



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**ESTUDIO DOGMÁTICO JURÍDICO DEL DELITO DE PECULADO POR
DISTRACCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL.**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO
DE LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

MATZAYANI MEZTLI VILLANUEVA MEZA

ASESOR

LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA

CIUDAD UNIVERSITARIA,

2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Por permitirme llegar a este gran momento, por darme la oportunidad de conocer a mis padres, pero sobre todo por darme una luz en mi vida “Mi Hija”.

A MI PADRE

Por su cariño, amor y la mejor herencia, mis estudios y el motivarme día con día, por su apoyo y consejos, porque aunque no este presente ya, siempre estará dentro de mi corazón y pensamientos.

A MI MADRE

Por brindarme su apoyo cuando más la necesite, darme la oportunidad de conocer a mi padre, por su cariño.

A MI ABUELITA

Por ser mi compañera en este paso de mi vida, por su apoyo incondicional, por su paciencia, por su comprensión pero sobre todo por su gran cariño.

A LA UNAM

La máxima casa de estudios, la cual me dio la oportunidad de enfrentar a la vida y realización en mi profesión.

A LA FACULTAD DE DERECHO

Por mí formación profesional, con la cual he logrado tener la satisfacción en diversos ámbitos de mi vida personal.

A MI ASESOR

Por su apoyo y consejos que han permitido la culminación de este trabajo.

Mi especial agradecimiento al Lic. Alonso Beceiro Viguera, por su apoyo, paciencia y enseñanza que han permitido mi formación humana y profesional.

DEDICATORIA

A MI HIJA POR SER EL PILAR QUE ME MOTIVA DÍA CON DÍA, LA QUE SIEMPRE ESTA A MI LADO, AL SER MÁS DIVINO, MARAVILLOSO Y PURO QUE EXISTE EN MI VIDA, GRACIAS MI VIDA POR EXISTIR.

**ESTUDIO DOGMÁTICO JURÍDICO DEL DELITO DE PECULADO POR DISTRACCIÓN EN LA
LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO I: MARCO HISTÓRICO DEL DELITO DE PECULADO	
1.1.- Historia Universal del Delito de Peculado	1
1.2.- Historia Nacional del Delito de Peculado	7
1.2.1.- Época Prehispánica	7
1.2.2.- En el siglo XIX	7
1.2.3.- Código Penal para el Estado de Veracruz 1835	7
1.2.4.- Proyecto de Código Penal 1851-52 para el Estado de Veracruz	9
1.2.5.- Código Penal para el Estado de Veracruz 1869	10
1.2.6.- Código Penal de 1871	12
1.2.7.- Código Penal de 1929	14
1.2.8.- Código Penal de 1931	15
1.2.9.- Reforma al Código Penal de 1979	16
1.2.10.- Reforma al Código Penal de 1983	17
1.2.11.- Reforma al Código Penal de 1990	18
1.2.12.- Reforma al Código Penal de 1994	19
1.2.13.- Reformas al Código Penal de 2002	19
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL DEL DELITO DE PECULADO.	
2.1.- Concepto de Servidor Público	20
2.2.- Concepto de Administración Pública	21

2.3.- Esquema de los Delitos Cometidos por los Servidores Públicos	22
2.4.- Concepto de Peculado	23
2.5.- Clases de peculado de acuerdo a la clasificación de los delitos.	25
2.6.- Naturaleza Jurídica del Delito de Peculado	26

CAPÍTULO III: ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE PECULADO.

	30
3.1.- Clasificación del delito	30
3.1.1.- En función de su gravedad	30
3.1.2.- En orden a la conducta del agente	30
3.1.3.- Por su resultado	30
3.1.4.- Por el daño que causan	30
3.1.5.- Por su duración	31
3.1.6.- Por el elemento interno	31
3.1.7.- En función de su estructura	31
3.1.8.- Con relación al número de actos	31
3.1.9.- Con relación al número de sujetos	31
3.1.10.- Por su forma de persecución	32
3.1.11.- En función de su materia	32

