación y tradición legislativa, se puede afirmar que dentro del verbo "distraer" queda implícita la "sustracción" de la cosa, - pues a ella se refería el artículo 221 del Código Penal de 1871, cuando en materia de atenuación de la pena establecía: "La sanción será de uno a seis meses de prisión, si, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se descubrió el delito, devolviere el reo lo SUSTRAIDO". Referencia que se utilizó hasta el 27 de diciembre de 1979, fecha de publicación del decreto, en el - Diario Oficial número 2, de 3 de enero de 1980, mediante el - - cual fué derogado el contenido del artículo citado.

Nuestra doctrina -a diferencia de la italiana que utiliza el concepto de "distraer" exclusivamente para referirse a la hipótesis en que el oficial público debe responder, no de especie, sino de cantidad, es decir, del llamado vaciado de caja (rendición de cuentas)-. asigna a la "distracción" un significado diferente, consistente en la desviación permanente, no temporal, de la cosa pública, e implica necesariamente apropiación.

En tal virtud, el razonamiento es también diferente y así, aunque "distraer" atañe al hecho de dar otro destino a - las cosas en cuya posesión se está, o de dirigirlas a otro uso, su acepción penalística, como afirma Jiménez Huerta, es apropiación del objeto que estaba adscrito a un servicio público, habida cuenta de que indirectamente así lo da a entender el artículo 223 del Código Penal, cuando menciona que la distracción ha de hacerse para usos propios o ajenos. (127)

---

(126) Cfr. Raúl Goldstein, Diccionario de Derecho Penal, p. 192.
(127) Cfr. Mariano Jiménez Huerta, Suplemento al Tomo V de Derecho Penal Mexicano, p. 51.

La acepción penalística "distraer" no admite equívocos, pues implica apropiación de fondos. Y tan cierta es tal -- afirmación que el peculado se comete con un hecho de "apropia-- ción" de la cosa poseída, es decir, con el hecho de convertirla en provecho propio o ajeno.

El hecho peculoso resulta necesariamente, no sólo de actos materiales de dominio ajenos al cargo del servidor público (desviación), sino también de la voluntad de tener la cosa - como propia. Esa voluntad de hacer propia la cosa ajena que se detenta, se manifiesta implícita o explícitamente en su desafectación del objeto público a que estaba destinada, para incorporarla a un patrimonio privado; e incumbe tanto al elemento psíquico del delito como a su elemento material, ya que éste resulta precisamente, tanto del hecho externo de la convesión de destino, como de la manifestación de voluntad de apropiarse de la cosa, que acompaña a esa misma conversión. (128)

"La sustracción y la distracción de la cosa informan pues el verbo típico en el delito de peculado. La sustracción - de la cosa implica la inversión del título de la posesión y el comportamiento respecto de la cosa a modo de propietario ("uti dominus") poniendo los bienes fuera del alcance de la custodia en que han sido colocados por las leyes, es decir, retirándolos de su destino de servicio público e incorporándolos al propio - patrimonio". (129)

Por otro lado, la palabra "distraer" que proviene del latín distrahere, cuyo significado como se ha anotado, es des-- viar, alejar, apartar la atención de una cosa del objeto a que se aplicaba o a que debía aplicarse, tiene, tratándose de fon-- dos, un uso diverso también importante para el presente estudio,

---

(128) Cfr. Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, t. 8, --- vol. III, p. 158.
(129) Lusi Fernández Doblado, art. cit., p. 243.

ya que equivale a defraudarlos, malversarlos.

Siguiendo este sentido, la "distracción" (del latín distractio, separación) como acción y efecto de distraer, puede consistir a su vez, en la separación de una cosa de aquello a - que está destinada, o bien, en la malversación o defraudación - de fondos.

A efecto de desentrañar el alcance total del concepto "distracción", a continuación analizo brevemente las otras dos - acciones que lo constituyen:

a) MALVERSAR: (del latín male, mal, y versare, vol-- ver) es invertir ilícitamente los caudales públicos o ajenos -- que uno tiene a su cargo, o aplicarlos a usos distintos de aquellos para que están destinados. Se utiliza especialmente para - referirse al delito de distracción de fondos, cometido por un - funcionario público.

Invertir, es cambiar de fin o de lugar una cosa; hablando de caudales, emplearlos, gastarlos en aplicaciones pro-- ductivas. (130)

El Dr. Raúl Carrancá y Trujillo menciona que en otras legislaciones, como la argentina, la malversación de caudales - públicos consisten en el simple cambio ilegítimo de destino de esos caudales, sin lucro para el agente o para un tercero; si-- tuación contraria a la nuestra, ya que nuestro derecho requiere que la distracción o cambio ilegítimo de destino, de que sean - objeto los caudales, sea hecha "para usos propios o ajenos", es decir, con animus lucrandi. (131)

---

(130) Cfr. Juan Palomar de Miguel, ob. cit., p. 823; Julio Cásares, Diccionario Ideológico de la Lengua Española, pp. 483 y 530.

(131) Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, - Código Penal Anotado, p. 492.

"En sentido estricto, malversar es dar el funcionario público, a los caudales o efectos que administrare, una aplicación diferente de aquellos a que estuvieren destinados. Si se apropia de esos caudales el hecho recibe el nombre genérico de peculado". (132)

b) DEFRAUDAR: (del latín defraudare) significa frustrar, dejar sin efecto o hacer inútil una cosa en que se confiaba; privar a alguien de lo que conforme a derecho le corresponde, bien con abuso de confianza o bien con infidelidad de las obligaciones propias. (133)

De lo anteriormente analizado, se observa que el peculado indudablemente se traduce en una apropiación, por cuanto el agente se desvía con carácter permanente las cosas que le fueron confiadas en razón del cargo, incorporándolas a su propio patrimonio o a uno ajeno. Con la separación de los bienes del patrimonio público, se les desafecta del servicio público a que estaban destinados, aplicaándolos ilícitamente a fines privados.

Por otra parte, téngase en cuenta que el servidor público peculador, refleja en todo momento una conducta fraudulenta, en virtud de que al privar a la administración pública de bienes que legalmente le pertenecen, quebranta el deber de fidelidad inherente a sus obligaciones.

En síntesis, el desvío ilegítimo de las cosas públicas para incorporarlas a un patrimonio privado, realizado por el servidor público que las tiene a su cargo, o dicho de otra forma, la apropiación de bienes públicos que implica su ilegítimo cambio de destino, es el hecho que conforma la "distracción" a que se refiere nuestro Código Penal. Y puede decirse que se

(132) Raúl Goldstein, ob. cit., p. 349.
(133) Cfr. Juan Palomar de Miguel, ob. cit., p. 390.

configura por tres fases:

1a. Desafectación de la cosa del servicio público a que está asignada;

2a. Separación de la cosa de la esfera de acción de la administración pública; e

3a. Incorporación de la cosa a un patrimonio privado.

Daniel P. Carrera señala que "distracción" significa desviación del destino de los bienes, darles una aplicación privada. Es todo acto que importe separar o apartar los bienes de la esfera de actividad patrimonial de la administración pública. Además, como la esfera de actividad patrimonial de la administración pública suge de la ley, del reglamento o de las disposiciones en general, habrá peculado cuando los servidores públicos a quienes competa el desenvolvimiento de esa actividad patrimonial ejecuten, con relación a los bienes, cualquier acto que importe el quebrantamiento de ella. En consecuencia, el servidor público que comete peculado, da a los bienes públicos un destino distinto y privado, manifestando su propósito fraudulento. (134)

La Sexta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ha sostenido y resuelto que "por distracción de una cosa se entiende la aplicación de ella a un destino diferente del que ha querido darle su propietario, por conducto de quien la recibe". (135)

Ahora bien, las fracciones I y IV del artículo 223 - del Código Penal, contienen respecto de la distracción, dos supuestos perfectamente apreciables bajo la expresión "para usos

(134) Cfr. Daniel P. Carrera, ob. cit., pp. 138 y 144.
(135) Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, ob. -- cit., p. 493.

propios o ajenos", representativa de un interés privado abusivo con el fin de provecho propio o ajeno.

La distracción es una hipótesis de disposición privada, ya sea para sí o para otro, del dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, por parte del servidor público que los tiene a su cargo (frac. I); o, de recursos públicos federales, por parte de la persona que los poseee por obligación legal (frac. IV).

La "distracción"de la cosa para usos propios o ajenos, implica alterar su destino, no el simple uso temporal y ocasional de la cosa -contemplado como peculado de uso en otras legislaciones- sin ánimo de apropiación, sino verdaderamente pasar una cosa a un fin distinto de aquel a que estaba destinada, vale decir, desafectarla, e impedir en esa forma que cumpla su misión funcional dentro del servicio público, con perjuicio de éste y en provecho del agente como dirección objetiva de su acción. (136)

APLICAR.- La palabra aplicar, del latín applicare, arrimar, equivale en el campo del derecho a adjudicar bienes o efectos (137). Y como por adjudicar se entiende atribuir a persona determinada una cosa como propia, con la consiguiente entrega de la misma (138), aplicar, para efectos del peculado previsto por la fracción IV del artículo 223 del Código Penal, es asignar a una persona recursos públicos federales como de su propiedad, cambiando indebidamente el destino que la Federación les señaló.

---

(136) Cfr. Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 244
(137) Cfr. Juan Palomar de Miguel, ob. cit., p. 110
(138) Cfr. Rafael de Piña y Rafael de Pina Vara, Diccionario de Derecho, p. 57.

Así, la persona que sin ser servidor público federal y con obligación legal de custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, aplica éstos a un destino dis-- tinto del dispuesto por la Federación, cuando se los adjudica - como propios o cuando los atribuye al patrimonio de un tercero.

UTILIZAR.- Deriva de útil, que significa aprovechar- se de una cosa.

Aprovechar, por su parte, quiere decir servir alguna cosa de provecho, emplearla con utilidad o, sacarle provecho o utilidad. (139)

El sentido en que lo emplea la fracción III del refe rido artículo 223, es sacar provecho o utilidad con los fondos públicos, sencillamente, servirse de éllos.

d).- LA CONSUMACION DEL DELITO DE PECULADO.

Para determinar el momento de ejecución del delito - se han elaborado diversas teorías, a saber:

a) Teoría de la actividad.- Considera que el delito se comete en el momento en que se realiza la actividad o movi-- miento corporal, independientemente del resultado; es decir, el delito se comete al tiempo de la acción o de la omisión. Esta - teoria deja a salvo el principio de legalidad o de reserva consistente en que no hay delito sin tipo.

b) Teoría del resultado.- Sostiene que el delito se

---

(139) Cfr. Juan Palomar de Miguel, ob. cit., pp. 115 y 1378.

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

c) Teoría unitaria, mixta, combinada, del conjunto o de la ubicuidad.- Estima que el delito se comete tanto al momento de realizarse la conducta como cuando se produce el resultado.

d) Teoría del resultado intermedio o resultado intermediario más próximo.- Constituye una variedad de la teoría del resultado, importándole el tiempo del efecto antijurídico más - próximo propuesto por la acción. Se le critica por ser arbitraria al excluir, en el proceso de la determinación local de la - acción, los resultados posteriores aún pertenecientes al tipo.

e) Teoría del trayecto total del hecho.- Afirma que el delito se comete aparte del tiempo de su fin (resultado), en todos los tiempos intermedios del hecho.

f) Teoría de la actividad preponderante.- Vé en el - acto de mayo trascendencia dentro de la actividad, el medio de determinar el tiempo de ejecución del delito.

g) Teoría de la ampliada actividad.- De acuerdo con ella, el delito se comete donde se verifica la parte esencial - de la actividad criminosa.

h) Teoría de la intención.- Tiene por realizado el - delito en el tiempo donde subjetivamente lo ubica el agente.

i) Teoría de la valoración jurídica.- Sugiere que el derecho adapte el principio de la manifestación de voluntad o -

el resultado, de acuerdo con los fines perseguidos en cada una de las materia donde el problema se plantea. (140)

Además de analizar las teorías señaladas, para precisar el momento consumativo del peculado hay que recordar que el iter criminis está constituido por una serie de relaciones especiales y temporales, que abarcan desde la ideación del delito - hasta su agotamiento. Separadamente, cada una de estas relaciones determina soluciones jurídicas distintas. En la sencuencia total de la acción, los actos preparatorios permanecen en el -- campo de lo ilícito; los actos que constituyen principio de -- ejecución del delito entran ya en el terreno de lo ilícito bajo la forma de tentativa, que tiene asignada como sanción, por el artículo 63 del Código Penal, las dos terceras partes de la correspondiente al delito consumado, salvo disposición en contrario. En cuanto al proceso total, integrante de la conducta o -- del hecho descritos en el tipo penal, llamado consumación, tiene como consecuencia la pena fijada para el delito.

Junto a este proceso físico, se encuentra un proceso psíquico al que la ley también impone límites temporales, a veces distintos de los exigidos a la actuación corporal del autor (141). Por esta razón, el problema del tiempo del delito no puede ser resuelto con un principio único, sea el de la manifestación de voluntad, sea el del resultado. La distinta naturaleza de los problemas exige soluciones diferentes.

Si se trata de saber cuando se ha cometido un delito, habrá que preguntarse en que momento del iter criminis la con--

---

(140) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., pp. 399--402; Fernando Castellanos, ob. cit., p. 161

(141) Véanse los artículos 8 y 9 del Código Penal para el Distrito Federal, relativos a los delitos intencionales, no intencionales o de imprudencia, y preterintencionales.

ducta se subsume en un tipo penal; como los tipos describen he-- chos consumados ese momento será el de la consumación (142). En el caso del peculado, no sería posible afirmar su existencia antes de la distracción de bienes públicos para usos propios o -- ajenos, que lleva implícito un daño patrimonial a la administración pública; pues bajo los términos "cuando el monto de lo -- distraído o de los fondos utilizados indebidamente. . .", el tipo exige que tanto la distracción (actividad) como el detrimento al erario (resultado) se hayan producido, para la procedencia de la sanción. En este sentido, para que se integre la figura - delictiva de peculado, es necesario: a) la entrega de la cosa - en tenencia; b) la distracción de la misma; y,c) el perjuicio - patrimonial como consecuencia de esa indebida distracción.

El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y - Territorios Federales de 1958, acogió en su artículo 5o. la teoría de la ubicuidad, expresando: "Para todos los efectos pena-- les, se tendrá por cometido el delito en el lugar y tiempo en - que se realicen la conducta o el hecho o se produzca el resultado". (143)

El Proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano, en el Capítulo "Hecho Punible", sección I intitulada "tiempo, lu-- gar y forma del hecho punible", establece: "El hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aun cuando - sea otro el momento del resultado". (144)

Nuestro ordenamiento penal no reglamenta el tiempo - de comisión del delito y la ausencia de un precepto o regla precisa que resuelva la problemática de la consumación, ha dado lu

---

(142) Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXVI, p. 188.
(143) Citado por Fernando Castellanos, ob. cit., p. 162.
(144) Citado por Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 403.

gar a que se adopten soluciones diversas con relación a los casos concretos, aunque generalmente se sigue la teoría del resultado.

El peculado, como lo exige su naturaleza de delito de acción, se consuma al momento de realizarse la actividad o movimiento corporal, en que concomitantemente se ocasiona el daño patrimonial a la administración pública. Ese momento consumativo, según las diversas modalidades contenidas en el artículo 223 del Código Penal, tiene lugar:

a) Cuando el servidor público distrae los bienes que por razón de su cargo le fueron confiados.- Al respecto recuérdese que el concepto "distracción" no se refiere al simple cambio del destino de los bienes público, pues el peculado, para serlo, requiere además que dichos bienes se hayan incorporado al patrimonio del peculador o al de un tercero. Esto es, que el servidor público poseedor a nombre de la administración pública, no en lo personal, disponga de dichos bienes con animus rem sibi habendi, el cual manifiesta desde que los saca de la esfera de poder de la administración, hasta que los incorpora a su propia esfera de acción o a la de un tercero; cuando esa incorporación ocurre, no hay duda que el peculado se ha consumado.

El momento consumativo se verifica hasta que el agente manifiesta su voluntad de tener la cosa como propia, comportándose en relación a élla no ya como simple poseedor sino como propietario. En efecto, la consumación del peculado se inicia cuando el servidor público desapodera de la cosa a la administración pública, pero cuando la incorpora a su propio patrimonio o la adjudica al de un tercero, la consumación es total, perfecta.

El verbo "distraer" supone algo más que desviar el destino de la cosa y aun desafectarla del servicio público a -- que estaba adscrita, exige que el agente haga suya la cosa y, -

correlativamente, desposea de ella a la mencionada administra-- ción. Por ello, el peculado consumado necesariamente implica la "apropiación" de la cosa pública o, como dice la ley, la distrac ción para usos propios o ajenos. En este sentido, Vincenzo Manzini manifiesta: "Téngase presente, por lo demás, como ya lo he mos indicado, que, a diferencia del hurto, el peculado (y la -- malversación) consumado, no implica nunca posesionamiento de la cosa (porque ésta debía encontrarse ya antes y legítimamente en la posesión inmediata o mediata del peculador), sino apropiación o distracción de la especie o de la cantidad". (145)

b) Al momento en que el servidor público utiliza fon dos públicos u otorga algún acto de uso indebido de atribucio-- nes y facultades, para llevar a cabo las promociones política-- sociales propias o ajenas, o para denigrar a cualquier persona. La primera hipótesis consumativa (utilización indebida de fon-- dos públicos) ocurre cuando el servidor público dolosamente se sirve de los fondos y los usa precisamente en las promociones o denigraciones enunciadas. La segunda (otorgamiento de algún acto de uso indebido de atribuciones y facultades), cuando el ser vidor público autoriza las concesiones, permisos, franquicias o contratos a que se refiere la fracción I del artículo 217 del - Código Penal.

En ambas hipótesis se causa detrimento patrimonial a la administración pública: en el primer supuesto, porque se le priva de los fondos que legalmente le pertenecen; y, en el se-- gundo, porque deja de aprovechar o usar sus bienes (bienes del dominio de la federación) o, de percibir los impuestos, dere--- chos y utilidades que le corresponden.

c) Al tiempo en que el particular solicita o acepta promover la imagen política o social de un servidor público o -

(145) Vincenzo Manzini, ob. cit., t. 8, vol. III, p. 166.

de un particular, o denigrar a cualquier persona, "a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades". Este momento consumativo guarda un aspecto importante, pues no se refiere al simple hecho de que el particular solicite o acepte realizar las aludidas promociones o denigraciones, sino también al hecho de que reciba "a cambio" fondos públicos o los beneficios que generan los actos de uso indebido de atribuciones y facultades, por ser la finalidad que persigue. En este sentido, sólo la solicitud o aceptación que se acompaña de la recepción de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los citados actos, es configurativa de peculado, porque únicamente en tales condiciones se lesiona el patrimonio de la administración pública.

d) Cuando la persona no servidor público federal, que maneja legalmente recursos públicos federales, los distrae de su objeto para usos propios o ajenos o les da una aplicación distinta a la que se les destinó. Como se ha dejado anotado, aplicar equivale a adjudicar bienes o efectos, atribuirlos como propios. Y en virtud de que la aplicación de recursos públicos federales a un fin distinto al señalado por la Federación, constituye propiamente distracción, igual razonamiento al expuesto en el inciso a) opera al respecto.

Por otra parte, el momento consumativo del peculado, según el objeto material de que se trate, se presenta:

1) Respecto de cosas, en cuanto el agente verifica un hecho físico que manifiesta su voluntad de tener la cosa mueble o inmueble como propia, trátese de valores, fincas, cualquiera otra perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular (que por cuanto está afectada al servicio público, se encuentra incorporada a la pertenencia de la administración pública), o de recursos públicos federales. El momen

to consumativo deviene cuando el servidor público o el obligado legal, realizan la distracción de la cosa que poseen por razón de cargo o por obligación legal respectivamente, con que ocasionan invariablemente un daño patrimonial. Consecuentemente, el solo hecho de incorporar los bienes a que se refiere la ley, al patrimonio del servidor público o de tercera persona, hace consumar el peculado.

2) Respecto de fondos, igualmente se consuma tan pronto el sujeto activo incorpora a su propio patrimonio el dinero destinado al público servicio, comprometiéndolo y sometiéndolo a riesgos, que por su condición de dinero público no debe de ningún modo correr (146), o bien, cuando los dilapida en su personal provecho.

Sin embargo, "se afirma que tratándose de apropiación de dinero, el delito no resultará consumado antes de que el encargado del servicio público no se haya puesto en mora, omitiendo la entrega dentro del término debido" (147), o sea, al momento de la rendición de cuentas. Así, Luis Fernández Doblado manifiesta que "en el caso de los receptores o recaudadores de ingresos del Estado, y para el efecto de la consumación, habrá de estarse a la fórmula del debido tiempo, en que el agente debe entregar lo percibido". (148)

No obstante lo anterior, cuando opera el "desfalco de caja" la consumación también se produce con la sola incorporación de los fondos al patrimonio del servidor público, porque ni la demora injustificada de pagos en la rendición de cuentas ni la omisión de rendir cuenta exacta de los fondos entregados

---

(146) Cfr. Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 247
(147) Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 245
(148) Ibídem, p. 247

al servidor público, están previstas en nuestro Código Penal como otra forma de comisión de peculado; en tal virtud, el peculado se consuma con la simple distracción del dinero, sin esperar a la rendición de cuentas.

Las doctrinas italiana y argentina han elaborado la construcción del momento consumativo del peculado, para ello -- formulan una distinción entre deudores de especie (cosas) y deudores de cantidad (sumas de dinero). Los deudores de cantidad - quedan sujetos a la rendición de cuentas y es ésta la que precisa el moemtno consumativo en el peculado de residuos (149). En ambas legislaciones, el momento consumativo es distinto según - la razón de la tenencia ejercida por el sujeto: en ciertos ca-- sos, la sola circunstancia de incorporar los bienes al patrimonio propio del funcionario, hace consumar el delito por "apro-- piación indebida"; en otros, cuando el funcionario tiene sola-- mente la obligación de entregar "otro tanto igual" de lo percibido, el delito se consuma por "retención indebida", cuando no rinde cuentas o no lo hace a su debido tiempo (150). De tal - - suerte que hay peculado apenas se han incorporado los bienes a un patrimonio privado o cuando la restitución es negada o imposible.

En nuestra doctrina no existe la distinción de peculado de cosas y peculado de fondos, por lo que, en orden al desarrollo del delito, el momento consumativo ocurre,cuando se -- realiza la distracción de la cosa pública, trátese de especie o de cantidad.

Al respecto, Antonio de P. Moreno dice: "La acción - consumativa del delito, es preciso repetirlo, consiste en la -- distracción de su objeto de la cosa recibida, con transmisión -

(149) Cfr. Daniel P. Carrera, ob. cit., p. 39.
(150) Cfr. Raúl Goldstein, ob. cit., p. 383.

de la simple tenencia de ella y no del dominio. La violación de la finalidad jurídica de la tenencia, el abuso de la cosa y con - él, el abuso de la confianza depositada en el encargado del servicio público que trae aparejada la infidelidad, la deshonestidad, del servidor público, la violación de la fe en él depositada públicamente . . . La distracción de la cosa de su objeto, - se consuma, tanto cuando tenga por finalidad destinarla a usos propios, egoístas, de enriquecimiento, de medro personal, como cuando se la emplea para usos ajenos del agente. El delito se consuma, simplemente, con la violación de la finalidad jurídica de la tenencia; que a tanto equivale la distracción ilícita de la cosa, de la que tiene el sujeto activo del delito la posesión precaria, del objeto para el cual estaba destinada . . . El acto consumativo del peculado, la distracción de la cosa del objeto para el cual estaba destinada, puede originar solamente su - cambio de lugar, pero no siempre la desaparición o menoscabo de la cosa distraída". (151)

Jiménez Huerta, por su parte, expresa: "El delito se consuma en el mismo instante en que el sujeto activo distrae esto es, se apropia para usos propios o ajenos del objeto material del mismo. No desvirtúa la consumación el hecho de que tuviere el propósito de reintegrar las sumas apropiadas ni la circunstancia de que el inculpado estuviere en posición económica que haga posible la devolución" (152), porque en nuestra legislación vigente no es admisible el llamado peculado de uso.

El Dr. Raúl Carrancá y Rivas señala que "el delito se consuma por el hecho de la misma aplicación ilegal de los bienes". (153)

(151) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano, --- pp. 544-545.
(152) Mariano Jiménez Huerta, Suplemento al Tomo V de Derecho - Penal Mexicano, p. 54.
(153) Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, ob. -- cit., p. 493.

Siguiendo los criterios enunciados, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al referirse a -- las notas distintivas del fraude y del peculado, ha sostenido, mediante jurisprudencia, que ". . . en el peculado no se consuma la infracción al momento de la recepción sino al de la dis-- tracción a fines diversos de los presupuestados, en tanto que - en el fraude se realiza en el instante de la obtención (S.C., - la. Sala, 3346/59/2a.). (154)

(154) Citada por Raúl Carrancá y Rivas, idem.

C A P I T U L O IV

LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

a).- IDEA GENERAL DEL TIPO.

Considero de suma importancia iniciar este tema citando la evolución histórica del tipo y la tipicidad en consecuencia. Sobre este particular han surgido diversas tesis, refiriéndome a ellas, por su orden a las siguientes teorías:

1a. Teoría de la "figura del delito".- Consideraba al tipo como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos, esto es, incluyendo el dolo o la culpa.

2a. Teoría de la "pura coordinación".- De acuerdo con esta teoría, sostenido por Beling, se concibe al tipo como meramente objetivo o descriptivo.

3a. Teoría del "indicio".- Esta tesis, sostenida por Max Ernesto Mayer, atribuye al tipo penal, además del aspecto descriptivo, un valor indiciario de antijuridicidad, o sea, que toda conducta que se ha conformado a un tipo, debe estimarse presuncionalmente antijurídica por ser indiciaria de la antijuricidad; de manera más concreta, Mayer estima al tipo como la ratio cognoscendi (base del conocimiento) de la antijuridicidad. Se rebate esta teoría por no ser exacto que toda conducta o hecho que se adecúe a un tipo, sea presuncionalmente antijurídica, habida cuenta que la conducta es ilícita o lícita desde su nacimiento; pues de otra manera, habría que admitir, contradiciendo el orden jurídico, que al no existir una causa de licitud, la conducta se mantendría presuncionalmente antijurídica.

Nuestro Máximo Tribunal acepto el criterio de Mayer al sostener que el tipo delictivo es indicio de antijuricidad, mas no fundamento de la culpabilidad.

4a. Teoría de la "identidad o de la superación".- Para Edmundo Mezger, defensor de esta teoría, el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio --- essendi de la antijuridicidad, es decir, la razón de ser de - - ella, su real fundamento. Y, al hablar del tipo como fundamento de la antijuridicidad, expresa que el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto no exista una causa de - exclusión del injusto; y que el tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico, poseee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción. El tipo es fundamento real y de validez (ratio essendi de la antijuridicidad), aunque a reserva, -- siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto, pues si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad.

5a. Teoría de la "antijuridicidad como ratio essendi del tipo".- Este criterio sustentado por Blasco y Fernández de Moreda, es en el sentido de que no sólo no es la tipicidad la - ratio essendi de la antijuridicidad, sino que muy al contrario, es en la antijuridicidad donde hay que buscar la ratio essendi de la tipicidad, ya que si una determinada conducta humana llega a ser tipificada en las disposiciones penales, lo es porque la misma se reputa en la generalidad de los casos, es decir, cuando no concurren otros motivos justificantes de ella; resultanto tal conducta gravemente antijurídica en cuanto contraría las normas de cultura en que el Estado encuentra su base jurídica, y - conforme a las cuales orienta su función creadora del Derecho, porque el legislador no halla medio más útil para defender di-- chas normas, que declarar aquella conducta delictiva y por ende, sujeta a la sanción penal.

6a. Teoría del tipo como "elemento de concreción y - conocimiento".- Para esta teoría sostenida por José Arturo Rodríguez Muñoz, el tipo tiene una función de concreción y de conocimiento: de concreción, cuando existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y encuadra la conducta antijurídica; y de conocimiento cuando, coincidiendo temporalmente (un acto) la aparición de la antijuridicidad y el tipo, este último - es indispensable al conocimiento de la primera. Esta tesis vuelve a concebir al tipo como algo puramente descriptivo determinativo, ya que su único papel es expresar que porción de la antijuridicidad debe ser sancionada con una pena.

Jiménez Huerta admite que desde el punto de vista del fundamento del acto legislativo por el que surge el tipo penal, esto es, de su proceso formativo, la antijuricidad es ratio essendi de la tipicidad; pero si contemplamos la cuestión una vez terminado el proceso formativo de la ley, con la vista fija en los tipos penales que integran el catálogo de tipos delictivos que constituye la parte especial de un Código Penal, resulta indudable que como certeramente afirma Mayer, la tipicidad es indicio, fundamento de congnición o ratio cognoscendi de la antijuridicidad. (155)

Desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuridicidad es ratio essendi del tipo, porque el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos pero, por el contrario, con referencia al ordenamiento positivo, la tipicidad es - la razón de ser de la antijuridicidad. Dicho de otra forma, la ley consigna los tipos y conmina con penas las conductas formuladas, por ser opuestas a los valores que el Estado está obliga

---

(155) Cfr. Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 165-168; Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pp. - 423- 429.

do a tutelar.

Y como lo señala Mezger, toda conducta típica es siempre antijurídica salvo la presencia de una jsutificante, por ser en los tipos en donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria. Empero, la existencia de una justificante no significa anulación de la antijuridicidad, pues ésta no existió jamás; por lo que no puede negarse que desde que nace el elemento objetivo y se adecúa al tipo, la conducta típica es antijurídica o lícita, toda vez que así como el tipo existe previamente a la realización de la conducta, igualmente preexisten las causas de licitud.

En palabras de Fernando Castellanos Tena, "el tipo - es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace - de una conducta en los preceptos penales" (156); "el injusto recogido y descrito en la ley penal", (157) en las de Jiménez - - Huerta.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice, que el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena. En otra ejecutoria se establece, que bien sabido es que el tipo en el - propio sentido jurídica penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de los presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse".(158)

---

(156) Fernando Castellanos, ob. cit., p. 165
(157) Ibídem, p. 166.
(158) Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 424.

"El tipo es, para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él". (159)

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

Por tanto, el tipo constituye una presupuesto general y fundamental del delito, por no ser posible que haya delito sin la existencia de un tipo legal, lo que da lugar a la fórmula nullum crimen sine tipo, equivalente al dogma nullum crimen sine lege, que constituye la más elevada garantía del Derecho Penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal, como certeramente lo consagra el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal, al expresar: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". (160)

b).- EL TIPO LEGAL DEL PECULADO.

En cuanto al tipo legal del delito de peculado o, mejor dicho, a los tipos casuísticos de peculado, éstos se encuentran contenidos en el texto del artículo 223 (reformado por Decreto de 30 de diciembre de 1982, publicado en el Diario Oficial

(159) Fernando Castellanos, ob. cit., p. 166
(160) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, -- 77a. edición, p. 13

de 5 de enero de 1983) del Código Penal, en los términos que a -- continuación se citan:

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

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

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

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

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

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

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas -

veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal - en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito se impondrán de dos a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Oistrito Federal en el momento de cometerse - el delito y destitución e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos". (161)

c).- SU CLASIFICACION EN OROEN AL TIPO.

Hay infinidad de clasificaciones en torno al tipo, - desde diferentes puntos de vista, pero para clasificar al peculado sólo me referiré a las más comunes.

a) POR SU ORDENACION METOOOLOGICA, se considera que los tipos de peculado son ESPECIALES, porque se forman autónomamente, agregándose al tipo fundamental de otro requisito.

A este respecto, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: "El peculado es un delito de tipicidad especial, en razón de que el tipo contiene una referencia al "suje-

(161) Código Penal para el Oistrito Federal, cuadragésima edición, pp. 78-79.

to activo", de tal manera que sólo pueden cometer este delito - aquéllos que reúnan las condiciones o "referencias típicas en - el sujeto"; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios (ahora de servidores públicos), los cuales sólo pueden - cometer las personas que tienen tal calidad". (Semanario Judicial de la Federación, T. XV, p. 68, Secta Epoca. Segunda Parte). (162)

Clasificación que apegada estrictamente al concepto de tipo especial no me parece correcta, en virtud de que si los tipos especiales son los formados por el tipo fundamental o básico (aquel que contiene una descripción que sirve de base a otros tipos derivados, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo) y otros requisitos, cuya nueva - existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial, surge la siguiente interrogativa: ¿cuál es el tipo fundamental o básico del cual deriva el peculado y que le sirve de base?

Después de analizar cuidadosamente los tipos contenidos en el Título Décimo correspondiente a "Delitos cometidos por servidores públicos", Libro Segundo del Código Penal, concluyo que entre ellos no existe ningún tipo que sirva de base - al peculado. Y, si ninguno forja una categoría común, capaz de servir de fundamento a dichos delitos, por extender cada uno, - con matices propios, el objeto genéricamente tutelado, que lato sensu es la seguridad general amparada por el orden jurídico - confiado a la administración pública, la actual clasificación - de los tipos en torno a su ordenación metodológica resulta insuficiente para clasificar correctamente los tipos de peculado; - pues desde mi punto de vista, ni son fundamentales o básicos, ni especiales, ni complementados (tipos que se integran con el fun

(162) Citado por Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 448.

damental y una circunstancia o peculiaridad distinta; presuponen la presencia del tipo vásico, al cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad). Por tal motivo, resulta igualmente imposible - determinar si dentro de la categoría de tipos especiales, las - formas casuísticas de peculado descritas por el artículo 223 -- del Código mencionado, son agravadas o privilegiadas, por la ausencia de un tipo fundamental que sirva de base para determinar la causa de agravación o atenuación de la pena.

Podría admitirse, desde un aspecto meramente idiomático más no jurídico, que los tipos de peculado son especiales en virtud, precisamente, de las circunstancias o caracterís-- cas propias (calidad de servidor público, bienes o fondos públicos, tenencia de los bienes en "razón del cargo") que requieren para su configuración.

El peculado como delito especial, no de tipo espe- - cial, se expondrá con posterioridad en el tema correspondiente a la calidad del sujeto activo, por tratarse de una clasifica-- ción en razón del agente y no en cuanto a su ordenación metodológica.

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

La descripción típica del peculado incluye: elemen-- tos objetivos (palabras con un significado apreciable por los - sentidos); elementos normativos (frases usadas por el legisla-- dor cuyo significado requiere ser valorado cultural o jurídicamente); y, elementos subjetivos (conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto).

La exposición correspondiente a los elementos constitutivos del tipo de peculado, se hará oportunamente en el apartado número tres de este capítulo.

c) EN FUNCION DE SU AUTONOMIA O INDEPENDENCIA, los tipos de peculado son AUTONOMOS O INDEPENDIENTES porque tienen vida propia, sin depender de otro tipo. Así, Jiménez de Asúa explica que hay en las leyes tipos que por estas solos y no tener relación con otros, en referencia de fundamento, poseen autonomía.

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

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

d) POR SU FORMULACION, los tipos de peculado son --- CASUISTICOS, pues en éllos el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito.

Los tipos de peculado señalan casuísticamente la conducta productora del resultado típico, a diferencia de los ti--

pos de formulación amplia que describen una hipótesis única en donde caben todos los modos de ejecución, por expresar la ley - sólo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías, o sea, - con cualquiera actividad.

Dentro de esta clasificación, los tipos de peculado, son ALTERNATIVAMENTE FORMADOS en virtud de que prevén dos o más hipótesis comisivas, colmándose el tipo con cualquiera de ellas y, como las conductas previstas en los diferentes tipos de peculado se concretizan en un hacer, son tipos alternativamente formados POR ACCIONES. Así, cualquier servidor público que en razón de su cargo posea bienes, incurrirá en el peculado descrito por la fracción I del artículo 223 del Código Penal, tanto si - los distrae para usos propios, como si lo hace para usos ajenos; la fracción II, a su vez, admite para su tipificación que "el - servidor público indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades"; la fracción III, por su - parte, basa su configuración en la solicitud o aceptación hecha por cualquier persona para promover la imagen política o social de un servidor público, la del superior jerárquico de éste o la de un tercero, o para denigrar a cualquier persona; y, la fracción IV se colma, bien si la persona obligada legalmente a la - custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distrae de su objeto para usos propios o ajenos, o - bien, si les da una aplicación distinta a la que se les destinó.

e) EN FUNCION DE SU ESTRUCTURA, los tipos de peculado descritos por las fracciones II y III del artículo 223 del - Código Penal, pueden EVENTUALMENTE ser COMPLEJOS, porque en esas figuras jurídicas de comisión alternativa, se permite la unificación de dos infracciones, cuya fusión de nacimiento a una figura delictiva nueva: la de peculado.

En el delito complejo de la misma ley crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurar por separado. (163)

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

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

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

I. El servidor público que indebidamente:

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

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

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

---

(163) Cfr. Fernando Castellanos, ob. cit., pp. 141-142.

D) Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, aquisiciones. arrendamientos, enajenaciones de bienes o servi-- cios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económi-- cos públicos". (164)

Y vinculado al tipo anterior de uso indebido de atribuciones y facultades, en el peculado puede concurrir un delito contra el honor (también de comisión alternativa, según la re-- dacción del tipo en análisis), derivado del hecho de "denigrar a cualquier persona", al ofender la opinión o fama de ella. - - Pues como afirma Carrancá y Rivas, denigrar equivale a injuriar, agraviar, ultrajar. Y dice, confundiendo el delito complejo con el concurso de delitos: "En consecuencia,. y aparte del tipo a - que se contrae la fracción II que se comenta, procede invocar - el delito de injurias tanto como los de difamación y calumnias, recurriendo a las reglas del concurso ideal o formal" (165), por cuanto con una sola conducta se cometen varios delitos.

Delito complejo no es lo mismo que concurso de delitos: en el delito complejo la misma ley crea el compuesto como delito único, pero el tipo se configura por la fusión de figuras delictivas que en sí mismas pueden figurar por separado; en cambio, en el concurso, las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien las ejecuta.

Con relación a la fracción III, que contiene un tipo susceptible, igualmente, de configuración alternativa, se deduce:

1o."Cualquier persona que solicite o acepte realizar

---

(164) Código Penal para el Distrito Federal, ed. cit., pp. 73-74.
(165) Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, Código Penal Anotado, p. 496.

las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, . . .".- Esta primera parte del tipo y, por lo que hace a las denigraciones a que se refiere la fracción II ya analizada, tal conducta puede constituir, en el mimso sentido, un delito contra el honor (injurias, difamación, o calumnia).

2o. ". . . a cambio . . . del disfrute de los beneficios derivados de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades".- A cambio del disfrute de los beneficios derivados de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades, es el aspecto interesante de esta segunda parte del tipo, pues llama la atneción que dicho propósito finalista también se encuentre tipificado como uso indebido de atribuciones y facultades, en términos de la fracción II del artículo 217 del Código Penal.

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

II. Toda persona que SOLICITE o promueva la realización, EL OTORGAMIENTO O LA CONTRATACION INDEBIDOS DE LAS OPERACIONES A QUE HACE REFERENCIA LA FRACCION ANTERIOR O SEA PARTE EN LAS MISMAS". (166)

El punto criticable en la fracción III del artículo 223 del Código Penal, es el concerniente al problema de la participación, pues como se ha señalado, resulta evidente que el sujeto activo en élla previsto, coopera en la realización del peculado descrito en la fracción II del mismo artículo, tocándole distinta actividad dentro del mismo propósito concebido. Y atento a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 212 del Código punitivo, la fracción III del referido artículo 223 resulta innecesaria, habida cuenta que se impondrán las mismas

---

(166) Código Penal para el Distrito Federal, ed. cit., p. 74

sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos cometidos por servidores públicos.

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

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

Desde el punto de vista de clasificación de las figuras típicas que exponer Mariano Jiménez Huerta, el peculado, en torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados, es un delito complejo porque protege contemporáneamente dos bienes jurídicos: la función pública y el patrimonio público, con independencia de que cada uno de dichos bienes jurídicos esté o no aisladamente tutelado en un tipo penal. Para tan distinguido penalista, lo que en realidad sirve de fundamento a las figuras típicas pluriofensivas, es la variedad de bienes jurídicos protegidos. (167)

A fin de exponer claramente este tema, analizaré los elementos del tipo de peculado a continuación.

---

(167) Cfr. Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, t. I, pp. 265-266.

Fernando Castellanos dice: que si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo; cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieren ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo; y si la descripción legal contiene conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto, entonces se está en presencia de elementos subjetivos del tipo. - (168)

Tales elementos se presentan conjuntamente en los tipos de peculado, pues como tipos anormales, contienen conceptos objetivos y, además, describen situaciones valoradas y subjetivas.

Francisco Pavón Vasconcelos menciona que el tipo legal se nos presenta, de ordinario, como una mera descripción de la conducta humana. En otras ocasiones, describe además el efecto o resultado material de la acción u omisión, o bien, contiene referencias a los sujetos, a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial, o hace referencia a determinados estados de ánimo o tendencias del sujeto, al fin - de la acción, etc.; modalidades de la propia acción que también forman parte del tipo. De ahí la necesidad de estudiar por separado los distintos elementos que entran en la integración de -- los tipos, lo cual será de innegable utilidad para precisar posteriormente, los efectos de su ausencia; elementos que pueden - ser de naturaleza objetiva, normativa, o bien, subjetiva. (169)

A) ELEMENTO OBJETIVO.

---

(168) Cfr. Fernando Castellanos, ob. cit., p. 168.
(169) Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, pp. 269-270.

Ignacio Villalobos al referirse a los elementos objetivos del tipo, dice: "Por el hecho de ser el tipo una forma descriptiva, todos sus elementos participan de ese mismo carácter descriptivo; pero entre ellos los hay que sólo mencionan un dato que puede ser conocido por los sentidos, como la palabra dicha . . ."(170)

La doctrina se refiere a elementos típicos objetivos o descriptivos del tipo, señalando como tales a los estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos "objetivos", fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva; así como los estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor. (171)

Francisco Pavón Vasconcelos entiende por elementos objetivos, "aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación o de responsabilidad penal" (172). En tal sentido, el elemento material u objetivo en el peculado, se hace consistir esencialmente en:

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

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

3) Solicitar o aceptar promover la imagen política o social de un servidor público, la del superior jerárquico de és

(170) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, p. 278.
(171) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., pp. 431-432.
(172) Francisco Pavón Vasconcelos, ob. cit., p. 270.

te o la de un tercero, o denigrar a cualquier persona; o

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

Acciones que se concretan en "distraer", "utilizar" u "otorgar", "solicitar" o "aceptar", o "aplicar", y que para efectos de desarrollo del presente apartado únicamente se enuncian por haber sido interpretadas y precisadas en el capítulo anterior.