3.2.- ELEMENTOS GENERALES DEL DELITO

3.2.1.- Conducta – Ausencia de conducta	33
3.2.2.- Tipicidad – Atipicidad	41
3.2.3.- Antijuridicidad – Causas de justificación	56
3.2.4.- Imputabilidad – Inimputabilidad	66

3.2.5.- Culpabilidad – Inculpabilidad	69
3.2.6.- Punibilidad – Excusas absolutorias	78
3.2.7.- Condiciones objetivas de punibilidad	80

3.3.- ASPECTOS COLATERALES DEL DELITO

3.3.1.- Vida del delito	81
3.3.2.- Grados de Ejecución	81
3.3.3.- Autoría y Participación	82
3.3.4.- Concurso de delitos	83

CAPÍTULO IV: EL PECULADO POR DISTRACCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL.

4.1.- Peculado por Distracción	85
4.2.- El órgano jurisdiccional competente para conocer del delito de peculado	107
4.3.- Averiguación Previa	109
4.4.- Procedimiento Penal	113
CONCLUSIONES	116
PROPUESTA	119
BIBLIOGRAFÍA	120

INTRODUCCIÓN

Derivado de la función de los servidores públicos que laboran dentro de la Administración Pública, se da la posibilidad de que se cometan diversos tipos de faltas administrativas, errores y hasta delitos, estos últimos son los que llegan a ser relevantes para el Derecho Penal y los cuales en términos del título décimo Código Penal Federal los delitos cometidos por los servidores públicos son a) ejercicio indebido de servicio público; b) abuso de autoridad; c) desaparición forzada de personas; d) coalición de servidores públicos; e) uso indebido de atribuciones y facultades; f) concusión; g) intimidación; h) ejercicio abusivo de funciones; i) tráfico de influencia; j) cohecho; k) cohecho a servidores públicos extranjeros; l) peculado; y m) enriquecimiento ilícito.

Al cambiar el nombre de funcionarios públicos por el de servidores públicos, se trató de darles a los trabajadores del Estado una denominación democrática, pero no con esto realista, puesto que si bien es cierto, cualquier empleado del Estado es servidor público, no son equiparables los de alto nivel a los de modestos empleados. La conducta que irrita sobremanera a la sociedad es precisamente la de los “altos” servidores, los bien conocidos como funcionarios, quienes con sus conductas ilícitas se enriquecen, enriquecen a los suyos y consecuentemente dañan severamente la economía, desvirtuando los objetivos de la Administración Pública, afectando directamente a la sociedad.

Nuestra legislación penal, se ha mantenido atenta al requerimiento social de sancionar a las autoridades corruptas, por supuesto, insisto, con escasos resultados prácticos, pero con gran emoción teórica. Así, en nuestros días, el

Código Penal Federal dedica todo un título (el décimo) del libro Segundo a los delitos cometidos por servidores públicos.

Los trece tipos penales a que hace mención el Código Penal Federal, resultan difusos, imprecisos y entre ellos mismos originan confusiones.

El delito de peculado se encuentra dividido en 5 tipos penales diferentes, descritos en el artículo 223 del Código Penal Federal, los cuales se podrían resumir en el primero de ellos qué es el peculado por distracción.

Es de mencionarse que en el presente estudio se conocerá qué es el delito de peculado por distracción, qué es servidor público, administración pública, erario federal, sus elementos, características, sus antecedentes, haré un breve estudio dogmático del delito de peculado, de sus elementos, la conducta y sus elementos, explicando cómo se configura el delito, quién lo comete, cuál es el órgano competente para conocerlo y muy brevemente el procedimiento en delito de peculado, por último una propuesta que permita prevenir para evitar que se configure el delito y en caso de que se cometa sea posible la pronta consignación de la averiguación previa y el resarcimiento del quebranto patrimonial.