Aunque el núcleo del elemento objetivo del peculado lo constituye la acción trascendente para el Derecho, expresado por los verbos indicados, también lo conforman todos los procesos, estados, referencias, etc., conectadas a la conducta, y que resultan modalidades de la misma por integrar parte de la descripción legal. Estas modalidades que satisfechas producen la adecuación típica son, a decir de Porte Petit: referencias de tiempo, de lugar, referencia legal a otro hecho punible, referencia de otra índole exigida por el tipo, y los medios empleados. (173)

Respecto al tipo de peculado, cabe señalar que el artículo 223 del Código Penal no contiene referencia alguna a los medios empleados, pero en el proceso de subsumir el hecho al tipo penal, sí hace alusión a referencias temporales y a la referencia legal a otro hecho punible (como ocasión o medio para la comisión del peculado), conteniendo en cuanto a la pena procedente al indebido actuar, una referencia espacial. En consecuencia, a continuación me avoco al análisis de cada una de ellas.

---

(173) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 432.

a) REFERENCIAS TEMPORALES.- "En ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir, - no se dará la tipicidad. Por ello, expresa Mezger, que la ley a veces establece determinados medios temporales como exclusiva-- mente típicos, y por tanto, no caerá bajo el tipo la ejecución en tiempo distinto del que se señala en la ley". (174)

Las referencias temporales del peculado se encuentran contenidas en las fracciones I y IV del artículo 223 del Código Penal:

1o. La fracción I hace alusión a una referencia temporal cuando señala: "por razón de su cargo". Anote tal situación, la punibilidad de la conducta en este tipo de peculado, - queda condicionada a la "razón del cargo", es decir, al tiempo durante el cual el servidor público desempeña su cargo; de manera que la ausencia de tal elemento del tipo, trae como conse- - cuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción.

La expresión "por razón de su cargo" se refiere al - período en que el servidor público ejerce las funciones de un - empleo, cargo o comisión de servicio público, habiendo tomado - posesión legítima o habiendo satisfecho todos los requisitos legales; lapso en el que debe apegarse estrictamente a los principios inherentes a su función.

La condición consistente en que los bienes o fondos, objeto de peculado, hayan sido confiados al servidor público necesariamente en virtud de su cargo, significa que es en función del mismo que tiene el manejo de dichos bienes; siendo la "razón del cargo" la exigencia que independiza al peculado de una en-- trega de bienes motivada por la confianza. De tal suerte que únicamente puede configurar este tipo de peculado, la persona --

(174) Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 432.

que durante el desempeño de un cargo de cualquier naturaleza -- en la administración pública, y en función no en ocasión de este, haya recibido los bienes públicos que indebidamente distrae.

En este orden de ideas, sólo el servidor público que por motivo de su función recibe dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, en administración, en depósito o por otra causa, puede ser sujeto activo de peculado; pues necesariamente los títulos de la entrega de bienes deben serlo "por razón del cargo", es decir, tienen como causa generadora las funciones que competen al agente. Y la revocación de nombramientos, la suspensión o la destitución del servidor público, existentes al momento de la recepción de bienes, impiden la configuración del peculado, ya que el peculador perpetra exclusivamente el -- hecho en abuso de sus funciones.

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

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

1) Normas generales.- Como la ley, los reglamentos, o los decretos, aún los que rigen en el orden interno.

La administración pública como conjunto de órganos - mediante los cuales el Estado, las entidades de la Federación,

los municipios y los organismos descentralizados atienden a la satisfacción de las necesidades generales que constituyen el -- objeto de los servicios públicos (175), entendiendo por éstos - el "complejo de elementos personales y materiales, coordinados por los órganos de la administración pública y destinados a - - atender una necesidad de carácter general, que no podría ser -- adecuadamente satisfecha por la actividad de los particulares, dados los medios de que éstos disponen normalmente para el desarrollo de la misma" (176); regula su actividad a través de -- las normas generales antes indicadas.

La ley, norma jurídica obligatoria y general dictada por legítimo Poder Legislativo para regular la conducta de los hombres o para establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines (177), que tiene por fuente la voluntad mayoritaria de los integrantes de dicho Poder, no es la única norma general que integra el ordenamiento jurídico de nuestro país, junto a ella existen otras, entre las que figuran los reglamentos y los decretos.

El reglamento es el "conjunto de normas obligatorias de carácter general emanadas del Poder Ejecutivo, dictadas para el cumplimiento de los fines atribuidos a la administración pública". (178)

Decreto, por su parte, es el "acto del Poder Ejecu-- tivo referente al mode de aplicación de las leyes en relación - con los fines de la administración pública". (179)

---

(175) Cfr. Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, Diccionario de Derecho, p. 59.
(176) Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p. 442.
(177) Cfr. Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p. - 336.
(178) Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p. 425.
(179) Ibídem, p. 206.

2) Actos administrativos.- Acto administrativo es la "declaración de voluntad de un órgano de la administración pública, de naturaleza reglada o discrecional, susceptible de - - crear, con eficacia particular o general, obligaciones, facultades, o situaciones jurídicas de naturaleza administrativa". (180)

3) Actos jurisdiccionales.- Los actos jurisdiccionales de la administración pública generalmente son creadores de una situación jurídica concreta, es decir, individual, aunque - esto no excluye el que puedan también crear una situación jurídica general; su finalidad es cumplir con los cometidos del Estado en todas las diversas ramas de la administración (181). Los actos jurisdiccionales tienen lugar sin que exista siempre un - conflicto previo que resolver (contrariamente a los actos destinados a la aplicación del derecho por la vía del proceso), obedeciendo ello a que la actividad administrativa es constante, - diaria y sin interrupción, actúa en forma permanente, satisfaciendo las necesidades sociales.

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

Es así como las normas generales, conjuntamente con las disposiciones de la administración pública, determinan el - ámbito de competencia dentro del cual se mueve todo servidor público; tomándose en cuenta la duración del cargo, para el efecto de considerar sujeto activo de peculado al servidor público que durante el ejercicio de sus funciones, distrae los bienes -

---

(180) Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p. 50.
(181) Cfr. Miguel Acosta Romero, Teoría General del Derecho --- Administrativo, p. 353.

recibidos para el eficaz desempeño del servicio público que tiene encomendado. Actuar que redunda en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho.

En cuanto a la delimitación de la competencia funcional, Vincenzo Manzini manifiesta: "Sefún los casos, la razón de oficio o de servicio debe determinarse sobre la base de las normas jurídicas que rigen dicho oficio o actos administrativos -- (entre los cuales deben comprenderse los estatutos de las entidades paraestatales); o jurisdiccionales, o de la práctica (aún no expresamente autorizada por una norma jurídica, con tal de - que no sea ella contraria), o del contrato" (182). Si hubiese - sido otra la voluntad de la norma, se hubiera limitado a decir "por ley", y no "por razón de su cargo".

El momento en que comienza la relación funcional se determina en cada caso a base de las normas jurídicas o de los actos administrativos o jurisdiccionales que regulan la actividad que en concreto se considera. (183)

Por otra parte, la "razón del cargo" como referencia temporal exigida en el tipo descrito por la fracción I, plantea seria problemática, pues siendo generalmente la competencia funcional del servidor público elemento constitutivo de la figura, surge la duda respecto de si dicha competencia funcional debe - existir tanto al momento de recibir los bienes como al momento de distraerlos.

No obstante que el texto de la fracción indicada, al establecer". . . si por razón de su cargo los hubiere recibido. . .", parece exigir la "razón del cargo" únicamente cuando el -

---

(182) Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, t. 8, vol. -- III, p. 146.
(183) Cfr. Ibidem, p. 153.

servidor público recibe los bienes objeto de peculado, no cabe duda que la calidad de aquél en cuanto a competencia funcional se refiere debe investirse tanto al tiempo de la recepción de bienes como en el momento de la distracción, por ser en virtud de sus funciones que tiene la facultad de disposición de los mismos así como un deber legalmente establecido, susceptible de -- quebrantarse sólo bajo el supuesto de la competencia funcional. Por exigir este tipo de peculado que el agente tenga a su cargo funcionalmente los bienes de posible distracción, ha sido -- considerado por Daniel P. Carrera como un delito de función, -- por reclamar forzosamente un abuso funcional del autor respecto del bien, dándose su existencia, por ello, precisamente en razón de las funciones que ejerce y no meramente en ocasión de ellas. (184)

El problema inherente a la "razón del cargo" es igualmente el relativo al servidor público que ejerce función pública con nombramiento de autoridad competente, sin haber satisfecho los requisitos que las normas respectivas exigen para el -- cargo, por ejemplo: la edad (no refiriéndome aquí al requisito de la mayoría de edad sino a la edad específica exigida para determinados empleos), la instrucción, la protesta, etc. En un caso de esa naturaleza, el servidor público que distrae dinero, - valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, que ha recibido por razón del cargo que desempeña, será verdadero peculador, dado que los deberes en el ejercicio de la función son independientes de las formalidades del cargo; mediando nombramiento de autoridad competente, resulta aceptable declarar peculador a quien - ejerce funciones de servicio público sin tener las condiciones - personales que la ley reclama para el cargo, habida cuenta que - todo servidor público tiene como obligación utilizar debidamente

---

(184) Cfr. Daniel P. Carrera, Peculado, p. 68.

los recursos que tenga asignados para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, así como las facultades que le sean atribui--- das. (185)

En atención a lo antes expuesto, el servidor público investido legalmente de la representatividad de la función, pue de, sin duda alguna, quebrantar los deberes establecidos y, por tanto, incurrir en peculado, puesto que la represión de tal ilí cito tiende a proteger primordialmente dicha función de servi-- cio público, con independencia de las consecuencias de otro or- den que la falta de calidades del agente pueda originar. En - - cuanto a la ausencia de los requisitos legales en el cargo del servidor público, la fracción I del artículo 214 del Código Pe- nal, establece:

Art. 214.- "Comete el delito de ejercicio indebido - de servicio público, el servidor público que:

I. Ejerza las funciones deun empleo, cargo o comi--- sión, sin haber tomado posesión legítima, o sin satisfacer to-- dos los requisitos legales". (186)

Por último, la doctrina argentina señala que como la ley no exige que el peculado se cometa en ejercicio de las fun- ciones, el servidor público suspendido puede pecular, porque la suspensión -afirma- no equivale a la pérdida de funciones, bas- tantdo para su integración que el servidor público tenga legal- mente tal carácter y la relación con los bienes en "razón del - cargo" (187). Sobre el particular, es pertinente anotar que en

---

(185) Cfr. Artículo 47, fracción III, de la Ley Federal de Res- ponsabilidades de los Servidores Públicos.
(186) Código Penal para el Distrito Federal, ed. cit., pp. 70-- 71.
(187) Cfr. Daniel P. Carrera, ob. cit., p. 71

nuestro derecho, la suspensión, como forma de interrupción de - los efectos del nombramiento, no solo deja sin efecto temporal la competencia funcional del servidor público sino también su - nombramiento, sin significar esto el cese o suspensión definitiva del servidor (188). Ante tal circunstancia y en razón de no tener efecto alguno (aún temporalmente) el nombramiento del servidor público suspendido, resulta absurdo que pueda ser considerado sujeto activo de peculado, pues no reúne legalmente la calidad exigida por los tipos contenidos en las fracciones I y II del artículo 223 del Código Penal.

Respecto al supuesto referido, la fracción II del artículo 214 del mismo Código, dispone:

Art. 214.- "Comete el delito de ejercicio indebido - de servicio público, el servidor público que:

II. Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido". (189)

En su oportunidad, al tratar el tema correspondiente a la atipicidad, se ampliará el corceniente a la suspensión.

2o. La fracción Iv del artículo 223 del Código Penal también contiene una referencia en orden al tiempo, necesaria - para la integración de la tipicidad de esta modalidad de peculado. Y así, preceptúa que comete el delito de peculado.

---

(188) Cfr. Andrés Serra Rojas, Derecho Administrativo, t. I, p. 428.
(189) Código Penal para el Distrito Federal, ed. cit., p. 71.

IV. "Cualquier persona que sin tener el carácter de - servidor público federal y ESTANDO OBLIGADA LEGALMENTE A LA CUSTODIA, ADMINISTRACION O APLICACION DE RECURSOS PUBLICOS FEDERALES, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó". (190)

Partiendo de que obligación es "la relación jurídica establecida entre dos personas, por la cual una de ellas (llamada deudor), queda sujeta para otra (llamada acreedot), a una -- prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el - acreedor puede exigir del deudor" (191); y legal, lo prescrito por la ley, lo ajustado a la ley, lo recto (192); puede afirmarse que la obligación legal a que se refiere la fracción en estudio, es la relación jurídica establecida entre un particular y la administración pública, a virtud de una concesión, por la -- cual la segunda confiere al primero ciertos derechos o ventajas especiales sobre el dominio del Eitado, o respecto del público, mediante sujeción a determinadas cargas y obligaciones. La mayoría de las veces tales derecho y ventajas implican el ejercicio de ciertas prerrogativas administrativas. La concesión da lugar al manejo de recursos públicos federales (administración, aplicación y, por consiguiente, su custodia).

Andrés Serra Rojas dice que entre las actividades -- privadas de interés público, destaca en forma preferente en - - nuestro derecho administrativo la concesión administrativa; definiendo la concesión como "un acto administrativo por medio -- del cual la administración pública federal, confiere a una persona una condición o poder jurídico, para ejercer ciertas pre-- rrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos pa

(190) Ibídem, p. 79
(191) Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p. 367.
(192) Cfr. Ibídem, p. 333.

ra la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial". (193)

La concesión administrativa es un procedimiento discrecional eficaz dentro de la estructura de la sociedad moderna, para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de bienes federales que el Estado no está en condiciones de desarrollar por su incapacidad económica, o porque así lo estima útil o conveniente, o se le impide su propia organización. En la concesión se establecen los derechos que corresponden legalmente a la administración pública, para atender al funcionamiento de los servicios públicos, al dominio y administración de sus bienes y las demás situaciones que las leyes administrativas consideran como elemento concesionable, pudiendo el Estado determinar el tipo de explotación que se debe dar a los bienes concesionados. Combinar el interés general y el interés privado del concesionario es la base de la concesión.

Los actos que afectan las relaciones entre el Estado y la forma de explotación de una concesión, son regulados por disposiciones administrativas de derecho público, que aseguren el interés general, el debido aprovechamiento de la riqueza pública para fines sociales, o la atención de un servicio público. En cambio, se rigen por el derecho privado la adquisición, comercio y disfrute de los derechos que ellas engendran. Y es la ley administrativa la que en cada caso fija el término de las concesiones, de acuerdo con la naturaleza del servicio o de la explotación.

Bajo el concepto de concesión se comprenden diversos actos de la administración pública confiriendo ciertos poderes, derechos o ventajas de las personas privadas sobre el dominio -

(193) Andrés Serra Rojas, ob. cit., t. II, p. 259.

del Estado o respecto de los ervicios públicos, con determinadas cargas u obligaciones y otorgando una facultad para ejercitar - ciertas prerrogativas públicas. Tales actos son: la autorización, que es la facultad que una autoridad legalmente capacitada para ello, otorga a una persona de derecho público para que cumpla un acto que excede de su competencia; la licencia, que al igual - que el permiso es un acto del poder público que establece una - amplia libertad de obrar al particular, en condiciones determinadas; y, el permiso, que es un título necesario que otorga la autoridad administrativa para hacer o decir una cosa o para no hacer. (194)

Volviendo al peculado, nótese que en la redacción de la fracción IV el legislador fue taxativo, pues si bien admite como sujeto activo a cualquier persona, sólo lo hace bajo el supuesto de la obligación legal, es decir, de la obligación señalada en una norma jurídica obligatoria y general, dictada por legítimo Poder con el objeto de regular la conducta de los hombres o establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines, A este respecto, el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

Art. 134.- "Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito FEderal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados. . .

El manejo de recursos económicos federales se sujetará a las bases de este artículo. . ." (195)

---

(194) Cfr. Ibidem, pp. 260-273.
(195) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ed. cit., pp. 121-122.

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

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

Transcurrido el término de la obligación legal y salvo la oportuna procedencia de la prórroga de la misma (refrendo, tratándose de concesión), que difiere su cumplimiento, ningún -- particular, aún bajo el supuesto de posesión de recursos públi-- cos federales, puede cometer el tipo de peculado descrito por la fracción IV del artículo 223 del Código Penal, por exigirse para su existencia el presupuesto o requisito necesario de la obligación legal.

b) REFERENCIA LEGAL A OTRO HECHO PUNIBLE.- Los tipos de peculado señalados en las fracciones II y III del artículo -- 223 del Código citado, hacen referencia a otro hecho punible: el uso indebido de atribuciones y facultades. Delito al cual hacen referencia como medio o vía para la comisión del peculado y que

implica, como su propia denominación expresa, el uso indebido de las posibilidades jurídicas que un servidor público tiene de hacer o no hacer algo inherente al empleo, cargo o comisión que desempeña.

Esta referencia legal se encuentra precisada en los siguientes términos:

II. "El servidor público que indebidamente utilice - fondos públicos u OTORGUE ALGUNO DE LOS ACTOS A QUE SE REFIERE - EL ARTICULO DE USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES. . ."

III.". . . a cambio de fondos públicos o del disfrute de los BENEFICIOS DERIVADOS DE LOS ACTOS A QUE SE REFIERE EL ARTICULO DE USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES".

El uso indebido de atribuciones y facultades "sanciona el manejo ilícito de recursos económicos públicos y de facultades para regular la economía" (196) , con cuya represión el legislador pugna por evitar negocios ilícitos en los contratos de obra o servicio público, en las compras de gobierno y sus empresas.

c) REFERENCIA ESPACIAL.- Tanto para establecer el monto o cuantía a que asciende el peculado, como para fijar la imposición de la sanción pecuniaria que al agente corresponda, se toma en consideración el salario mínimo general diario vigente - en el Distrito Federal en el momento de la ejecución del delito. La referencia espacial consisten en que se toma como base el salario mínimo general diario vigente del Distrito Federal, aunque el peculado se haya cometido en cualquier otro Estado de la República Mexicana, aspecto importante en caso de aplicación del Có-

---

(196) Secretaría de Gobernación, Renovación Moral de la Sociedad, p. 17.

digo Penal en materia de fuero federal.

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

"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. . . multa de treinta a -- trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito FEderal en el momento de cometerse el delito. . ."

"Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de come-- terse el delito . . . multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito . . ."

B) ELEMENTO NORMATIVO.

Los elementos normativos, a decir de Mezger -citado- por Francisco Pavón Vasconcelos-, son presupuestos del injusto - típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho. Forman parte de la descrip-- ción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicados de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe --

realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico. (197)

Celestino Porte Petit los concibe como "caracteristicas típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona" (198). Estas características son básicas en el peculado ya que la adecuación típica sólo puede tener lugar cuando se satisfacen las exigencias concretas de la ley.

Los elementos normativos en el peculado son de dos clases:

1) Elementos con valoración jurídica; y

2) Elementos con valoración cultural.

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

CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO.- En principio, sujeto ac-

(197) Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos, ob. cit., p.272.
(198) Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 437.

tivo del delito es el autor del mismo. "El sujeto activo requerido por el tipo, es un elemento de éste, pues no se concibe un delito sin aquél debiéndose entender por sujeto activo, el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice". (199)

El sujeto activo (ofensor o agente) del delito -dice Carrancá y Trujillo- es quien lo comete o participa en su ejecución. El que lo comete es activo primario; el que participa, activo secundario. Y señala que la responsabilidad penal es personal porque sólo la persona humana es posible sujeto activo de la infracción, pues sólo ella puede actuar con voluntad y capacidad y, por tanto, ser imputable. (200)

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

---

(199) Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 438.
(200) Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, p. 249.

La limitación del círculo de los que pueden ser autores en los llamados delitos especiales, no supone que las personas que no pertenecen a dicho círculo, esto es, los "no cualificados (extraños)" no puedan en absoluto ser sujetos de esa clase de delitos, pues si bien no pueden ser autores en sentido estricto, queda la posibilidad de que participen en el hecho como cómplices y sean, por tanto, sujetos del delito, advirtiéndose que la tipicidad sólo se integrará cuando el sujeto activo primario o autor material tenga la calidad demandada por el tipo. (201)

Por lo que respecta al sujeto activo señalado por la fracción IV del mismo artículo, que al referirse a "cualquier persona", aparentemente es indeterminado, puedo afirmar lo contrario, que es cualificado por propia disposición legal, pues al exigirse que la persona, sujeto activo de ese tipo de peculado tenga obligación legal de custodia, administración o aplicación de recursos públicos federal, no obstante que carezca del carácter de servidor público en términos de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 212 del Código Penal, que preceptúa:

Art. 212.- "Para los efectos de este título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismo descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, O QUE MANEJEN RECURSOS ECONOMICOS FEDERALES". (202)

---

(201) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 438.
(202) Código Penal para el Distrito Federal, ed. cit., p. 70.

A mayor abundamiento, cabe señalar que los delicta - propia o exclusivos no solamente se configuran por aquellos delitos que requieren una determinada cualidad en el agente, sino también por lo que contemplan al agente en determinada relación calificante, que puede ser de índole jurídica (obligación legal), como la prevista por la fracción IV del artículo en estudio. -- Así, Alvaro Bunster afirma que tratándose de los delitos propios o exclusivos, esto es, de los tipos de sujeto activo calificado, la calificación puede proceder de ciertas calidades o de -- ciertas relaciones del sujeto que pertenecen al tipo del delito respectivo, siendo elementos constitutivos diferenciales que hacen que un hecho se conforme a un tipo y no a otro, o, eventualmente, que no se subordine a tipo alguno. Esta categoría conceptual, además de su función diferenciadora, tiene significación - respecto del dolo, en cuanto éste implica conocimiento de los elementos que integran la descripción legal, y, por tanto, de la calidad especial que se inviste (203). En conclusión, la relación jurídica de obligación legal que hace del peculado mencionado en la fracción IV un delito propio o exclusivo, es de tal modo inherente al acto que sin ella la conducta incriminada no sería concebible, subsistiendo, en todo caso, un delito diverso.

Finalmente, en atención a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en los - tipos de peculado, éstos se clasifican como delitos unisubjetivos o unipersonales porque "el esquema legal permite la comisión de la conducta o del hecho por una sola persona" (204), pudiendo realizarse, indudablemente, por más sujetos, siempre que reunan las calidades exigidas por la ley.

---

(203) Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, t. VIII, p. 214.
(204) Francisco Pavón Vasconcelos, ob. cit., p. 169.

Fernando Castellanos dice al respecto: "El peculado, por ejemplo, es delito unisubjetivo, por ser suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un solo sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público y sólo él concurre con su conducta a conformar la descripción de la ley, mas es posible su realización por dos o más". (205)

CONCEPTO OE SERVIOOR PUBLICO.- Oentro de la doctrina administrativa, cuestión debatida ha sido determinar el concepto de servidor público, pues para proporcionarlo, parte del criterio de diferenciación tradicional entre funcionarios y empleados, basado en el carácter representativo de los primeros.

Ouguit designa con la expresión "agente público", a toda persona que participa de una manera permanente, temporaria o accidental en la activida pública, distinguiendo entre agente funcionari (aquel que participa de manera permanente y normal en el funcionameinto de un servicio público) y agente empleado (el que participa de manera momentánea y accidental). Distinción no aceptada por nuestra legislación en virtud de que en la práctica, el empleado participa de una manera más pemanente y normal que los funcionarios públicos, cuyos puestos se deben a cuestiones políticas, terminando sus funciones, frecuentemente, junto con el sexenio.

Petrozziello, por su parte, considera que funcionario es el que tiene el derecho de mando, de iniciativa, de decisión, y que, por esa causa, ocupa los grados más elevados de la jerarquía; por el contrario, empleado es el que atiende a la preparación o a la ejecución de las disposiciones que emanan de una autoridad superior y que, por ese motivo, se encuentra en los grados más bajos de la escala jerárquica.

---

(205) Fernando Castellanos, ob. cit., p. 143.

Siguiendo el mismo criterio de diferenciación, Miguel Acosta Romero, clasifica a los servidores públicos en: altos funcionarios, funcionarios, y empleados. A quienes define de la siguiente forma:

Alto funcionario de la F 'deración.- Es la persona física que mediante la designación que señala la ley, es titular de los órganos del Estado que integran los poderes del mismo, - en la jerarquía más alta. En este orden, son en la Federación:

1) En el Poder Ejecutivo: Presidente de la República; Secretarios de Estado; Jefes de Departamento Administrativo; Procurador General de la República y Gobernador del Distrito Federal.

2) En el Poder Legislativo: Diputados y Senadores.

3) En el Poder Judicial: MInistros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En los Estados de la Federación: Gobernador, diputados locales y los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia.

Funcionario.- Es el que representa al Estado a través del órgano de competencia del que es titular. Lo representa tanto frente a otros órganos del E+tado o entidades públicas, como frente a los particulares y en las relaciones internas con los - demás servidores del Estado. El funcionario es a la vez autori-- dad, porque generalmente tiene facultades de decisión (actividad de imperio) y es trabajador de confianza.

Empleado o trabajador.- Es la persona física que desempeña un servicio material, intelectual o de ambos géneros, a cualquier órgano del Estado, mediante nombramiento o inclusión - en listas de raya y que no tiene facultades de decisión, ni re-- presenta al órgano como tal, frente a otros órganos, ni frente a los particulares.

Distinción de suma importancia para efectos de la individualización de las sanciones previstas para el peculado.

Otras clasificaciones de los servidores del EUtado, son:

Según la entidad a la que presten sus servicios: federales, los asignados a los Poderes de la Unión incluida la Administración Pública Central y Paraestatal; estatales; y, municipales.

Por su régimen especial: de base, de confianza; y trabajadores, directamente dependientes de la Administración Central o de los entes paraestatales.

Según el tiempo que desempeñarán sus funciones: definitivos; provisionales; por obra determinada; a tiempo fijo; - etc. (206)

Con base en lo expuesto y desde el punto meramente - administrativo, se puede afirmar que servidor público, en sentido amplio, es la persona que en virtud de designación especial y legal, nombramiento o inclusión en listas de raya, bajo las - formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejercitar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea de actividad jurídica o social.

El Lic. Carlos Vidal Riveroll, en forma clara y sencilla, manifiesta: "servidor público es toda persona que desem-

---

(206) Cfr. Miguel Acosta Romero, ob. cit., pp. 667-671.

peña un cargo de cualquier naturaleza en la administración pú-- blica" (207). Y como la administración pública, lato sensu, som prende a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en sus diferentes niveles (federal, estatal y municipal), en términos del Derecho Administrativo, servidor público es la persona encargada del sostenimiento y administración de los poderes organizados del aparato de gestión y conformación social que es el Estado.

Sujetado el concepto de servidor público a un proceso valorativo realizado con arreglo a las concepciones del Derecho Administrativo, necesario es ahora hacer referencia, en orden jerárquico legislativo, a las normas que disponen quien reviste tal carácter, con el fin de delimitar exactamente su contenido.

Las normas que proporcionan la definición y enumeración de quienes son servidores públicos y que constituyen la -- trilogía legal que modifica cualitativamente el anterior orden jurídico en el servicio público, son: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Ley Federal de Reponsabilidades de los Servidores Públicos; y, el Código Penal para el -- Distrito Federal.

1. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- En primer término, la Constitución, ley suprema, esta-- blece en su artículo 108 quienes son sujetos de responsabilidad en el servicio público, en la forma siguiente:

---

(207) Conferencia sustentada el 26 de septiembre de 1984, "II --- curso de Actualización sobre Derecho Penal", Facultad de Derecho, U.N.A.M.

Art. 108.- "Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título SE REPUTARAN COMO SERVIDORES PUBLICOS a - los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los 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 y los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo - indebido de fondos y recursos federales.

Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrrafo 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". (208)

El artículo 108 Constitucional, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1982, inspirado en un principio igualitario, inicia cambiando la anterior denominación de "funcionarios públicos", por - la de "servidores públicos", desapareciendo la antigua y tradicio

---

(208) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ed. - cit., pp. 89-90.

nal diferencia entre altos funcionarios, funcionarios y empleados. Actualmente toda persona que desempeña un empleo, cargo o comisión de cualquier nivel o naturaleza en el servicio público, es considerada como servidor público. Inclusive la propia denominación de servidor público más que un simple cambio de palabras expresa la voluntad y misión de servicio que tienen los ciudadanos que trabajan para el EStado y sus empresas. (209)

La Constitución bajo la denominación de "servidores públicos" comprende a los representantes de elección popular, a los miembros del poder Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal. Además, comprende igualmente al Presidente de la República; a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados de las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales.

Es pues, voluntad de la Constitución, que bajo el concepto de servidor público encuadren todas las personas que trabajan para el Estado, por incumbirles deberes especiales en razón de la posición en que se hallan dentro de la administración.

2. LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.- La promulgación de esta nueva Ley, reglamentaria del Título Cuarto constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982, fue resultado de la compleja y profunda reforma a dicho Título y al Código Penal; tiene por objeto desarrollar los principios que sobre responsabilidades define el Título mencionado y, en materia de sujetos de responsabilidad en el servicio público, dispone:

---

(209) Cfr. Secretaría de Gobernación, Renovación Moral de la Sociedad, pp. 10-12.

Art. 2o. "Son sujetos de esta Ley, los SERVIDORES PUBLICOS mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales". (210)

El Presidente de la República, a pesar de ser un representante de elección popular y por tanto, quedar incluido en el primer párrafo del artículo 108 constitucional, no es sujeto de la Ley referida porque durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden somún. En cambio, las personas que manejen o apliquen recursos económicos federales, aún cuando no revistan la calidad de servidores públicos, sí quedan sujetas a dicha ley.

3. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- El Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, por reformas de 5 de enero de 1983 y con la finalidad de delimitar quienes deben preservar el patrimonio del pueblo cumpliendo con las obligaciones correspondientes al servicio público, inicia su Título Décimo relativo a "Delitos cometidos por servidores públicos", con el siguiente concepto:

Art. 212.- "Para los efectos de este título y el subsecuente ES SERVIDOR PUBLICO toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en -

(210) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, decimocuarta edición, p. 682.

el presente título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los diputados a las legislaturas locales y a los magistrados de los tribunales de justicia locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal". (211)

En suma, de conformidad con las diposiciones citadas, bajo la denominación de servidor público se incluye:

1) Al Presidente de la República, a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión, a todo representante de elección popular;

2) A los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal así como a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en dichos poderes, a -- los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales; y

3) A los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la - del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de - participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades - asimiladas a éstas, fideicomisos públicos o que manejen o apli-- quen recursos económicos federales.

Sin embargo, subsiste la duda acerca de la correcta o incorrecta inclusión de los empleados de la administración pública descentralizada como servidores públicos, pues de acuerdo a -

---

(211) Código Penal para el Distrito Federal, ed. cit., p. 70.

la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, tal administración está compuesta por empresas de participación estatal mayoritaria, entres otras entidades, a cuyos trabajadores normalmente no se les califica de funcionarios o servidores públicos, como ahora establecen los ordenamientos legales enunciados. Por lo que, como afirma José Barragán Barragán, es inadmisible la igualación en el trato jurídico que se ha dado a todos aquellos sujetos que la expresión servidor público pretende englobar y someter al mismo sistema de responsabilidad. De acuerdo a la reforma descrita, los trabajadores de las empresas paraestatales o en las que el Estado es socio mayoritario, vienen a ser calificadas de servidores públicos, y en conseucencia quedan sujetos al mismo esquema de responsabilidad penal que los efectos servidores públicos, -- cuando jamás ejercen autoridad alguna ni desempeñan atribuciones y facultades públicas; más grave aún es el sujetar a estos trabajadores al esquema de responsabilidad administrativa, propia de los funcionarios públicos vinculados al Estado por una relación de trabajo especial, reglamentada también en leyes especiales, con agravio de los más elementales derechos de carácter laboral de que gozan estos mismos trabajadores, de acuerdo a otro tipo de normas jurídicas (212). "Aunque lo importante en este renglón, más que la personal investidura es la objetividad del servicio público prestado y la adscripción de este a un ente público aún desvinculado de la administración central". (213)

Concluyendo, el legislador, para evitar dudas y con-- troversias con otras ramas del Derecho, integró un artículo en el Código Penal que enuncia el concepto de servidor público; concepto que siguiendo el criterio de la Constitución y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, no atiende

---

(212) Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, t. III, pp. 73-75.
(213) Luis Fernández Doblado, El Delito de Peculado, CRIMINALIA, p. 239.

al status o jerarquía del agente público sino que se funda en la - actividad de servicio público representativa de la voluntad del - Estado, resultando por ello, ampliado con relación al que resulte válido en otro orden jurídico, es más, incluye como servidor público a toda persona que maneje recursos económicos federales.

Por otra parte, solo puede ser sujeto activo de los - tipos de peculado previstos por las fracciones I, II y IV del artículo 223 del Código Penal, aquel sujeto que teniendo la calidad de servidor público o siendo considerado como tal (caso de - la fracción IV), satisfaga la condición específica de la relación funcional con los bienes; sin olvidar que como presupuesto del - sujeto activo exigido por las dos primeras fracciones, se prevé el ejercicio de la función pública. Y, por aludir la segunda alternativa de la fracción II al servidor público que otorgue alguno de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades, dicha hipótesis contrae prima facie la incriminación solo al alto funcionario con poder autónomo para adoptar esa clase de decisiones.

b) SUJETOS PASIVOS: SUJETO PASIVO DEL DELITO Y SUJETO PASIVO DEL DAÑO.

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la ley. O como sintetiza Carrancá y Trujillo, "por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende la persona - que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito (Carrara); el - titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito (Cuello Calón, Garraud)".(214)

---

(214) Raúl Carrancá y Trujillo, ob. cit., p. 255.

Distinción necesaria, en este tema, es la existente entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo del daño (que es el que sufre el perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito). Aunque los dos sujetos generalmente coinciden, en el peculado no son idénticos, pues como se advierte, el Estado es pasivo del delito y la colectividad social pasivo del daño.

Sobre el particular, Bettiol -citado por Porte Petit considera, que "en todo delito existen dos sujetos pasivos: uno constante, esto es, el Estado-administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual, dado por el titular del interés concreto violado por la infracción y que se toma especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento del derecho-habiente, de la querella, y de la acción civil que puede hacerse valer en el curso del procedimiento penal". (215)

En el peculado, el Estado es particularmente sujeto pasivo del delito, no solo porque como poder jurídico es el titular del bien jurídico protegido a través del artículo 223 del Código Penal, sino porque el peculado como delito patrimonial (en cierto aspecto), le afecta bienes propios que integran el patrimonio del pueblo, Luis FErnández Doblado en igual sentido pero con criterio extensivo que analizaré al referirme al objeto material, manifiesta:

"Sujeto pasivo en el delito de peculado, lo es el Estado, los organimos descentralizados y aun los particulares.

---

(215) Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 441.

Concretamente, es la Administración Pública central o descentralizada del Estado, la que sufre las consecuencias del - Peculado". (216)

Específicamente -y en virtud de que la administración pública comprende toda la subjetividad y toda la actividad fun-- cional característica del Eitado y de los demás entes públicos - territoriales o institucionales- el peculado afecta directamente los intereses administrativos del Estado ya que su actividad fun cional puede ser turbada por hechos que surjan por dentro (pecu- lado cometido por efectivos servidores públicos) o por fuera (pe culado cometido por cualquier persona) de la organización funcio nal.

Sujeto pasivo del daño lo es la colectividad social, por ser la interesada "porque funcionen normalmente los servi- - cios públicos y las empresas de interés público, en beneficio de la misma colectividad" (217); sabedora de que el uso de bienes y servicios públicos para fines ajenos a su destino público, causa grave perjuicio e inestabilidad económica general, y de que la - irresponsabilidad del servicio público genera ilegalidad, inmora lidad social y corrupción.

c) OBJETO MATERIAL: PERTENENCIA Y VALOR DE LOS BIENES. REFERENCIA AL PRESUPUESTO LOGICO MATERIAL.

OBJETO MATERIAL.

El objeto del delito es la persona o cosa, o el bien o el interés jurídico, penalmente protegidos, distinguiéndose en tre objeto material y objeto jurídico.

---

(216) Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 244.
(217) Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, ob. cit., p. 493.

Objeto material es la persona o caosa (animada o inanimada) dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta - delictiva; no debiéndose confundir con el sujeto pasivo, aún cuando en ocasiones, no en el peculado, éste último puede al mismo - tiempo constituir el objeto material del delito. (218)

Los diversos tipos de peculado hacen referencia al objeto sobre el cual recae la conducta, es decir, al objeto material de la acción, que se hace consistir no únicamente en bienes muebles sino también en inmuebles.

Como objeto material del peculado, el artículo 223 -- del Código Penal menciona:

1.- DINERO, VALORES, FINCAS O CUALQUIER OTRA COSA PERTENECIENTE AL ESTADO, AL ORGANISMO DESCENTRALIZADO O A UN PARTICULAR. (FRAC. I)

Dinero, del latín denarius, es la moneda corriente; - término que hace referencia a fortuna, caudal. (219)

Valores, para los efectos de la Ley del Mercado de Valores (de 30 de diciembre de 1974), son las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa (art. 3o.). (220)

Mediante las expresiones "dinero" y "valores" deben - entenderse en sentido amplio los fondos monetarios públicos y -- privados, así como los valores en papel (documentos de crédito -

---

(218) Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, ob. cit., p. 257; Francisco Pavón Vasconcelos, ob. cit., p. 171.
(219) Cfr. Juan Palomar de MIguel, Diccionario para Juristas, - p. 460.
(220) Cfr. Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p. - 479.

público, sellos, estampillas, títulos de crédito de naturaleza - genérica y títulos de crédito singulares). (221)

Finca es toda propiedad inmueble urbana o campestre - (222); por ello, queda claro que dentro de la tutela penal del - peculado se incluyen los inmuebles públicos y privados confiados al servicio público. Los bienes inmuebles del dominio del poder público afectos a un servicio público, son como los de uso común, -inalineables e imprescriptibles y estando fuera del comercio, - no pueden ser objeto de ningún contrato; no obstante no quedan a salvo de la apropiación fraudulenta de los funcionarios y encargados de los servicios públicos. (223)

Por "cualquier otra cosa" debe entenderse cualquier - bien que tenga entidad corpórea o incorpórea, susceptible de ser poseído y que puede someterse a un régimen jurídico. Con tal fra se se encuadra a todo tipo de bienes de cualquier cuantía, especie y naturaleza. Por tanto, dentro de las cosas muebles objeto material del peculado, quedan comprendidas las energías y los -- fluídos, no así los trabajos o servicios, pues como expresa Levi, "no son cosas ni entran dentro de la represión del peculado". - (224)

En nuestro derecho, afirma Luis Fernández Doblado, -- quien convierta en provecho propio la mano de obra perteneciente a la pública administración, configura el delito de abuso de autoridad preceptuado en la fracción IX del artículo 215 del Código Penal (225), a saber:

---

(221) Cfr. Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 240.
(222) Cfr. Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p.274.
(223) Cfr. Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 240'
(224) Citado por Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 240
(225) Cfr. Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 241.

Art. 215.- "Cometen el delito de abuso de autoridad - los servidores públicos que incurran en alguna de las infracciones siguientes:

IX. Cuando, con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio". (226)

Interpretando lo dispuesto, incurre en abuso de autoridad el servidor público que sirviéndose de su cargo y abusando de las prerrogativas que éste le confiere, obtiene de un empleado (también servidor público) de inferior categoría y sin causa legítima, dinero, obsequios o cualquier servicio personal gratuito (carrancá y Trujillo cita incluso los préstamos a mutuo sin - interés). Por lo que, desde mi punto de vista, al incluir el legislador el servicio como objeto material del abuso de autoridad, realmente no se refiere al trabajo o al servicio (227) pagados - por la administración pública, pues éstos pueden ser prestados - por personas que no estén subordinadas jerárquicamente a los servidores públicos y ser objeto de distracción. Consiguientemente, considero que el empleo en provecho propio o de tercero de trabajos o servicios pagados por la administración pública, debe incluirse de manera expresa en nuestro orden punitivo como otra modalidad del peculado, por restar su prestación a los fines administrativamente previstos, causando grave perjuicio a la colectividad social.

---

(226) Código Penal para el Distrito Federal, ed. cit., p. 72.
(227) Trabajo y servicio son términos que hacen referencia al -- desarrollo de una actividad humana, diferenciándose porque el primero se desarrolla corporalmente, constituye la "mano de obra"; el servicio, por el contrario, es una actividad intelectual y como provecho o utilidad que resulta de lo ejecutado por otro de manera permanente, comprende a -- los denominados "profesionales". Cfr. Daniel P. Carrera, - ob. cit., pp. 186-187.

Volviendo al peculado, los bienes propiedad del Estado Federal, es decir de la Nación, de un organismo descentralizado del Estado Federal y en el que la Federación tenga participación presupuestal, o de un particular (por ejemplo los embargados por adeudos fiscales), confiados en administración, depósito o por otra causa al agente y precisamente por razón de su cargo, constituyen el objeto material del ilícito. Por otra parte, el objeto a que estén destinados los bienes los determina la Ley de Presupuestos, o leyes especiales, o decretos legislativos, o acuerdos presidenciales o de los Secretarios de Estado y del Jefe del Departamento del Distrito Federal, o de los Ejecutivos de las instituciones descentralizadas, etc. Puede revestir forma verbal o escrita, ser general o especial, permanente o accidental. (228)

2. FONDOS PUBLICOS Y OPERACIONES SEÑALADAS POR EL ARTICULO 217 DEL CODIGO PENAL . (FRACS. II Y III)

Específicamente, llámase fondos públicos a los caudales del Estado; en sentido amplio se comprende los de la Federación, Estados, Municipios y corporaciones dependientes de dichas entidades.

La materia de los fondos públicos está ligada a una de las más importantes funciones del gobierno, que se traduce en una planificación general de los ingresos y de los egresos, consistente en el denominado presupuesto del Estado; presupuesto que se obtiene del elemento humano que forma la Nación, amén de otros recursos que el Estado logra de su patrimonio propio. Y ya sea por la tributación, que es como la consecuencia o la secuencia de la existencia de la administración pública, ya sea por capitaciones impuestas a determinados factores de la vida nacional,

(228) Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, ob. cit., p. 492.

ya por los beneficios y rentas que el Estado obtiene de sus propios bienes, se constituye el tesoro de los países y sus consiguientes fondos públicos, destinados a sufragar los gastos de la máquina estatal. (229)

Históricamente y por aplicación de la doctrina del riesgo, con respecto a los fondos era preciso partir de una función de autoridad, pues no bastaba que el Estado tuviera interés o lucro en determinada operación para que los fondos de ésta se transformaran en públicos, incluso, cuando los fondos del fisco salían a afrontar los riesgos del comercio, dejaban en general de ser fondos públicos, gozaban de la protección común pero no de la extraordinaria propia del peculado. Actualmente, basta comprobar que se trata de un organismo creado para el servicio público, aún descentralizado, para considerar públicos los fondos que lo integran, sea provenientes de inversiones del Estado o de los particulares y, por tanto, tales fondos gozan de protección especial precisamente por estar afectados a ese servicio público que aunque descentralizado, no por ello deja de formar parte de la administración pública.

La forma de descentralización administrativa facilita el cumplimiento de los fines públicos del Estado y nunca se ha tomado en cuenta el riesgo de las operaciones que con sus fondos realizan los entes administrativos que la forman, para negar a esos fondos la calidad de públicos.

En materia penal, reconocido el carácter público administrativo de un ente que desarrolle actividades de tipo comercial, no se puede negar la calidad de servidores públicos de sus integrantes, ni tampoco la calidad de públicos de sus bienes, incluyendo los fondos. (230)

---

(229) Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XII, pp. 438-439.
(230) Cfr. Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 238; Daniel P. Carrera, ob. cit., pp. 90-95.