CAPÍTULO I

MARCO HISTÓRICO DEL DELITO DE PECULADO

1.1.- HISTORIA UNIVERSAL DEL DELITO DE PECULADO

“Entre las más antiguas leyes de la humanidad que conocemos, el Código de Manù o Leyes de Manú dedica alguna de sus disposiciones al peculado, es decir, este delito no es de reciente creación, sino que posee una antigua historia, en el que se recomendaba al monarca la vigilancia de sus ministros y se le facultaba para decretar su muerte cuando robaban el real tesoro”. (1)

“En Roma el *sacrilegium* era el hurto de bienes pertenecientes a los dioses, como el *peculatus* era el hurto de bienes pertenecientes al Estado. A pesar de la diferente denominación del uno y del otro, se les consideraba formando un solo grupo, pues en Roma los bienes divinos y los del Estado no se diferenciaban jurídicamente, distinguiéndose más bien tan solo por el uso que de ellos se hacía se llamaba *despeculatos* o *peculatus públicos*, y por lo general, meramente *peculatus* al hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado, y se le daba este nombre, porque antes de que se empezara a hacer mal uso del dinero, los bienes muebles que tenían el primer rango entre los comunes o públicos, eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase.” (2)

En el Derecho Romano , en inicio se castigaba al Peculado con la pérdida del empleo y de la honra; posteriormente se castigó con el destierro, trabajo en las minas y aun con la muerte , después con la deportación y confiscación de bienes y en los últimos tiempos con la privación de los derechos del ciudadano y con la restitución del doble (del lucro).

1.- Momnsem, Teodoro el Derecho Penal Romano; p. 225
2.- Ibidem, pp. 225 y 226

Según el autor Mommsen, históricamente en Roma el hurto de los bienes públicos ha revestido las formas siguientes:

1. Substracción de metales o de monedas del erario de la comunidad romana o de alguna otra caja pública.

Esta forma, expresa el mismo autor citado, constituía el modo más frecuente de comisión del delito y, sin duda, eran las autoridades y sus subalternos quienes preferentemente se hallaban en condiciones de realizar esa figura delictiva.

2. Podía ejercitarse la acción de peculado o la de hurto, para pedir la devolución de una cosa pública mueble, que hubiere sido sustraída de la caja del Estado donde debía hallarse.

3. Toda defraudación contra la caja pública aun cuando no consistiera en tomar dinero de esta, sino que se lograra por ejemplo, mediante falsificación de documentos, tal maniobra era considerada como peculado, a menos que se le pudiera incluir dentro del forum.

4. Incurría en Peculado, el representante de la autoridad competente que a nombre de la comunidad perdonase indebidamente alguna deuda, o cuando esta fuese cobrada por autoridad incompetente.

5. Sí se alteraba en los talleres del Estado, el valor de la moneda, al fabricarla con una liga metálica, diversa a la fijada por la ley.

6. El hecho de que los funcionarios acuñasen más moneda en su beneficio, que la legalmente autorizada.

7. Las manipulaciones ilícitas en los libros públicos de contabilidad, o la desaparición de estos y,

8. La pérdida dolosa o simulada de una embarcación, en el perjuicio de la caja del Estado.

Por su parte el Digesto (Libro XLVIII, Título XIII), en lo relativo al Peculado dice:

1º “Ulpiano, comentarios a Sabino, Libro XLIV.- Se dispone en la ley Julia relativa al peculado, que nadie quite ni intercepte, ni invierta en cosa suya, parte del dinero sagrado, religioso o público, ni haga de modo que alguno lo quite, lo intercepte, lo aplique a cosa suya, a no ser que a él le fuere ciertamente lícito por la ley, y que nadie ponga ni mezcle en el oro o en la plata, o en el dinero público alguna cosa, ni haga a sabiendas con dolo malo que ponga o se mezcle, por la que se deteriore.

2º Paulo, comentarios a Sabino, Libro XI. Por la ley Julia relativa a los residuos es responsable el que retuvo dinero público destinado por algún uso y no lo invirtió en él.

3º Ulpiano. De los adulterios, Libro 1º La pena del peculado contiene la información del agua y del fuego, a la cual a sustituido hoy la deportación. Y ciertamente que el que es reducido a tal estado, pierde a sí todos sus antiguos derechos, también sus bienes.

4º Marciano, Instituta, Libro XIV, Está sujeto a la ley Julia relativa al peculado el que hubiera quitado o interceptado dinero sagrado o religioso.