Por lo que se refiere a los actos el uso indebido de atribuciones y facultades, que consistentes en: concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación; permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico; franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la administración pública federal y del Distrito Federal; contratos de obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos; igualmente son configurativos del objeto material de los tipos de peculado enunciados por las fracciones II y III del artículo en análisis, equiparándose a los fondos públicos por cuanto su indebido otorgamiento merma el patrimonio del Estado, sea por privarlo de lo que debería percibir o por impedirle el aprovechamiento de sus recursos.

3. RECURSOS PUBLICOS FEDERALES. (FRAC. IV)

Recursos, del latín recursus, son los bienes y medios de subsistencia de que puede echar mano una colectividad para acudir a una necesidad o llevar a cabo una empresa, pueden ser de índole natural, humana o económica (231). Público es todo aquello que atañe o interesa al Estado o a la comunidad (232). Federal, por su parte, es la denominación correspondiente al Estado organizado como una federación de entidades o grupos humanos voluntariamente asociados, sin perjuicio de la conservación de las atribuciones que respecto a su gobierno interior señale la Constitución como de su competencia; relativo a la Federación como sitema de organización política en el cual diversas entida-

(231) Cfr. Juan Palomar de Miguel, ob. cit., p. 1150.
(232) Cfr. Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p.405.

des o grupos humanos dotados de perconalidad jurídica y económica propia se asocian, sin perder su autonomía en lo que les es - peculiar, para formar un solo Estado (denominado federal) con el propósito de realizar en común los fines característicos de esta institución. (233)

Por lo que el significado de la expresión "recursos - públicos federales" es extenso y pudiera ser que el legislador - la utiliza exclusivamente para referirse a bienes de reglamentación federal, como: los petroquímicos y toda clase de hidrocarburos; los metalúrgicos y siderúrgicos; los forestales y agropecuarios; y, los energéticos (aún los nucleares). Sin embargo, con - apego riguroso al lenguaje utilizado por el propio legislador, para efectos del delito en estudio, considero válido lo expuesto en el presente tema.

Por ello, es preciso que se establezca cuidadosamente el auténtico alcance que corresponda a la expresión "recursos públicos federales", pues como observa José de Jesús Orozco Henríquez, "si por recursos económicos federales se entiende, incluso, todos los bienes muebles e inmuebles del Estado, pudiera considerarse excesivo ya que quedarían sujetos a la ley todos los particulares que por cualquier título legal detenten algún bien estatal (incluso quienes tengan a su cargo los templos públicos destinados a algún culto religioso según la fracción segunda del artículo 27 constitucional); si, por otra parte, se limitara a los recursos en numerario, pareciera que seguiría resultando excesivo pues abarcaría, por ejemplo, a los particulares retenedores - de algún impuesto". (234)

(233) Cfr. Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p. 269.
(234) Alvaro Bunster, José Barragán, Héctor Fix-Zamudio, Manuel - González Oropeza, José de Jesús Orozco Henríquez, José Luis Soberanes Fernández; Las Responsabilidades de los Servidores Públicos, p. 114.

Respecto al objeto material del peculado, se plantea la problemática relativa a: 1) la pertenencia; y, 2) a su valor.

Para exponer más claramente este tema, sobre el particular debe considerarse que:

1) Pertenencia de los bienes.-Dice Vincenzo Manzini, que: "jurídicamente una cosa sólo pertenece en todo o en parte a un sujeto cuando compete a éste, exclusivamente o en concurso -- con otros, el derecho de propiedad u otro derecho real sobre dicha cosa o sobre una parte de ella. No basta, pues, el simple hecho de la posesión de la cosa por parte de la administración pública para admitir que la cosa pertenezca a ella ni aun cuando - tal posesión tenga su título en actos de coerción real, como por ejemplo el secuestro:medida cautelar en virtud de la cual la cosa no viene a "pertenecer" a la administración pública, sino que "pertenecerá" unicamente a ella cuando se hayan verificado determinadas condiciones (por ejemplo, se haya ordenado la confisca-- ción). Así ocurre también con las cosas que los particulares expiden por ferrocarril o depositan a título de caución o por otro motivo. Esta regla vale aunque la administración pública esté -- obligada a responder civilmente del depósito, pues esta obliga-- ción no hace pasar la cosa a su propiedad, como cuando se trata en cambio de préstamos de dinero". (235)

En cuanto a la pertenencia, los bienes considerados - objeto material de los tipos de peculado contenidos en las fracciones II, III y IV del artículo 223 del Código Penal (fondos públicos" -considerando también como tales los beneficios derivados de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades- y "recursos públicos federales), no ofrecen problema alguno, pues expresamente reconocen su carácter de públicos, es decir, su perte

(235) Vincenzo Manzini, ob. cit., t. 8, vol. III, p. 140.

nencia ligada a la administración pública. La problemática surge en la fracción I, ya que comprende como objeto material no solo el dinero, valores. fincas o cualquier otra cosa perteneciente - al Estado o a los organismo descentralizados, sino también los - de particulares; por tal razón, resulta necesario determinar el carácter de estos últimos bienes y, por ende, su pertenencia.

El Dr. Raúl Carrancá y Rivas, hace consistir el objeto material de la fracción I, en bienes propiedad del Estado Federal, es decir de la Nación, o de la de un organismo descentralizado del Estado Federal y en el que la Federación tenga participación presupuestal o bienes de un particular, que estén bajo la administración, depósito u otra causa, del agente y por razón de su cargo. Y con fundamento en la fracción VI del artículo 32 del Código Penal, sostiene que si los bienes pertenecen a un particular, el Estado está obligado subsidiariamente a reparar el - daño causado por el servidor público. (236)

De igual manera, aunque más sistematizada Francisco - González de la Vega sostiene que el peculado es la distracción - de bienes o valores públicos, o de particulares. (237)

Luis Fernández Doblado comenta que el peculado propiamente dicho, consiste en la apropiación de bienes pertenecientes a la administración pública (o sea bienes públicos) realizada -- por un servidor público, cuando por razón de su cargo está en posesión de tales bienes. En otros Códigos -continúa- suelen regularse variadas formas de malversación de los caudales públicos o de los pertenecientes a particulares y que por motivos legales - se han confiado a la administración pública. En el derecho ita--

---

(236) Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, ob. cit., pp. 492-493.

(237) Cfr. Francisco González de la Vega, El Código Penal Comentado, p. 304.

liano, por ejemplo, el peculado se distingue precisamente de la malversación, en que esta última recae sobre objetos pertenecientes a particulares y no a la administración pública. (238)

Entonces pues, si bien el objeto material previsto por la fracción I del artículo 223 del Código Penal comprende las cosas pertenecientes al Estado y a los organismos descentralizados, extendiéndose a las pertenecientes a particulares, ello no significa que éstas últimas, es decir, los bienes meramente privados, gocen de la protección especial propia del peculado.

La fracción en comento implícitamente indica que cuando la cosa pertenezca a la administración pública, o sea, al Estado o a un organismo descentralizado, los bienes son públicos; por otro, aparentemente atribuye a los bienes calidad distinta de los públicos al hacer referencia a la pertenencia a favor de un particular de dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa.

Por otra parte, en la práctica, es común que el concepto de pertenencia es buscado a través del de propiedad civil, pero pertenencia y propiedad no son conceptos equivalentes. Comúnmente se afirma que existe pertenencia cuando compete a alguien, exclusivamente o en concurso con otros, el derecho de propiedad u otro derecho real sobre los bienes. Sin embargo, el concepto penal de pertenencia no coincide con el concepto de propiedad del derecho privado, ya que esa potestad de gozar y disponer de las cosas de manera plena y exclusiva de acuerdo con lo permitido por las leyes y sin perjuicio de tercero, incluye, además de los derechos reales, formas de disponibilidad que sobre una cosa tiene la administración pública como consecuencia de su destino para el servicio público o de la consecución de sus fines.

---

(238) Cfr. Luis Fernández Doblado, art. cit., pp. 236 y 241.

En términos planteados, los bienes propiedad de particulares, -- afectados a los servicios públicos prestados por la administra-- ción pública, ingresan a la pertenencia de ésta y adquieren, por tal circunstancia, la calidad de públicos.

En esas condiciones, los bienes privados en poder de la administración pública a título de administración, ingresan a su pertenencia y, por tener sobre ellos facultad de disposición, es decir, acción de gobierno o de regir dichos bienes, se les -- asigna el carácter de públicos. Empero, los bienes confiados a - la administración pública en depósito o en secuestro (depósito - de cosa litigiosa), cuya disposición no tiene, ¿qué calidad asu-men? Ante tal supuesto y aunque textualmente no se exprese, el - sistema del Código Penal admite equiparar los bienes privados a los públicos, atendiendo en este caso al derecho que sobre ellos tiene el Estado en principio, y a la responsabilidad patrimonial que respecto de tales bienes contrae, en segundo término.

Por tanto, en el depósito y en el secuestro de que se trata, el particular titular tiene limitada la propiedad de la - cosa en cuanto a su disfrute, el Estado lo detenta, pero como depositario se obliga a custodiarla, o sea, a guardarla y conser-- varla según la reciba, para restituirla al depositante cuando -- así proceda; en tal carácter, el Estado tiene derecho de retener la cosa en su poder y obligación de responder del riesgo que co-rra. Y, cuando dichos bienes garantizados por el Estado son objeto de distracción por parte de un servidor público, el perjuicio no recae directamente sobre el particular sino sobre el Estado, quien adquiere, llegado el caso, obligación de reparar subsidia-riamente el daño atento a lo dispuesto por la fracción VI del -- artículo 32 del Código Penal, Asimismo, el artículo 560 del Código de Procedimientos Civiles dispone:

Art. 560.- "El depositario y el actor, cuando éste lo hubiera nombrado, son responsables solidariamente de los bienes". (239)

Acerca del objeto material señalado por la referida - fracción I, Jiménez Huerta expone: El objeto material tiene que ser". . . perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular. . ." En este último caso-". . . a . . . un -- particular . . ."- se engendra un aparente equívoco, pues dijéra se que el propio artículo 223 desvirtúa la esencia del delito y admite que éste puede cometerse en perjuicio de una persona física. Sin embargo, esto es una apariencia engañosa. Cuando el sujeto activo, en razón de su cargo, obtiene dinero o cualquier otra cosa por legítimas percepciones o cobros de un particular y se - los apropia, comete peculado; la cosa la obtiene en ejercicio de sus funciones públicas y la distracción la hace en perjuicio de la administración, habida cuenta de que el particular se encuentra cubierto ante la administración por boletas o recibos legítimos, amén de la obligación que la administración pública siempre tien, en última instancia, conforme a la fracción VI del artículo 32, de sufrir el perjuicio económico. (240)

De este razonamiento igualmente se desprende que, - - efectivamente, el objeto material del tipo de peculado previsto por la fracción I, se encuentra constituido, en sentido lato, por cosas públicas; pudiendo derivar tal calidad de su pertenencia a la administración pública y, eventualmente, de la responsabilidad que sobre algunos bienes adquiere el Estado y respecto de los -- cuales tiene algún derecho. Por esta razón se ha dicho que el peculado orienta su represión en la seguridad de determinada clase de bienes: los públicos.

(239) Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, trigésima edición, p. 131.

(240) Cfr. Mariano Jiménez Huerta, Suplemento al Tomo V de Derecho Penal Mexicano, p. 52.

2) Valor de los bienes.- En virtud de que el penúltimo párrafo del artículo 223 del Código Penal, establece: "Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente - no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, O NO SEA VALUABLE. . ."; surge la duda acerca de si - las modalidades de peculado exigen necesariamente para su configuración que los bienes distraídos tengan alguna estimación o -- precio.

Sin duda alguna, el peculado, por su propia esencia, exige que los bienes considerados objeto material tengan un va-- lor, económico o no, aunque bien pueden no ser valuables en cierto momento, por resultar imposible señalarles un precio en las - relaciones de cambio.

"Valor" no hace referencia al meramente económico en sí mismo, como grado de aptitud o utilidad de las cosas, es un - extremo condicionado que razonablemente puede adquirir un bien - en determinadas situaciones (por ejemplo por transformación) o incluso, en relación a una persona determinada (verbigracia: colecciones de timbres postales, sin valor de franqueo, pero guardados en la administración pública y que tienen o representan -- enorme importancia filatélica). El valor es la utilidad de una - cosa en cuanto queda reconocida por la estimación de los hombres.

"En cuanto a la esencia económica de la cosa, ésta, - para ser objeto de peculado, debe tener ciertamente una valor, - ya que de las cosas sin valor alguno no tiene el derecho razón - para ocuparse, ya que falta todo interés. . . Por otra parte - - -afirma Manzini-, como no parece posible que cosas carentes de - todo valor o no valorizables estén encomendadas por razón de oficio o de servicio a un oficial público o a un encargado de servicio público, la cuestión del valor de la cosa pierde la mayor -- parte de su importancia". (241)

(241) Vincenzo Manzini, bo. cit., t. 8, vol. III, pp. 137-138.

Por ello, tratándose del delito de peculado, representativo de una conducta delictiva en que el móvil del agente es el lucro, indispensable para su tipificación, exige por ello la concurrencia del daño patrimonial, no siendo suficiente que el servidor público viole el deber de fidelidad contraído con la administración pública; en la inteligencia de que el lucro o provecho jamás se obtendrá con la distracción de cosas carentes de valor, con cuya conducta tampoco se originará ningún daño patrimonial.

REFERENCIA AL PRESUPUESTO LOGICO MATERIAL.

La calidad específica requerida en el sujeto activo de los tipos descritos por las fracciones I, II y IV del artículo 223 del Código Penal, se completa con otra exigencia: la calidad de garante, que la Dra. Islas -citada por Rafael Marquez Piñero- estima como la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien. Esto es, el sujeto activo de los tipos mencionados ha de haber recibido los bienes, por razón de su cargo o por obligación legal, ya que el factum delictual supone la tenencia provisional con obligación restitutoria, o de rendir cuentas o de dedicarlos a un fin determinado. (242)

La descripción típica exige que el dinero o las cosas de que el servidor público se apropia, los haya recibido por razón de su cargo en administración, en depósito o por otra causa. Un presupuesto fáctico sirve de entrada a la conducta típica y, en su ausencia, es imposible concebir el peculado.

El sujeto activo debe haber recibido por razón de su cargo y bajo cualquiera de los títulos señalados, los bienes que

(242) Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, t. VII, p. 73.

después distrae. Y aunque conceptualmente el recivo de los bienes supone la entrega, no siempre se exige que ésta quede materializada en un singular acto corpóreo; pues si bien esto es posible cuando se trata de dinero, valores u otros objetos de naturaleza mueble, no sucede así tratándose de fincas u otros objetos semejantes como fábricas, plantaciones o ingenios, genéricamente abarcados en la frase "o cualquier otra cosa".

Una vez que el dinero, valores, fincas o cualqueir otra cosa estén administrativamente bajo el cuidado o custodia del servidor público, por razón del cargo que desempeña, se irrumpe en el ámbito en que puede realizarse la conducta típica. (243)

El autor del peculado descrito por las fracciones I y II, atenta contra bienes que se encuentran en su poder en virtud de sus funciones y de los cuales tiene poder de disposición, esta relación funcional con los bienes que tiene como causa generadora la denominada "razón del cargo" del servidor público, constituye el presupuesto lógico material del delito; a su vez, el tipo enunciado por la fracción IV, presupone para su configuración la tenencia precaria de los bienes derivada de obligación legal. Al respecto véase el cuarto punto desarrollado en el inciso cuatro del Capítulo II.

En síntesis, por cuanto el peculador tiene poder de disposición sobre los bienes, la ley exige que esté en posesión material o inmediata de los mismos, sin olvidar que la relación con los bienes guarda dependencia con la calidad investida o con la obligación creada, siendo preciso que el agente tenga competencia estrictamente legal para su manejo.

---

(243) Cfr. Mariano Jiménez Huerta, Suplemento al Tomo V de Derecho Penal, pp. 30-31.

d) OBJETO JURIDICO.

En términos generales, objeto jurídico es el bien o el interés jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de sanción y que el hecho o la omisión criminal lesionan; de tal suerte que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir éste su esencia. (244)

Antonio de P. Moreno en forma interesante expone: "Es objeto jurídico del delito el bien o interés jurídico protegido por la norma; aquél para cuya tutela establece la ley la conminación de una pena. Es a un tiempo el "objeto de protección" y el "objeto de ataque", más todavía, el bien jurídico de cuyo daño o peligro depende la antijuridicidad de la conducta típica . . . - Franz Von Liszt, en su "Tratado de Derecho Penal", Tomo segundo, expresa que llama "Bienes Jurídicos a los protegidos por el Derecho. BIEN JURIDICO ES EL INTERES JURIDICAMENTE PROTEGIDO". "Todos los bienes jurídicos son INTERESES VITALES del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, LO CREA LA VIDA; pero la protección del Derecho eleva el interés vital A BIEN JURIDICO".

Por tanto, el bien jurídico no es un bien que crea el Derecho, sino un bien de la vida, un bien de los hombres o de la sociedad, que el Derecho reconoce y protege en forma especial, con los medios coercitivos a su alcance. El bien de la vida o de la convivencia social se convierte en bien jurídico, cuando queda protegido por la norma". (245)

---

(244) Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos, ob. cit., p. 171.
(245) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano, p.36.

Celestino Porte Petit entiende por bien jurídico el - valor tutelado por la ley penal, sin desconocer que algunos ti-- pos, como los de peculado, protegen no uno sino varios bienes, - los cuales pueden tener igual valor o desigual, o sea, que algu- no de ellos tiene un valor superior, ocupando por consiguiente, el primer lugar o preferente, y sirviendo de base para la respec tiva clasificación de delitos, así como para la interpretación - de la ley penal. Y agrega: los bienes jurídicos se deben distin- guir en bienes "individuales" y bienes "de la colectividad"; en bienes disponibles y bienes no disponibles. (246)

Las diferentes posiciones adoptadas para desentrañar la objetividad jurídica del peculado, fueron analizadas en el -- punto número 2 del Capítulo II, en que se concluyó que el pecula do, dado su origen y evolución histórica, es un delito contra la propiedad que admite la concurrencia de otro interés jurídico pre valeciente, esto es, tutela un doble interés: por un lado, prote ge los intereses patrimoniales del Estado y por otro, el deber - de fidelidad a que está sujeto el servidor público dada su cali- dad. Este debido cumplimiento de deberes que la función pública genera para quienes la ejercen, se dijo, aumenta la entidad polí tica de la delincuencia y constituye la nota común del interés - protegido por el peculado.

Sobre el objeto jurídico del peculado, Antonio Quinta no Ripollés señala: "En la esfera de intereses materiales del Es tado figura evidentemente su patrimonio . . . las leyes penales protegen específicamente los intereses económicos, no ya sólo -- del erario público, sino los que de modo más o menos directo se integran en la compleja mecánica de la moderna economía. Ello -- puede hacerse, bien privilegiando con un plus de penalidad los - bienes del Estado y asimilados, como acontece de modo inequívoco

(246) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., pp. 442- - 443.

en los regímenes socialistas, que parece haber revivido, para su propiedad las ancestrales nociones de la res sacrae; o bien adoptándose un criterio medio, de singular protección excepcional, - que es el generalmente acogido en los modernos Estados de dere-- cho. En unos y otros suele extenderse la acción tutelar a valo-- res que no son estrictamente privados estatales . . . Sin embargo al lado de las tipologías genéricas de los delitos "contra la -- propiedad", sin discriminar su titular, los intereses patrimoniales del Estado han merecido ya de antiguo un tratamiento especial cuando a esa cualidad objetiva se unen otras subjetivas o de relación, surgiendo las tipologías de contra la propiedad por parte de los funcionarios públicos, como sucede en la de malversa-- ción de caudales públicos (peculado), que viene a constituir una variedad del hurto o de la apropiación indebida, cualificada por la condición personal del agente y por la naturaleza de la cosa. Conserva, por lo tanto, su privativa naturaleza de delito contra la propiedad..." (247)

"Es, en el fondo, un delito contra la propiedad cualificado por el abuso de confianza estatal. Atentado, sin embargo, que no ha de tener la modalidad violenta del rovo, sino la cautelosa del hurto, estafa, o, mejor aún, de apropiación indebida, - formas de criminalidad indefectiblemente absorbidas por él." (248)

El peculado vela por la integridad patrimonial de la administración y por la incorruptibilidad de la función pública; con tal dualidad de intereses protegidos, se pretende garantizar el probo desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública que la colectividad social reclama.

---

(247) A. Quintano Ripollés, Curso de Derecho Penal, t. II, pp. - 507-508.
(248) A. Quintano Ripollés, Comentarios al Código Penal, p. 722.

LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

Una vez comprobado, que existe una conducta voluntaria, el siguiente paso para la integración del peculado, será el de - verificar que haya adecuación al tipo respectivo del artículo -- 223 del Código Penal, es decir, que haya tipicidad.

Sobre este tema, se han emitido múltiples conceptos - entre los que sobresalen los siguientes (249):

a) "La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias o elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida" (Francisco Blasco y Fernández de Moreda).

En el mismo sentido, Carrancá y Trujillo dice que la tipicidad es la conformidad de una conducta con la hipótesis delictiva consignada en la ley penal; hipótesis -tipo del delito o "cuerpo del delito", según la denominación impuesta por la Constitución-, que está integrada por elementos objetivos, normativos y subjetivos. En consecuencia -expone- sólo podrá ser delictiva la acción que encaje en el tipo; ninguna acción será, por - tanto, delictiva si no está prevista en la ley penal como típica; bajo la sanción penal sólo caerán las conductas ajustadas a los tipos exhaustivamente formulados en la ley, aunque otras acciones puedan ser reprobables éticamente o en vista de las costumbres - de un país. Y concluye formulando un nuevo dogma: no hay delito sin tipicidad. (250)

---

(249) Citados por Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p.470
(250) Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, ob. cit., pp. 171-172.

b)"La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal" (Laureano Landaburu).

c) "La tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción" (Jiménez de Asúa).

d) "La tipicidad como elemento se da, cuando el infractor que no es el destinatario, arregla y conforma su conducta, con escrupulosa exactitud, a la hipótesis de la ley" (Pardo Aspe).

Por ello se afirma que la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.

e) "Adecuación típica significa pues, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias" (Jiménez Huerta).

Dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, se entiende por tipicidad la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa; de tal manera que la tipicidad presupone el hecho tipificado más la adecuación típica o subsunción del hecho concreto al tipo legal. Sin embargo, no debe confundirse el tipo con la tipicidad; el primero es el antecedente necesario del delito, es decir, su presupuesto, mientras la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos. (251)

---

(251) Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos, ob. cit., p. 283.

Por tanto podemos decir que la tipicidad es la adecuación de una conducta o hecho concretos con la descripción legal - formulada en abstracto, es en sí, la coincidencia del comportamiento con la hipótesis legislativa.

En cuanto a la tipicidad, es necesario determinar el papel que desempeña en la teoría del delito y su función:

1o. Papel: la tipicidad es elemento constitutivo del delito.- Beling -citado por Carrancá y Trujillo- ha concluido que no hay delito sin tipicidad, o sea, sin el hecho de que la vida - real encaje dentro de una de las fórmulas descriptivas de la parte especial de los códigos donde se definen y catlogan los delitos. En nuestro derecho, aceptado el dogma nullum crimen sine lege y correlativamente el de que no hay delito sin tipo legal al - que corresponda la acción, se reconoce a la tipicidad como elemento constitutivo del delito ya que sin ella no sería incriminable la acción. (252)

En virtud de que la tipicidad tiene fundamental importancia porque establece en forma clara y patente, que no existe - delito sin tipicidad, constituye "uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración". (253)

2o. Función: la tipicidad es razón de ser de la antijuricidad.- La acción antijurídica debe ser típica para considerarse delictiva, debe encajar dentro de la figura de delito creada - por la norma penal positiva, pues de lo contrario, al faltar el - signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es - la tipicidad penal, dicha acción no constituirá delito.

---

(252) Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, ob. cit., p. 407.
(253) Fernando Castellanos Tena, ob. cit., p. 165.

Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. Pero, téngase presente que puede existir tipicidad sin que exista acción antijurídica, como ocurre con las causas de justificación - en las que hay tipicidad y también juridicidad, por lo que el delito no existe.

La tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad y por ello, en el Derecho Penal liberal se le atribuye un carácter delimitador y de trascedental importancia. En atención a que exclusivamente hay tipicidad cuando la conducta o hecho se adecúan exactamente a un tipo legal cuya existencia es previa, la - tipicidad no sólo es pieza técnica del delito, es secuela del -- principio legalista, garantía de libertad. (254)

En el caso particular, para que exista tipicidad en - el peculado es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en cualquiera de los tipos previstos en el artículo 223 del Código Penal, esto es, que se adecúe o conforme - en su totalidad.

La tipicidad en el delito de referencia, no se concreta únicamente al elemento objetivo, porque como se ha expuesto, los diversos tipos contienen además, elementos normativos y subjetivos del injusto. Consecuentemente, el comportamiento del - - agente será típico cuando la manifestación de su voluntad, la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la descripción legal correspondiente y, asimismo, se satisfagan los presupuestos y se integren los elementos constitutivos que contiene.

---

(254) Cfr. Fernando Castellanos Tena, ob. cit., p. 168; Raúl Carrancá y Trujillo, ob. cit., pp. 406-407.

d).- AUSENCIA DEL TIPO: ATIPICIDAD, SUS CAUSAS.

AUSENCIA DEL TIPO.

La ausencia de tipo, constituye el aspecto negativo - del tipo. Hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho que - en la realidad se han presentado, no están descritos en la norma penal. Por tanto, como asienta Jiménez de Asúa, la ausencia de - tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecu-- ción contra el autor de una conducta no descrita en la ley, in-- cluso aunque sea antijurídica.

La falta de tipo (inexistencia del presupuesto gene-- ral del delito) presupone la ausencia total de descripción del - hecho en la ley. Tal ausencia de tipo se presenta en el peculado porque el legislador deliberada o inadvertidamente, no describe la distracción de trabajos o servicios realizada por un servidor público que, según el sentir general, debería ser incluida en el artículo 223 del Código punitivo como una modalidad del peculado.

Respecto a la ausencia de tipo y de delito putativo - (255), se considera que el delito putativo no es sino un caso de ausencia de tipo, una hipótesis de exclusión de la tipicidad por la ausencia de una norma penal a la cual se refiera el hecho. -- (256)

---

(255) Acto realizado por un sujeto en la creencia de que con él se infringe una norma penal cuando, en realidad, ésta no - existe; recibe también la denominación de delito imagina-- rio. Cfr. Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., p. 210.

(256) Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., pp. 465- - 467.

ATIPICIDAD: SUS CAUSAS EN EL PECULADO.

Cuando no se integran todos los elementos esenciales descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad, impeditivo de su integración. La atipicidad o ausencia de tipicidad es la falta de adecuación de la conducta o hecho al tipo y, si no son típicos, jamás podrán ser delictuosos, pues si hay atipicidad, consiguientemente hay carencia de hecho punible.

La atipicidad supone un actuar que no llega a ser típico, y tiene lugar cuando el comportamiento humano concreto no encuentra perfecta adecuación en la descripción prevista legalmente en forma abstracta, por estar ausente alguno o algunos de los elementos constitutivos del tipo, ya se trate de referencias a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc.; la descripción existe pero no hay conformidad al tipo.

En términos señalados, en el peculado habrá atipicidad cuando la acitividad desplegada por el sujeto activo no se adecúe a ninguno de los tipos descritos por las fracciones del artículo 223 del Código Penal, es decir, cuando no se integren todos los elementos requeridos por cualquiera de ellos. Ejemplo: un servidor público distrae para usos propios, bienes pertenecientes a un organismo descentralizado, los cuales no poseía en razón de su función sino por encargo de un colaborador; tal hecho no resulta típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa contenida en la fracción I, en donde se precisa para la configuración del peculado, la tenencia precaria de los bienes distraídos precisamente en razón del cargo, esto es, en razón de la competencia funcional del agente y no en virtud de la confianza en él depositada.

En el fondo -afirma Castellanos Tena-, en toda atipi-

cidad hay falta de tipo; si un hecho especifico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo. (257)

CAUSAS DE ATIPICIDAD EN EL PECULADO.

Las causas que originan la atipicidad en el peculado, pueden reducirse, según el concepto legal contenido en el artículo en análisis, a las siguientes:

1a. Ausencia total de tipo.- Es una hipótesis de atipicidad general, se cita como ejemplo la distracción en provecho propio o ajeno de trabajos o servicios pagados por la administración pública, realizada por un servidor público o por cualquier persona con obligación de administrarlos o aplicarlos.

2a. Ausencia del presupuesto de la conducta, descrito por las fracciones I y IV.- En atención a que los tipos contenidos en esas fracciones expresamente exigen como condición real - preexistente a la ejecución del hecho, la tenencia de los bienes por parte del peculador, no será realizable el hecho típico descrito por la última fracción mencionada, si la persona que sin - ser servidor público federal distrae de su objeto para usos propios, recursos públicos federales respecto de los cuales no tenía la posesión inmediata o mediata derivada de una obligación - legal, pues ese antecedente necesario debe existir, valga la redundancia, cronológicamente antes que la acción y, su falta, impide la integración del peculado.

En el caso de la fracción I, tampoco se configurará - el tipo si el servidor público distrae bienes que no poseía previamente, en razón de su cargo.

(257) Cfr. Fernando Castellanos Tena, ob. cit., pp. 172-173.

3a. Ausencia de la calidad requerida en el sujeto activo de las fracciones I y II.- En el supuesto de que una persona continúe ejerciendo funciones de servidor público después de haber sido suspendido como tal. y para uso de un familiar distraiga de su objeto una finca que oportunamente le fue confiada en depósito por razón de su cargo, no será considerada sujeto activo de peculado, por cuanto su calidad es una mera apariencia; ya que la suspensión, como la establecen los párrafos segundo y tercero, fracción IV del artículo 64 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, suspende temporalmente los efectos del acto que haya dado origen a la ocupación del empleo, cargo o comisión, rigiendo desde el momento en que sea notificada al interesado o éste quede enterado de la resolución por cualquier medio y cesará, cuando el servidor público sea legalmente restituido en el goce de los derechos que su cargo le confiere.

Igualmente la destitución y la inhabilitación (258), sean impuestas como sanciones administrativas o como penas, dejan sin efecto el nombramiento correspondiente. En tal virtud, el servidor público suspendido, destituido, inhabilitado o cuyo nombramiento haya sido revocado, no podrá ser sujeto activo de los tipos enunciados en las fracciones I y II.

La calidad de servidor público expresamente exigida en el sujeto activo de las fracciones referidas, constituye un presupuesto especial y, su inexistencia, provoca la traslac-ón del tipo delictivo. Al respecto se distingue:

---

(258) Destitución es la separación de cargo o empleo impuesta como sanción al titular del mismo, por autoridad competente con fundamento legal y mediante el procedimiento preestablecido. Inhabilitación es una sanción accesoria de determinados delitos que priva a quienes los cometen del ejercicio temporal o permanente de ciertos cargos y funciones. - Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, ob. cit., pp. 234 y 303.

a) El tipo descrito por la fracción I exige, conforme a su redacción, que el servidor público invista tal calidad tanto en el momento de la recepción de bienes como en el momento de su distracción.

b) En tanto, el señalado por la fracción II, requiere tan solo que el agente revista la calidad de servidor público al momento de utilizar indebidamente fondos públicos u otorgar algún acto de uso indebido de atribuciones y facultades, con el objeto de realizar las promociones o denigraciones contenidas en el tipo.

4a. Ausencia de objeto material, o bien, existiendo éste, no satisface las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos.- Ejemplo: el servidor público encargado de asignar, recuperar y reasignar vehículos automotrices propiedad de una dependencia de la administración pública, que tiene a su vez como actividad inherente a su cargo el resguardo de los documentos que acreditan la propiedad de dichos vehículos oficiales, endosa la factura y el tarjetón del mejor de ellos a un tercero, con el fin de entregárselo en cuanto sea devuelto por el funcionario que lo tien en uso, quien ya no regresa dicho vehículo por haberle sido robado. En este supuesto, pese a haberse agotado todos los actos tendientes a la distración, se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción.

Por otra parte, cuando los bienes distraídos no reúnan los requisitos exigidos para ser considerados como públicos, tampoco se integrará el peculado por falta de objeto material específico. Al respecto, ver el inciso correspondiente a la pertenencia de los bienes, desarrollado en la exposición del objeto material.

5a. Ausencia de las referencias temporales de la conducta.- Cuando no han operado las condiciones de tiempo exigidas en los tipos que a continuación indico, aún habiéndose dado la --

conducta, ésta resultará atípica. Hay ausencia de referencias temporales, en el peculado, por falta de la denominada "razón de cargo" (competencia funcional) requerida expresamente en la fracción I, de la competencia implícitamente contenida en la fracción II, o, de la obligación legal señalada por la fracción IV. Faltando esas modalidades de la conducta, o sea, terminado el período de competencia del servidor público o de la obligación legal, no podrá integrarse el peculado.

6a. Ausencia de los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.- Como se ha analizado, todos los tipos de peculado contienen expresamente elementos subjetivos del injusto que constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue, por lo que, su falta, impide la configuración típica. Así, si un servidor público por mera ineptitud, no para usos propios o ajenos, distrae de su objeto los valores recibidos en administración y por razón de cargo, dándoles una aplicación pública distinta a la que se les destinó, no habrá peculado; en todo caso, al servidor público se impondrá una sanción administrativa de acuerdo a la gravedad de la responsabilidad en que incurra con el incumplimiento de su obligación. Pero, en materia penal, tal ausencia subjetiva hará operar una atipicidad.

7a. Ausencia de la antijuridicidad especial.- Por excepción, el tipo contenido en la fracción II señala en su descripción que el comportameinto debe efectuarse "indebidamente", captando con tal requerimiento, una especial antijuridicidad. En tal virtud, el servidor público que en caso de permitirlo la ley, utilice fondos públicos con el objeto de promover su imagen política o social o la de su superior jerárquico, podrá realizar la promoción correspondiente siempre que respete las condiciones y términos establecidos por la misma ley. Y al obrar justificadamente, con la previsión legal, no se presentará la antijuridicidad especial ni tampoco se colmará el peculado y, esa causa que en otros delitos sería, por su naturaleza, causa de justificación,

tórnase atipicidad en este caso.

Por último, en relación a las consecuencias que se pueden prcducir cuando existe una atipicidad en el peculado, se citan tres hipótesis:

a) No integración del tipo.- Se da cuando falta alguno de los elementos constitutivos del peculado: que quien realice las conductas descritas por las fracciones I y II no sea servidor público; que el objeto material no sea el expresamente señalado; que respecto de los bienes no haya posesión precaria derivada de la razón de cargo (fracción I) o de la obligación legal (fracción IV); que no exista ninguno de los títulos de la tenencia señalados por las fracciones I y IV.

b) Traslación de tipo.- En el caso de que falte la calidad exigida en el sujeto activo, se dará, en primer término, el ejercicio indebido de servicio público dispuesto por las fracciones I y II del artículo 214 del Código Penal y, en segundo, un delito patrimonial. El artículo mencionado preceptúa:

Art. 214.- "Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que:

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

II. Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido".

Si está ausente la relación funcional con los bienes, tendrá lugar un robo o un fraude.

La posesión -a decir de Fernández Doblado- no debe -- provenir de una voluntad viciada por error o por engaño ni debe haber sido obtenida mediante violencia (259), pudiendo darse en este caso la figura del abuso de autoridad prevista por la fracción VIII del artículo 215 del Código citado, que a la letra dice:

Art. 215.- "Cometen el delito de abuso de autoridad - los servidores públicos que incurran en alguna de las infracciones siguientes:

VIII. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o - disponga de ellos indebidamente".

Si el sujeto activo no ha tenido la facultad de disposición de los bienes, o sólo ha ejercido sobre ellos una detentación subordinada, y los distrae de su objetivo, será responsable del delito de robo, por ejemplo: el chofer de un automóvil ofi-- cial o el mensajero.

c) Delito imposible.- Se presenta una tentativa imposible cuando falta el objeto material que se pretendía distraer, utilizar indebidamente o aplicar a un fin distinto.

---

(259) Cfr. Luis Fernández Doblado. art. cit., p. 242.

C A P I T U L O V

CONSIDERACIONES FINALES

En este capítulo analizaré las causas de justificación, la imputabilidad, la culpabilidad, la antijuricidad y la punibilidad, a fin de que el delito a estudio pueda ser apreciado, además de lo anteriormente señalado, con mayor claridad, por lo que a continuación se iniciará con:

a) CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Son aquéllas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica, constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad: y, ante su presencia, la conducta o hecho realizados no son contra el derecho sino conforme al derecho, y esta conformidad debe provenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico público o privado.

"Maggiore nos dice que la ley del mismo modo que puede acriminar un hecho, puede desacriminarlo, es decir, puede quitarle el predicado de criminosidad, haciendo secundum ius (conforme a derecho) lo que es contra ius (contrario a derecho), agregando que de esa manera "justifica" la acción, esto es, vuelve a poner dentro de la órbita del derecho, una acción que debía ser excluida de allí" (260). En efecto, las eximentes de referencia "justifican" la lesión de un interés penalmente protegido y

---

(260) Citado por Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., pp. 491-492.

por ello, se les denomina causas de justificación; con ellas desaparece lo injusto, es decir no sólo el delito, sino la injuria, en su vasto sentido, pues no eliminan una simple característica del delito, sino la esencia de toda acción injusta.

U en función del elemento esencial (antijuridicidad) del delito que anulan, las causas de jsutificación presentan las siguientes características:

a) Son objetivas: recaen sobre la acción realizada, - se refieren al hecho y no al sujeto.

b) Son impersonales: no están dirifidas a persona determinada, se pueden hacer valer por cualquier persona.

c) Sus efectos son erga omnes respecto de los partíci pes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo: o sea, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia cooperan en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho, en tal virtud, no acarrean para ninguno consecuencias penales ni civiles.

Las causas de justificación o especiales situaciones en las que una conducta o hecho que están prohibidos por la ley penal, siendo típicos, no constituyen delito por la existencia - de una norma que los permite o autoriza, tienen su razón de ser en dos fundamentos:

a) En la ausencia de interés.- Está ausente el inte-- rés que el orden jurídico trata de proteger cuando el titular de un interés privado que libremente puede ejercer, en ejercicio de su derecho consiente el acto (consentimiento del ofendido); o -- cuando el Derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo. O.

b) En la existencia de un interés preponderante.- Se presenta cuando el Derecho, ante la imposibilidad de que dos intereses jurídicamente tutelados subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante.

El artículo 15 del Código Penal, bajo el rubro "circunstancias excluyentes de responsabilidad penal", anuncia como causas de justificación:

1. La legítima defensa (fracción III).- "Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecot de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación: o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión".

2. El estado de necesidad, cuando el bien salvado es de mayor valía que el sacrificado (fracción IV).- "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance."

3. El cumplimiento de un deber o el ejercicio de un - derecho consignados en la ley (fracción V).- "Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de - un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho". Y

4. El impedimento legítimo (fracción VIII).- "Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo".

Respecto a las causas de justificación que operan en el peculado, Luis Fernández Doblado señala: "Los hechos en que - consiste el delito de peculado deben ser desde luego, objetivamente antijurídicos, no teniendo tal carácter aquellas sustracciones o distracciones que se hagan con el válido consentimiento del sujeto pasivo, o naturalmente en ejercicio de un derecho y - en cumplimiento de un deber". (261)

Por lo que hace al consentimiento del ofendido, caben dos consideraciones:

1a. El consentimierto del ofendido equivale al abandono consciente de los intereses por parte de quien legítimamente tiene la facultad de disposición directa sobre un determinado bien jurídico (función y patrimonio públicos, en el caso del peculado). Y para que excluya la antijuridicidad debe referirse fundamentalmente a la acción como tal (distracción), abarcando todas sus partes integrantes (resolución de voluntad, movimiento corporal y resultado externo); y además, debe existir en el poseedor del bien jurídico (ofendido) como dirección de su voluntad. Conforme a esto, para que el consentimiento del ofendido sea eficaz, debe reunir los siguientes requisitos:

---

(261) Luis Fernández Doblado, El Delito de Peculado, CRIMINALIA, p. 245.

a) Ser formal, es decir, el lesionado debe poseer la necesaria capacidad de juicio al momento de otorgarlo;

b) Ser voluntario, o sea, debe corresponder a la verdadera voluntad del lesionado (lo que obliga a decidir con arreglo a las circunstancias y naturaleza de cada caso concreto);

c) Darse con pleno conocimiento de la situación de hecho; y,

d) Otorgarse antes o en el momento de la acción y no en el que se produzca el resultado externo.

El problema relativo a si el consentimiento del ofendido es apropiado para excluir la antijuridicidad en el peculado y, en consecuencia, la punibilidad de la acción, impone tomar en cuenta la naturaleza jurídica del delito de que se trata, ya que el contenido material del injusto es decisivo en materia de consentimiento, pues la eficacia de éste depende de si el lesionado que consiente posee o no sobre el bien jurídico (función y patrimonio públicos) una facultad de disposición.

"El contenido material del Derecho corresponde al - - bien jurídico protegido, según Mezger. De dicho bien jurídico, - como objeto de protección del delito, ha de separarse el objeto de la acción, entendido como el objeto contra el que la acción - corporalmente se dirige. Si se habla de consentimiento del ofendido ha de pensarse en el consentimiento del titular del objeto de la acción. En consecuencia, la eficacia del consentimiento deberá resolverse segú- que el titular del objeto de la acción lo sea o no también del objeto de protección. Cuando el titular del objeto de la acción -dice Mezger- y el del objeto de protección son la misma persona, el consentimiento será eficaz; mientras -- que, cuando esto no ocurra, subsiste la antijuridicidad de la --

acción a pesar del consentimiento del ofendido". (262)

Por las razones mencionadas y al carácter social del bien jurídico tutelado por el peculado, resulta absurdo que en este delito pueda operar el consentimiento del ofendido como causa de justificación, pues sería contradictorio que el mismo Estado (sujeto pasivo del delito) o la colectividad social (sujeto pasivo del daño y ofendido) consintieran voluntariamente la distracción de los bienes necesarios para el cumplimiento de los fines de interés público. Ni tratándose de bienes propiedad de particulares puede aceptarse tal justificante, por dos razones: a) porque los particulares, en lo personal, no son titulares del objeto de protección del peculado; y b) porque no tienen facultad de disposición sobre el objeto de la acción, sea por estar depositado a favor de la administración pública, o por estar afectado a un servicio público.

2a. En virtud de que el artículo 15 del Código Penal no incluye el consentimiento del ofendido como causa de justificación, y dado el doble carácter (formal y material) de la antijuridicidad, no es posible admitir que dicho consentimiento elimina totalmente la antijuridicidad, debido a que carece de una declaración o reconocimiento expreso del legislador, esto es, carece del único medio de neutralizar la antijuridicidad formal a que da vida también una declaración legal.

Respecto al cumplimiento de un deber o al ejercicio de un derecho, también son causales de justificación inoperantes en el peculado, pues es incongruente que un servidor público realice la "distracción" de la cosa "para usos propios o ajenos", en cumplimiento de un mandato legal emanado de autoridad competente, o en ejercicio de un derecho declarado.