Sic. 1. Pero también sí hubiere quitado cosa dedicada a Dios inmortal, esta sujeto a la pena de peculado.

Sic. 2. Mas se dispone en mandatos relativos a los sacrilegios, que los presidentes persigan a los sacrílegos, a los ladrones y a los plagiaros y que según hubiere delinquido cada uno lo castigue. Y así se dispone en la Constitución que los sacrílegos sean castigados extraordinariamente con la penalidad merecida.

Sic. 3. Esta sujeto a la ley Julia relativa a los residuos a aquel en cuyo poder quedo dinero público, del dinero que recibió por arrendamiento, compra, cuenta de alimentos o cualquier otra cosa.

Sic. 4. Pero también el que hubiera retenido dinero público recibido para algún uso, y no lo hubiere empleado, esta sujeto a esta Ley.

Sic. 5. El condenado por esta Ley es castigado a una tercera parte mas de lo que debe.

Sic. 6. No se hace religioso el lugar en que se encuentra un tesoro, porque aunque hubiere sido encontrado en un monumento no es quitado como religioso, por que uno no puede hacer religioso lo que le está prohibido enterrar, mas el dinero no puede ser enterrado, según se dispone también en mandatos de los príncipes.

Sic. 7. Más también si uno sustrajera alguna cosa de bienes de una ciudad se dispone en constituciones de los divinos príncipes Trajano y Adriano, que se comete el delito de peculado y este derecho observamos.

5º El mismo reglas. Libro V, Los divinos Severo y Antonio, respondieron por rescripto Cassio, Festo, que sí hubieren sido sustraídas cosas de particulares depositadas en un edificio sagrado, hay acción de hurto, no la de sacrilegio.

6º Ulpiano, del cargo de Procónsul, Libro VII, el Procónsul deberá determinar con más severidad o con más clemencia, la pena del sacrilegio, según la calidad de la persona, y según la condición del reo y del tiempo, la edad y el sexo, y se que muchos condenaron a los sacrílegos a las fieras, que algunos también los quemaron vivos, y que a otros los ahorcaron. Pero se ha de moderar la pena de suerte que sean echados a las fieras, los que habiendo empleado la violencia quebrantaron un templo, y se llevaron de la noche los donativos hechos al Dios.

Más si alguno quito de un templo durante el día alguna pequeña cosa a de ser castigado con la pena de los mismos, o si hubiera nacido en más honrada clase a de ser deportado a una isla.

Sic. 1. Los que al trabajar en la moneda pública acuñen independientemente para sí, con el sello publico, o hurten la cuña, no se considera que hicieron moneda falsa, sino que cometieron hurto de monedas públicas, lo que cae dentro del delito de peculado.

Sic. 2. Sí alguno hubiere hurtado oro o plata de los metales del Cesar es condenado en virtud de Edicto del Divino Pio a destierro o a las minas, según la dignidad de la persona. Más el que a ladrón le dio escondrijo en los pliegues de su vestido es considerado lo mismo que sí hubiere sido condenado por hurto manifiesto y se hace infame. Pero el que ilícitamente tuviere oro en las minas y lo hubiere fundido es condenado en el cuádruplo.

7º Vonuleyo Saturnino, De los juicios públicos, Libro II.- El delito de peculado cometido 5 años antes no debe ser acriminado.

8º El mismo de los juicios públicos, Libro III, El que hubiere arrancado una tabla de bronce que contuviera una ley o a la forma de los camos o alguna otra cosa, o el que en ella hubiere alterado algo, esta sujeta a la ley Julia, sobre el peculado.

Sic. 1. A la misma ley esta sujeto él quien en tablas públicas, hubiese borrado o añadido alguna cosa.

9º Paulo, De los juicios públicos Libro único. Los sacrílegos son condenados con la pena capital.

Sic. 1. Más son sacrílegos los que robaron cosas pública sagrada pero los que robaron cosas sagradas privadas o capillas no custodiadas, merecen más pena que los ladrones y menos que los sacrílegos. Por lo cual se ha de considerar con diligencia qué cosa sea sagrada, o que ello caiga dentro del delito de sacrilegio.