---

(262) Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, pp. 380-381.

Por lo antes expuesto considero y a virtud de la especial objetividad jurídica del peculado, no opera en el mismo ninguna causa de justificación.

b).- LA IMPUTABILIDAD.

LA IMPUTABILIDAD EN EL PECULADO.

Con la imputabilidad, se incia el análisis del aspecto subjetivo del delito.

Jurídicamente la imputabilidad es considerada como la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y, en consecuencia, como capacidad jurídica de entender y de querer en el campo del Derecho represivo. Pero tal aptitud no es un elemento esencial del delito sino el presupuesto lógico-jurídico de la culpabilidad, pues para ser culpable antes se debe ser imputable, ya que si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, debe preexistir a ella la posibilidad de ejercer esas facultades. "Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad . . . porque al llegar a ésta . . . es cuando se debe determinar si el sujeto que ejecutó el hecho era capaz de realizarlo con conciencia y voluntad, correspondiendo entonces indagar si poseía las facultades de juicio y decisión" (263). Facultades que en todo momento están presentes -

(263) Fernando Castellanos, ob. cit., pp. 217-218.

en el agente de peculado, dado los requisitos que integran su - calidad.

La imputabilidad o posibilidad de obrar según el justo conocimiento del deber existente, se encuentra determinado - por dos aspectos de tipo psicológico:

a) Por un mínimo físico (desarrollo mental), generalmente representado por la edad; y

b) Por un mínimo psíquico (o salud mental).

En este orden de ideas, el conjunto de condiciones - mínimas de salud y desarrollo mentales que posee el peculador - en el momento del acto típico penal (distracción), es lo que lo capacita para responder del mismo; pues teniendo capacidad de - ralizar actos referidos al Derecho Penal, deberá responder de - las consecuencias penales de su infracción, es decir, será responsable.

El término responsabilidad se usa para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a Derecho, si obró culpablemente. Y ha sido definida por Castellanos Tena como "el deber jurídico en que se - encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad -- por el hecho realizado" (264); en la inteligencia de que sólo - son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho están obligados a responder de él. La responsabilidad resulta de una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara -- que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias (sanción penal) señaladas por la Ley a su conducta.

---

(264) Fernando Castellanos, ob. cit., p. 219.

En el ámbito de la imputabilidad y debido al lugar -(normalmente un establecimiento de la administración pública) y forma de ejecución del peculado, respecto a éste no es posible hablar de las llamadas actiones liberae in causa (libres en su causa pero determinadas en cuanto a su efecto), en que el sujeto, queriendo el estado de inimputabilidad, puesto que se coloca voluntariamente o imprudentemente en él, ha querido la conducta y sus consecuencias. En efecto, no obstante que puede existir un enlace causal entre el acto voluntario (decisión de distraer la cosa) y su resultado (distracción-detrimento), resulta difícil suponer que un servidor público en estado de inconsciencia de sus actos -como lo es el de ebriedad-, tenga acceso a su centro y documentos de trabajo, y menos, que las órdenes que dicte en tales condiciones, sean acatadas.

¿INIMPUTABILIDAD?

La inimputabilidad es la ausencia del desarrollo y -salud mental en el sujeto activo del delito, que acarrea la inexistencia de la culpabilidad y, por tanto, de la figura delictiva. Consiguientemente, las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Tratándose del peculado, en atención a la calidad de servidor público requerida en el sujeto activo, o mejor dicho, a las condiciones que integran la aptitud para ejercer el servicio público, no es admisible ninguna de las causas de inimputabilidad señaladas en el artículo 15 del Código Penal, pues sin duda alguna, el peculador comprende el carácter ilícito de la -distracción de la cosa (capacidad de entender) y se conduce de acuerdo con esa comprensión (capacidad de querer); y puesto que el agente de peculado realiza la conducta penalmente tipificada con capacidad de juicio y decisión, es decir, siendo sujeto ca-

paz de Derecho Penal, debe sufrir las consecuencias represivas correspondientes.

El artículo 15 del Código Penal, prevé como factores que afectan la capacidad o aptitud psicológica, los siguientes: a) El trastorno mental, que consiste en la perturbación de las facultades psíquicas: b) El desarrollo intelectual retardado, - que impide comprender el carácter ilícito del hecho, o conducir se de acuerdo con esa comprensión; y c) El miedo grave, que obe dece a procesos causales psicológicos, o sea, se engendra en la imaginación. Lo que hace en los términos citados a continuación: Art. 15.- "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad pe nal: II. Padecer el inculpado, al cometer la infracción, tras-- torno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida - comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuer do con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio - sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o im-- prudencialmente; ... VI. Obrar en virtud de miedo grave . . . e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos -- propios o ajenos . . ." (265)

c) LA CULPABILIDAD: EL ELEMENTO SUBJETIVO.

LA CULPABILIDAD.

La distracción de la cosa confiada al servidor públi co en razón de su cargo es delictuosa, cuando además de ser típica y antijurídica, es culpable. La culpabilidad se presenta - en el peculado cuando a causa de las relaciones psíquicas exis-

---

(265) Código Penal para el Distrito Federal, 41a. edición, 1985, p. 11; y anexo de dicha edición, de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre - del año indicado, p. 2.

tentes entre la distracción (previamente calificada de antijurídica) y el servidor público, la conducta debe serle jurídicamente reprochada. El reproche implica una estimación de la actitud psicológica del sujeto que consciente y por su propia voluntad, se constituye en causa del acto reprobado, colocándose en pugna con el orden jurídico.

"En el más amplio sentido -dice Jiménez de Asúa- puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos - que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (266); y, por ello, se considera a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. En este orden de ideas, la culpabilidad contiene dos elementos: uno intelectual que indica el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta; y otro emocional y volitivo que evidencia el querer tanto la conducta como el resultado.

Ahora bien, respecto a la culpabilidad el Código Penal, en sus artículos 8o. y 9o., incluye tres formas o especies:

a) EL DOLO.- Que se presenta cuando se delinque me-- diante una determinada intención delictuosa.

b) LA CULPA.- Tiene lugar cuando se delinque por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado - para la vida gregaria, sea por negligencia o por imprudencia. Y

c) LA PRETERINTENCION.- Que se manifiesta cuando el resultado delictivo sobrepasa la intención del sujeto.

Las cuales se prevén en los términos siguientes:

---

(266) Citado por Fernando Castellanos, ob. cit., p. 233.

Art. 8o.- "Los delitos pueden ser:

I. Intencionales;

II. No intencionales o de imprudencia;

III. Preterintencionales".

Art. 9o. "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia". (267)

EL DOLO COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL PECULADO.

En el peculado, toda vez que el agente dirige su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, la culpabilidad reviste sólo una forma: el dolo. - Con este criterio Antonio de P. Moreno manifiesta al tratar el delito en estudio:"El elemento subjetivo del delito es la intención dolosa del agente, su voluntad de cometer el delito y de - emplear los medios idóneos para ejecutarlo" (268). En efecto, - el delito de peculado que pone de manifiesto el fin de apropiación, únicamente es configurable cuando es cometido con conciencia y voluntad, no admite configuraciones culposas.

---

(267) Código Penal para el Distrito Federal, ed. cit., p. 9.
(268) Antonio de P. Moreno, Derecho Penal Mexicano, p. 544.

El dolo que no es más que el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico, contiene dos elementos: uno ético y otro volitivo o emocional. "El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico (269). El peculado es un delito meramente doloso por cuanto el agente, conociendo la gravedad de la distracción de la cosa confiada en razón del cargo o por obligación legal, procede a realizarla; u en virtud de que la voluntad o intención del agente se encamina directamente a la distracción de la cosa como acto típico, preséntase el llamado DOLO DIRECTO, por haber voluntariedad en la conducta y querer del resultado.

En lo concerniente a la culpabilidad, en el delito de peculado, el reproche se formula solamente a título de dolo, pero como afirma el Dr. Raúl Carrancá y Rivas, al dolo general del artículo 9o. del Código Penal se agrega un dolo específico consistente en la voluntad y conciencia del agente, de que la distracción de los bienes de su objeto legal, redunde en lucro económico propio o de tercero (270). Evidentemente, "para la sustracción propiamente dicha, debe estimarse como suficiente el dolo genérico, esto es, la voluntariedad del hecho con conciencia de obrar ilegítimamente contra los interese ajenos, la cual supone conocimiento de ser la cosa ajena" (271). Más, en cuanto a las hipótesis que contiene el artículo 223 del mencionado Código, debe concurrir el dolo específico, consistente en el particular conocimiento de la destinación de la cosa y el fin de provecho propio o ajeno, que se aprecia en el empleo de las siguientes frases: "para usos propios o ajenos distraiga de

---

(269) Fernando Castellanos, ob. cit., p. 239.
(270) Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo y, Raúl Carrancá y Rivas, Código Penal Anotado, p. 493.
(271) Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 245.

su objeto" (frac. I); "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" (frac.II) "a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades" (frac. III); y, "los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó". Con lo que se observa que el fin particular y los motivos del agente son importantes en la integración del peculado.

Sobre lo anterior, Vincenzo Manzini expone: "Dada la voluntariedad del hecho en sí, es natural que quien lo ha querido haya tenido también la conciencia de obrar contra el legítimo interés ajeno (lo cual basta para el dolo genérico) ...Hay, pues, razón para reconocer que en el peculado el dolo está in re ipsa, salvo naturalmente la prueba de la involuntariedad, de la buena fe, de la simple negligencia, o de otra causa que pueda excluir el dolo mismo. . . Se suele afirmar que el peculado exige también el dolo específico... En efecto, el dolo específico se requiere exclusivamente en la hipótesis de la distracción, que debe hacerse en provecho (patrimonial o no patrimonial) propio o ajeno, ya que de lo contrario no se puede reconocer que el agente distrajera lo que poseía legítimamente". (272)

ELEMENTO SUBJETIVO.

Por otra parte es importante considerar en éste tema y en virtud de que en los tipos de peculado se advierte el predominio de lo subjetivo sobre lo objetivo, analizaré el primer aspecto mencionado para diferenciarla de lo antes comentado.

En efecto, los elementos del tipo son subjetivos cuando radican y deben estudiarse en el agente del delito, por tener lugar en razón de su intención o propósito, siendo parte de la acción porque a ella están referidos en la descripción legal.

---

(272) Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, t. 6, vol. III, p. 171.

"Los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita. Tales elementos, dice Jiménez de Asúa, exceden del mero marco de referencias típicas, pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando éste los requiere" (273). A estos elementos se les ha venido denominando elementos subjetivos del injusto por consistir en características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor.

La doctrina ha seguido caminos diversos en cuanto a la ubicación y, por tanto, a la naturaleza de los elementos subjetivos: una corriente precisa que tales elementos pertenecen a la antijuridicidad; otra, los ubica en el ámbito de la culpabilidad; un criterio mixto encuentra referencias, en dichos elementos, tanto a la antijuridicidad como a la culpabilidad, debiéndose hacer la separación con vista a los tipos en particular; una última posición, niega a los elementos subjetivos del tipo relación tanto con la antijuridicidad como con la culpabilidad.

Franco Guzmán -citado por Francisco Pavón Vasconcelos admite la existencia de elementos subjetivos en el tipo legal objetivo, los cuales desde su punto de vista, sirven en ocasiones para calificar la culpabilidad del autor y en otras para integrar el juicio de ilicitud de la conducta. Reconoce la importancia de la distinción entre motivo y fin de la voluntad del sujeto: el motivo en el delito es la causa viciada que impulsa al sujeto a realizar una determinada acción, el cual tiene importancia, sobre todo, para el juicio de culpabilidad; el fin, en cambio, es aquella intención dirigida hacia un determinado objeto, este fin último, este objeto final, es el que da coloración de ilicitud a la acción. Sin embargo, admite la posibili--

---

(273) Francisco Pavón Vasconcelos, ob. cit., p. 273.

dad de casos en que motivo y fin tienden a unificarse, lo cual no impide su fácil separación. Finalmente, considera un error - llegar a identificar las funciones de los elementos subjetivos en los tipos penales, pues según el, no pueden pertenecer a la antijuridicidad y a la culpabilidad al mismo tiempo.

Francisco Pavón Vasconcelos, sostiene los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo de la tipicidad. Las referencias subjetivas no pueden ubicarse, de -- buenas a primeras, en el ámbito de tal o cual elemento del delito, pues es necesario el estudio de cada tipo en particular. En ocasiones, como lo ha observado Jiménez de Asúa, la referencia a la culpabilidad es manifiesta con el uso de expresiones que - aluden a la intención, al dolo del agente, tal como "indebida-- mente" en el caso del peculado descrito por la fracción II del artículo en estudio. Igualmente la referencia al móvil revela - la exigencia del tipo para comprobar la culpabilidad. El propósito o la finalidad hacen clara la vinculación de los elementos subjetivos a la antijuridicidad: "para usos propios o ajenos" - (fracciones I y IV): 'con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona" (fracción II); "a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades" (fracción III). (274)

Esos elementos de carácter subjetivo son una especialización del dolo y al mismo tiempo integran la materialidad de la acción, independientemente de que son comprensivos de ventajas patrimoniales o de otra índole, en provecho propio del peculador o en beneficio ajeno. Analicemos:

---

(274) Cfr. Francico Pavón Vasconcelos, ob. cit., pp. 273-277.

1o. Las figuras del artículo 223 del Código Penal, - expresan un corpus estructurado por elementos anímicos del au-- tor, por lo que se habla de la existencia de un dolo específico o especializado, según lo denomina la doctrina, esto es, requie ren un plus anímico que las caracterice. En tal virtud, el elemento subjetivo del peculado, conforme a su estructura, no se - satisface con el dolo genérico, o sea, con la determinación voluntaria o ánimo del autor de separar los bienes de la activi-- dad patrimonial de la administración pública, exige además un - dolo específico consistente en determinados móviles o propósi-- tos que aparecen taxativamente descritos en la ley, los cuales hacen referencia al espíritu de lucro, entendido éste como cual quier ganacia o provecho que se obtiene de una cosa, no económi co necesariamente.

Luis Fernández Doblado dice que en cuanto a la hipótesis de "distracción", debe concurrir el dolo específico, configurado por el particular conocimiento de la destinación de la cosa y el fin de provecho propio o ajeno (distraer para uso pro pio o ajeno) (275). El quid fáctico consiste en distraer con -- una finalidad específica: para usos propios o ajenos.

Más, no obstante que los elementos subjetivos del ti po de peculado figuran expresamente en él, se requiere una valo ración para determinar su existencia y su eficacia. En efecto, en el peculado el dolo genérico está in re ipsa, con la salve-- dad de la prueba de la involuntariedad o de otra causa que pueda excluir el dolo; pero el estado de ánimo específico no puede ser probado o justificado por percepción directa, sino que debe ser deducido de conjeturas exteriores como: las manifestaciones precedentes al hecho, la causa para delinquir, la naturaleza de los medios empleados, la manera de obrar, la índole del acusado, etc.

---

(275) Cfr. Luis Fernández Doblado, art. cit., p. 245.

2o. Las ventajas que persigue el peculador, según el elemento subjetivo, son las siguientes:

a) De orden patrimonial: dinero, valores, fincas o - cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo des-- centralizado o a un particular (frac. I); fondos públicos (frac. III); o, recursos públicos federales (frac. IV).

b) De carácter político-social: promocionar su ima-- gen política o social, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o denigrar a cualquier persona (frac. II).

c) De naturaleza operacional: por cuanto al disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades.

Por lo anterior, la doctrina de la finalidad de provecho o beneficio es manifiesta en el peculado, toda vez que la ley de manera expresa exige en el cuadro anímico del autor el - beneficio propio o ajeno, resultando evidente el ánimo de lucro o finalidad de provecho: el agente procura lucrar para sí o para otro. Y ni la intención de restituir, ni la efectiva restitución excluyen al delito.

d).- LA ANTIJURIDICIDAD. CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Analizado el primer elemento del delito de peculado, que en mi opinión es la conducta, y una vez precisada su adecuación a la descripción legal (tipicidad), se requiere también -- que la distracción de la cosa sea antijurídica, para situarnos en el plano de lo injusto, y tal acción lo será cuando la misma no se encuentre justificada en la ley, o sea, cuando no opere - ninguna causa de justificación.

LA ANTIJURIDICIDAD EN EL PECULADO.

En el delito a estudio debemos tomar en cuenta, como lo dice Fernando Castellanos, que:

Antijurídico es la contraposición de lícito, lo contrario al Derecho, la contradicción objetiva de los valores estatales. En este sentido, "la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo". (276)

Respecto a la antijuridicidad, requisito sin el cual no se compone la unidad indisoluble en que el delito consiste, Petrocelli ha expresado: "La antijuridicidad, en particular, es una nota que colora por sí misma cada parte del delito y por tanto, bien puede definirse, bajo otro aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos. Esta permeabilización de todas las partes del ilícito, conduce en ocasiones a confundir la antijuridicidad con el hecho antijurídico; confusión que debe evitarse con todo esmero. La antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradición entre la norma y el hecho; el hecho jurídico, en cambio, es el objeto del calificativo jurídico llamado antijuridicidad". (277)

Antolisei y Rocco, a su vez, sostienen que la antijuridicidad no es un simple componente, vale decir, un elemento constitutivo del ilícito, ella es mucho más, es la esencia mis-

(276) Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 176.
(277) Citado por Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 482-483.

ma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito (278); de tal suerte que sin antijuridicidad no puede haber delito.

Entonces pues, a la antijuridicidad, que constituye el aspecto más relevante del delito, se le ha encontrado una naturaleza objetiva, lo que significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho. Es decir, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal; pero tal juicio es de carácter objetivo, por cuanto sólo recae sobre la acción ejecutada. El juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa.

Porte Petit expone: "La antijuridicidad es objetiva, y existe cuando una conducta o hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad . . . pues la antijuridicidad es independiente, autónoma de la culpabilidad. Para que exista delito, es indispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existencia de la antijuridicidad. De aquí que esta última, de acuerdo con la prelación lógica entre las notas características del delito, es presupuesto de la culpabilidad, sin que a su vez, la culpabilidad, lo sea de la antijuridicidad. Una conducta no puede ser culpable sino es antijurídica, pero puede ser antijurídica sin ser culpable, dándose en este último caso una hipótesis de inculpabilidad". (279)

Para sostener de que una conducta es antijurídica, no basta observar si la conducta es típica. se requiere necesa-

(278) Citados por Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p.483.
(279) Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., pp. 486-487.

riamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado; en cada caso debe verificarse que el hecho examinado además de cumplir con el requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario. Esto es, para la existencia de la antijuridicidad debe concurrir la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo - describe y de oposición al principio que lo valora.

De lo anterior se desprende que no obstante que la - antijuridicidad entraña un concepto unitario, resultado de un - juicio substancial, tiene un doble contenido: uno formal y otro material. A saber:

a) El acto es formalmente antijurídico cuando se adecúa o conforma a un tipo penal, e implica por ello, transgre- - sión a una norma penal prohibitiva o preceptiva establecida por el Estado (oposición a la ley); de aquí que el dogma nullum crimen sine lege sea la base de la antijuridicidad formal. En el - peculado, es la distracción injusta lo que constituye la acción antijurídica señalada en el artículo 223 del Código Penal, dado que cuando la distracción es justa impide la calificación objetiva de ilicitud.

b) El acto es materialmente antijurídico en cuanto - significa contradicción a los intereses colectivos, sea por consistir en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de le-- sionarlo. El daño relevante penalísticamente en el peculado, a virtud de su especial objetividad jurídica, se encuentra doblemente constituído: en principio, por el quebranto de los debe-- res de la función pública; y, en segundo término, por el detrimento patrimonial que sufre la administración pública.

Como puede observarse, la antijuridicidad es inherente tanto a la acción como el resultado.

"Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material). Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas" (280). Por tal razón, sin contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico, no puede formularse un juicio desvalorativo sobre una conducta representativa de una substancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser de dicho orden.

En el peculado, la antijuridicidad de la distracción surge de su carácter ilegítimo, contrario al Derecho, cuya determinación precisa -como se ha señalado- de un juicio de valoración objetiva, pues sólo a través de un juicio de tal naturaleza es posible establecer el desvalor de la acción respecto al mandato contenido en el referido artículo 223 del Código Penal.

Siguiendo la exposición de la antijuridicidad, cabe anotar que en el campo jurídico se plantea el problema relativo a si debe hablarse de una antijuridicidad general, o bien, de una penal, civil, o de la correspondiente a cualquier otro ordenamiento jurídico. Independientemente de que la finalidad común del Derecho, como ordenación unitaria de vida, confiere una hermandad genérica entre las materias jurídicas, ya que tienden a la prosecución del bien común mediante la realización histórica de la justicia poseyendo cada una un campo acotado, pero perti-

---

(280) Fernando Castellanos, ob. cit., pp. 178-179.

nente a su naturaleza y misión, no debe hablarse de una antijuridicidad, cuando hay violación de un precepto legal o sea, a partir de ese momento se tiñe o colora la antijuridicidad de una - materia determinada: penal, civil, mercantil, administrativa, - etc." (281). Pues como manifiesta Petrocelli: "Denotando la antijuridicidad una relación de contradicción entre un hecho y una norma jurídica, la relación misma no puede existir sino entre - un hecho y una norma determinada y, consiguientemente, pertenece a una determinada norma del derecho. No es posible hablar de una antijuridicidad en general, sino sólo de una antijuridicidad penal, o civil, o administrativa, etc. Si el hecho, por sus diversos aspectos y efectos, está en contradicción con normas - pertenecientes a diversas ramas del derecho, tendremos, a la -- vez, una antijuridicidad penal y civil, o penal y civil administrativa, etc., pero nunca una antijuridicidad simplemente, referible al derecho en general". (282)

Otro aspecto que presenta la antijuridicidad, perfectamente apreciable en el contenido de la fracción II del artículo en estudio, es la antijuridicidad especial tipificada, que a continuación se indica:

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

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

---

(281) Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 489.
(282) Citado por Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 488.

"Algunos autores consideran que para saber en determinados casos cuándo una conducta o hecho son antijurídicos, es necesario incrustar en el tipo la mención de la antijuridicidad especial, lo que se explica en virtud de que mientras en la hipótesis en que la antijuridicidad no está expresamente mencionada, la realización del hecho es normalmente ilícita y excepcionalmente justificada, y en la hipótesis por el contrario, de -- particular mención de la antijuridicidad, el hecho ejecutado debe considerarse normalmente lícito y excepcionalmente ilícito" (283). Sin embargo, como lo denato el texto de la fracción transcrita, la antijuridicidad especial es irrelevante, innecesaria; y a decir de Jiménez de Asúa, "no es otra cosa, que un elemento normativo indebida e impacientemente incrustado en la que debió ser una descripción típica sin más alcance que el cognoscitivo y sin más propósito que el de concretizar o señalar lo injusto" (284). "El que expressis verbis -anota Jiménez Huerta- algunos tipos proclaman especialmente que la calidad delictiva de la -- conducta que nutre su contenido queda condicionada a que la expresada conducta sea efectuada injustamente, indebidamente, sin derecho o causa justificada, no tiene otra significación que la de una viciosa redundancia". (285)

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Respecto de las causas de justificación que no son - otra cosa más que especiales situaciones en las que una conducta o hecho que esten prohibidos por la ley penal, siendo típicos, constituyen delito por la existencia de una norma, como se dijo anteriormente basándose en los dos fundamentos que inicial

(283) Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 489.
(284) Citado por Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 489.
(285) Citado por Celestino Porte Petit Candaudap, ob. cit., p. 489.

mente expresamos, es decir, la ausencia de interés y la existencia de un interés preponderante.

e) LA PUNIBILIDAD.

LA PUNIBILIDAD EN EL PECULADO.

"La punibilidad no es sino la amenaza de la pena que se asocia al mandato o precepto contenido en la norma penal" --- (286). Al respecto, Fernando Castellanos expone: "La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción". (287)

Cierto es que la sanción acompaña a la norma para hacerla eficaz, es conveniente aclarar que la punibilidad o merecimiento de penas no es elememto esencial del delito sino una consecuencia de éste, pues si falta el delito permanece inalterable ya que subsiste el carácter delictivo del acto, excluyéndose únicamente la pena.

Por lo que hace al peculado, el Código Penal establece como medida para fijar la pena, el valor de cambio de la cosa que constituye su objeto y no el grave perjuicio ocasionado a la colectividad social; valor que generalmente debe quedar apreciado en dinero, aún tratándose de la utilidad producida, como en el caso de los beneficios derivados de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades, los que -como se ha expuesto- son - - equiparados a fondos públicos. También soluciona aquellas hipótesis en las que hay imposibilidad de determinar el valor de la co

(286) Francisco Pavón Vasconcelos, Comentarios de Derecho Penal, p. 57.
(287) Fernando Castellanos, ob. cit., p. 273.

sa, bien por la naturaleza de ésta o por cualquier otra circunstancia. Tal sistema, netamente objetivo, lo contienen los dos últimos párrafos del artículo 223 en los siguientes términos:

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

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

Como puede observarse, las penas que se prevén para el peculado, que son acumulativas, son de tres clases: 1a. Contra la libertad; 2a. Pecuniaria; y, 3a. Contra ciertos derechos. Y como una especie del género sanción pecuniaria, debe citarse la reparación del daño, pues como señala el artículo 29 del Código Penal: "La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño".

En el peculado, "la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito"; según lo dispone la fracción III del artículo 30 del Código mencionado.

José Barragán Barragán al referirse a la punibilidad prevista para los delitos cometidos por servidores públicos, manifiesta: "Las penas decretadas para estos tipos son la destitución, la inhabilitación, la multa y la prisión y pueden acumularse todas ellas. La multa puede alcanzar el monto hasta de quinientas veces el salario mínimo vigente en el momento de la comisión del delito en el Distrito Federal; la prisión puede llegar hasta los catorce años . . . La aplicación de estas penas podría presentar fuertes contrasentidos. De un lado, porque guardan un carácter todos esos delitos de meras faltas administrativas y, por ello, las penas resultarían excesivas. Pero, por otro lado, cuando estemos ante los extremos de máxima gravedad de esas mismas conductas, dichas penas podrían resultar insignificantes". (288)

En cuanto a la inhabilitación prevista para esa clase de delitos, considero que no es la correcta, pues tal pena debería tener carácter definitivo, es decir, ser perpetua, ya que es exigencia colectiva que la honorabilidad en el desempeño de un oficio público, sea requisito indispensable para ocupar cualquier otro. Y, en el caso de particulares que cometan o participen en la perpetración de alguno de los delitos indicados, igualmente debería negárseles, como medida de seguridad, la posibilidad de ocupar un cargo público, puesto que si no ocupándolo causan grave perjuicio al patrimonio colectivo, más daño ocasionan cuando tienen los medios a su alcance.

AGRAVACION DE LA PENA. -CIRCUNSTANCIA-

El artículo 213 del Código Penal, establece: "Para la individualización de las sanciones previstas en este título, el juez tomará en cuenta, en su caso, si el servidor público es

---

(288) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, t. III, p. 74.

trabajador de base o funcionario o empleado de confianza, su -- antigüedad en el empleo, sus antecedentes de servicio, sus percepciones, su grado de instrucción, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito. Sin perjuicio de lo anterior, LA CATEGORIA DE FUNCIONARIO O EMPLEADO DE CONFIANZA SERA UNA CIRCUNSTANCIA QUE PODRA DAR LUGAR A UNA AGRAVACION DE LA PENA". Esta facultad de agravación de la pena tratándose de la categoría de funcionario o empleado de -- confianza, obedece a la justa necesidad de castigar más severamente al servidor público que haya delinquido bajo la sombra de tales puesto, pues eso, evidentemente, demuestra su mayor peligrosidad, ya que se trata, por una parte, de una persona profesionista y, por otra, de nula carencia económica.

¿EXCUSAS ABSOLUTORIAS?

Las excusas absolutorias son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena, sea por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En - presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales - del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición. (289)

Por lo que respecta al peculado y dada la trascendencia de su comisión, nuestro Código punitivo no consagra ninguna causa que deje subsistir el carácter delictivo del acto y excluya sólo la pena.

---

(289) Cfr. Fernando Castellanos, ob. cit., pp. 276-277.

f) ASPECTOS FINALES.

En el delito a estudio debe destacarse que:

1o. SU CARACTER FEDERAL.- El peculado es, en principio, un delito federal porque se encuentra previsto por una ley del fuero federal, pero ante todo, porque encuadra en lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que señala:

Art. 41.- ". . .Son delitos del orden federal:

a) Los previstos en las leyes federales y en los Tratados; . . .

e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo;

f) Los cometidos por un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; . . .

i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado; . . ." (290)

2o. SU CALIDAD OFICIAL.- Porque lo comete un funcionario o empleado público, relacionado directamente con la función inherente al cargo que desempeña, de modo que se configura por la actividad ilícita del funcionario o empleado público realizada dentro de la función o con motivo del ejercicio de ella

---

(290) Ley de Amparo Reformada, presentación de Editorial PAC, S.A. de C.V., 3a. edición, pp. 113-114.

-o como manifiesta Fernando Castellanos, mejor dicho en su abuso-, y que viola la ley que señala las atribuciones inherentes al cargo que desempeña. (291)

3o. SU PERSECUCION DE OFICIO.- En virtud de que el peculado afecta el interés público, por cuanto causa grave perjuicio al patrimonio colectivo, es perseguible a petición de cualquier particular que tenga conocimiento de su comisión, lo cual basta para que el Ministerio Público Federal proceda penalmente en contra del servidor público inculpado. Salvo la denuncia presentada en contra de alguno de los servidores públicos a que se refiere el primer párrafo del artículo 111 de la Constitución General de la República, que debe satisfacer, previamente al ejercicio de la acción penal, con el requisito procedimental denominado procedimiento para la declaración de procedencia, ya tratado, a efecto de determinar si ha o no lugar a proceder penalmente en contra del inculpado.

(291) Cfr. Alvaro Bunster, José Barragán, Héctor Fix-Zamudio, Manuel González Oropeza, José de Jesús Orozco Henríquez, José Luis Soberanes Fernández; Las Responsabilidades de los Servidores Públicos, p. 98.

C A P I T U L O VI

C O N C L U S I O N E S

En el desarrollo de este tema, el Delito de Peculado en México y después de analizarlo en forma pormenorizadas he llegado a las siguientes conclusiones:

En primer término el artículo 223 del Código Penal - vigente para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal debe reformarse al efecto de que dicho delito sea considerado como grave y con ello el Servidor Público no alcance el beneficio de la libertad provisional. Esta sugerencia la formulo a fin de prevenir la probable comisión del delito, pues ante tal circunstancia la persona o mejor dicho el probable sujeto activo no lleve a cabo la perpetración del hecho sancionado por la ley y puede servir también para proteger el patrimonio del estado.

Por otra parte y como una segunda propuesta, considero que es conveniente sustituir diversos vocablos a fin de que - con tal sustitución se podrá contar con una descripción más precisa y clara de la conducta incriminable, que podrá evitar confusiones prácticas y ayudará a cumplir debidamente con el propósito que durante la última década se ha intentado que es la renovación moral; ya que en la fracción I del artículo 223 bajo la expresión "cualquier otra cosa" se pretende encuadrar el aprovechamiento indebido de los mencionados trabajos o servicios pero jurídicamente, resulta que ni los trabajos ni los servicios son cosas, puesto que no se pueden decir y, al no ser susceptibles de posesión, es imposible que preexista a su empleo indebido, la po

sesión precaria de ellos por parte del servidor público que los utiliza, de tal suerte que no reunen el presupuesto lógico material que exige la fracción en cuestión y tampoco es aceptable -- afirmar que tal empleo de trabajos o servicios existe ya tipificado como abuso de autoridad, ya que la fracción IX del artículo 215 se refiere a la conducta del servidor público que con cualquier pretexto, obtiene de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otros servicios; pues en nuestra legislación siempre se ha orientado a sancionar la apropiación de bienes públicos para usos propios o ajenos, y no el desvío transitorio de dichos bienes hacia fines no públicos con la intención de restituirlos con posterioridad, es conveniente sustituir el enunciado "distraer para usos propios o ajenos" contenido en la fracción I, por el verbo "apropiarse", que es precisamente de lo que se trata. Tal sustitución hará contar con una descripción precisa y clara de la conducta incriminable, que evitará confusiones prácticas, lo que ayudará, en gran medida, a cumplir debidamente con el propósito de renovación moral,por el que tanto se ha pugnado.

Una tercera opción sería que debe considerarse que - de igual manera es indispensable o necesario incorporar al capítulo de peculado, la conducta del servidor público consistente - en emplear en provecho propio o ajeno trabajos o servicios pagados por la Administración Pública, ya que con tal actuar se causa grave perjuicio a la colectividad social, ya que la previsión de la fracción II, consistente en la conducta del servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos configurativos del delito de uso indebido de atribuciones y facultades -descrito por la fracción I del artículo 217-, "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", resulta, conforme a la técnica jurídica, por demás innecesaria e injustificada por lo siguiente:

I. Ya que la hipótesis de utilizar indebidamente fondos públicos para fines de propaganda o denigratorios, constituye, independientemente del elemento subjetivo, el peculado de la fracción I del artículo 223.

II. En la alternativa de otorgar las franquicias o concesiones señaladas en la fracción I del artículo 217, aún con los fines referidos, conforma la conducta descrita en esta última fracción. Injustificada, porque si el propósito del legislador fué agravar el peculado y el uso indebido de atribuciones y facultades cometidos con el objeto promotorio o denigratorio antes señalado, debió haber incluido en los capítulos correspondientes, las respectivas formas agravadas, y no contemplarlas como modalidades de peculado.

Considero, y por ello lo propongo pues no tiene razón de ser la existencia de la fracción III, ya que en principio, dicha fracción dispone que comete el delito de peculado -que es uno de los DELITOS COMETIDOS POR SERVIDORES PUBLICOS-, "CUALQUIER PERSONA que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indevido de atribuciones y facultades". Más, lo verdaderamente relevante, es que alejándose por completo del principio de identidad típica que norma y regula la participación criminal, esa fracción prevé como una forma más de peculado, la conducta del partícipe que concurre en la comisión del peculado descrito por la fracción II. En efecto, la fracción III del artículo 223, individualiza al peculado, la disposición genérica de participación delictiva que contiene el artículo 13 del propio Código Penal.

Lo anterior es propuesto pues si tomamos en consideración la existencia del artículo 13 que dispone: "Son responsa-

bles del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización;- II. Los que lo realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo; VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anteior al delito; y VIII. Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste -- quien de ellos produjo el resultado"; y del segundo párrafo del artículo 212 que señala: "Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que -- participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este título o el subsecuente"; la fracción III del artículo - 223 carece de sentido, pues el problema del concursus delinquentium en los denominados delitos ministeriales, como lo es el peculado, se encuentra debidamente resuelto. Además, la solicitud o aceptación del particular para realizar las promociones o de-- nigraciones a que se refiere la fracción II del referido artículo 223, a cambio del difrute de los beneficios derivados de los actos de uso indebido de atribuciones y facultades, enunciados por la fracción I del artículo 217, también se encuentra prevista por la fracción II del referido artículo, en los siguientes - términos: "Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades. Toda persona que solicite o promueva la realización, - el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hace referencia la fracción anterior o sea parte en las mismas".

Por otra parte considero necesario incorporar al capítulo de peculado, la conducta del servidor público consistente en emplear en provecho propio o ajeno, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública, ya que con tal actuar se causa grave perjuicio a la colectividad social. El aprovechamiento indebido de los mencionados trabajos o servicios, no está previs

to, por más que se le quiera encuadrar en la fracción I del artículo 223 y bajo la expresión "cualquier otra cosa", pues si por cosa se entiende "cualquier bien corpóreo o incorpóreo susceptible de posesión", resulta que ni los trabajos ni los servicios son cosas, puesto que no se pueden poseer y, al no ser susceptibles de posesión, es imposible que preexista a su empleo indebido, la posesión precaria de éllos por parte del servidor público que los utiliza, no reuniéndose el presupuesto lógico material que exige la fracción en cuestión.

Por último considero que la figura delictiva de la fracción IV, que consiste en la distracción para usos propios o ajenos o en la aplicación distinta a la señalada, de recursos públicos federales, efectuada por "cualquier persona que no tenga el carácter de servidor público federal", pero que respecto de tales recursos tenga obligación legal de custodia, administración o aplicación también ha sido estructurada inútilmente. Ya que el dar a los recursos públicos una aplicación distinta a la que se les destinó, es distraerlo de su objeto, ya sea para usos propios o ajenos, por lo que no había necesidad de contemplarla como una hipótesis más; ya que tal conducta encaja en la fracción I del citado artículo 223 a estudio. El citado precepto tratando de evitar la apropiación de bienes públicos por parte de los servidores públicos que los poseen en razón del cargo que desempeñan, con criterio regresivo opta por fórmula casuísticas y minuciosas, lo que resulta grave en materia penal por lo irracional e imprácticó de la enumeración, lo que debió haber contemplado fué una fórmula concisa y de mayor alcance, que pudiera satisfacer las necesidades de represión del peculado sin soslayar la justicia. pues el actual tipo crea confusiones por la aproximación que presenta entre sus propias modalidades y con el uso indebido de atribuciones y facultades, situación que en juicio puede aprovechar perfectamente el peculador para evadir la sanción.

Es importante esta última consideración puesto que - en base a ello el sujeto activo tendrá elementos para desvir- - tuar dentro del proceso penal la imputación que respecto del hecho sancionado por la ley se imponga a dicho sujeto, de tal - - suerte que debe reformarse el artículo en estudio a fin de contemplar en forma concisa una fórmula que pueda, como ya se dijo sin soslayar la justicia satisfacer las necesidades de repre--- sión.

Para la realización de este trabajo me motivaron varios aspectos,pero esencialmente los acontecimientos que recientemente han ocurrido en nuestro país y que por la gravedad de lesionar directamente los intereses de la colectividad y el daño a la estructura ética de la Administración Pública considero de -- suma importancia reflexionar ante este tipo de delitos pot lo cual he realizado esta tesis pues considero que ante la existencia de una norma vigente esta debe ser captada tal como es:Figura de corrupción primordialmente y configurada por la apropiación que un servidor público hace de los caudales públicos.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

LIBROS:

ACOSTA ROMERO, MIGUEL.Teoría General del Derecho Administrativo. México, Editorial Porrúa, S.A. 12a. edición, - - 1995.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano, México, Editorial Porrúa, S.A. 18a. Edición 1995.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Código Penal anotado. México, Editorial Porrúa, S.A. 19a. edición, 1995.

CARRERA, DANIEL P. Peculado. Buenos Aires, Ediciones De Palma. 1968.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México, Editorial Porrúa, S.A. 36a. Edición - 1996.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. El código Penal comentado. México, Editorial Porrúa, S.A. 11a, Edición 1994.

GONZALEZ DE LA VEGA, RENE. Comentarios al Código Penal. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, segunda edición, -- 1981.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano, T. I. México, Editorial Porrúa, S.A., cuarta edición. 1983.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano, T. V México, - Editorial Porrúa, S.A. segunda edición aumentada, -- 1983.

LALINDE ABADIA, JESUS. Iniciación Histórica del Derecho Español Barcelona, Ediciones Ariel, s. ed., s.a.

MANZINI, VINCENZO. Tratado de Derecho Penal (traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín), T.8, Vol. III. Buenos Aires. Ediar Soc. Anón. Editores, 1961.

MOMMSEN, TEODORO. El Derecho Penal Romano (traducción de P. Dorado), T. II. Madrid, Editorial La España Moderna, - s. ed., s.a.

MORENO, ANTONIO DE P. Curso de Derecho Penal Mexicano. México, Editorial Porrúa, S.A. 12a. Edición 1993.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Comentarios de Derecho Penal. México, Editorial Porrúa, S.A. séptima edición actualizada, 1995.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Manual de Derecho Penal Mexicano, México, Editorial Porrúa, S.A. 9a. edición 1990.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México, Editorial Porrúa, -- S.A. 13a. Edición 1990.

QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO. Comentarios al Código Penal. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edi- - ción renovada, 1966.

QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO. Compendio de Derecho Penal (Parte - Especial), Vol. II. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO. Curso de Derecho Penal, T. II. Ma-- drid, Editorial Revista de Derecho Privado, s.e., -- 1963.

SERRA ROJAS, ANDRES. Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Porrúa 17a. Edición 1996.

SERRA ROJAS, ANDRES. Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Porrúa 16a. Edición 1994.

VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano (Parte General). México, Editorial Porrúa, S.A., cuarta edición, 1983.

REVISTAS:

CAMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNION. Colección documentos. LII Legislativa. Proceso Legislativo de la iniciativa presidencial de reformas al Código Penal, para el Distrito Federal en materia de fuero común y - para toda la República en materia de fuero federal - (1982).

FERNANDEZ DOBLADO, LUIS. El Delito de Peculado. REVISTA CRIMINALIA, año XXV, núm. 5. México, Ediciones Botas, mayo de 1959.

DICCIONARIOS:

CASARES, JULIO. Diccionario Ideológico de la Lengua Española, - Barcelona, Editorial Gustavo Gili, S.A., segunda edición, 1959.

DE PINA, RAFAEL Y DE PINA VARA, RAFAEL. Diccionario de Derecho. México, Editorial Porrúa.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México.

DIARIOS:

DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CAMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, México, D.F., XXXIX Legislatura, año I, t. I, núm. 37 (periodo ordinario).

DIARIO DE LOS OEBATES DE LA CAMARA OE OIPUTADOS DEL CONGRESO OE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. México, D.F. LI Legislatura, año I, t. I, núm. 46, jueves 13 de diciembre de 1979.

OIARIO OFICIAL DE LA FEOERACION. México, t. CXLIII, núm. 21. -- viernes 24 de marzo de 1944.

DIARIO OFICIAL OE LA FEOERACION. México, t. CCCLXXVI, núm. 3, - miércoles 5 de enero de 1983.

LEYES:

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México. Editorial Porrúa, S.A., vigesimanovena edición, 1976.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México. Editorial Porrúa, S.A., trigesimacuarta edición. 1981.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México. Editorial Porrúa, S.A., trigesimoquinta edición, 1982.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, Editorial Porrúa, S.A., 51a. edición 1993.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. México. Editorial Porrúa, S.A., . edición 1995.

EL DIGESTO DEL EMPERADOS JUSTINIANO. (traducido y publicado en el siglo anterior por el Lic. Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca), T. III. Madrid, Imprenta de - Ramón Vicente, nueva edición.

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO (traducción de Francisco Pérez de - Anaya y Melquiades Pérez Rivas). Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1947.

LEGISLACION MEXICANA O COLECCION COMPLETA DE LAS DISPOSICIONES LEGISLATIVAS EXPEDIDAS DESDE LA INDEPENDENCIA DE LA REPUBLICA (ordenada por los Lics. Manuel Dublán y José María Lozano), T. XI. México, Imprenta del Comercio, edición oficial, 1879.

LAS LEYES DE RECOPILACION, T.II. Madrid, Imprenta Real de la Gaceta. 1775.

LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL. México, Editorial Porrúa, S.A.

NOVISIMA RECOPILACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA T.V.S. edit., s.e., s.a.