Sic. 2. Labeon define así el peculado en el libro trigésimo octavo de los posteriores. Hurto de dinero público o sagrado cometido por aquel a cuyo riesgo estuvo, y por esto el guardián del templo no comete peculado sobre las cosas que a él se le entregaron.

Sic 3. Más abajo escribe en el mismo capitulo que no solo el dinero público sino también el privado constituye el delito de peculado si alguno recibió lo que se le debe al fisco simulando que él es acreedor del fisco, aunque haya quitado dinero privado.

Sic. 4. Más el que se encargo de transportar dinero u otro cualquiera a cuyo riesgo este el dinero no comete el delito de peculado.

Sic 5. Mando el senado que estuvieran sujetos a la ley sobre el peculado los que sin orden de aquel a quienes tuviere encomendada la cosa, hubieren dado facultad para inspeccionar y copiar tablas públicas.

Sic. 6. Escribió Labeón en el Libro trigésimo de los posteriores, Que esta sujeto a esta ley también el que hubiere retenido dinero público destinado a algunos usos y no los hubiere invertido en ellos, Más que al que al partir de una provincia hubiera retenido dinero que estuviese en su poder habiéndolo declarado el erario, no hay acción por dinero de residuos y que lo que debe al fisco un particular y por esto es considerado entre los deudores y los exigiera del que tiene facultad para ello, esto es, tomando prenda reteniéndola corporalmente e imponiéndoles multa, pero también la Ley Julia relativa a los residuos mando que este dinero fuera residuo después de un año.

10º Marciano, De los juicios públicos, Libro I esta sujeto a esta ley el que en tablas publicas hubiera escrito menor cantidad de aquella en que hubiere vendido o arrendado alguna cosa, o hubiere hecho alguna otra cosa semejante.

Sic. 1. El divino Severo y Antonio deportaron a una isla estando convicto, a un cierto joven muy esclarecido, y que se halló que deposito en un templo una arca en al que se encerraba a un hombre el cual después de cerrado el templo salía del arca y sustraía muchas cosas del templo, y se encerraba otra vez en el arca.

11° Ulpiano, Comentarios al Edicto; Libro LXVIII, El que hubiere perforado las murallas o de ellas hubiera quitado alguna cosa estará sujeto a la acción de peculado.

12° Marcelo, Digesto, Libro XXV, No se comete de ningún modo peculado si yo exigiera dinero al que me debe dinero a mí y al fisco por que no se le quita al fisco el dinero que se le quita a un deudor suyo, a saber porque ello no obstante permanece siendo deudor del fisco.

13° Modestino, De las penas, Libro II, El que sustrajo la presa tomada a los enemigos está sujeto a la Ley sobre el peculado y es condenado al cuádruplo.

14° Papiano, Cuestiones, Libro XXXVI Las acciones públicas relativas al peculado a residuos y a concusiones, se ejercitan del mismo modo contra el heredero y no sin razón por que en ellos se promueve la cuestión principal del dinero quitado. “ (3)

En el Código de Justiniano en el tomo II, Libro IX, Título XXVIII, del crimen de Peculado se lee:

1.- “Los emperadores Teodosio, Arcadio, Honorio, Augusto, Arrufino, Prefecto del Pretorio. Los jueces que durante su administración sustrajeron caudales públicos son responsables por la ley Julia, relativo 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 prestaron ayuda a los que a sabiendas recibieron de ellos las cantidades sustraídas.” (4)

También el Derecho Romano, el crimen *repetundarum* (crimen de prevaricación), dio origen a las figuras de *peculatus* y *concessionis*. El *peculatus* significó la apropiación cometida por el funcionario público o privado de los valores o dineros custodiados en las arcas públicas.

Figura menos grave de peculado fue el crimen de *residuis* (crimen residuo), que consistía en dar otro destino al dinero público o en anotar en los registros públicos sumas inferiores a las recogidas; su pena era la de la multa.

Se le denominó *peculatus* al hurto de bienes muebles pertenecientes al Estado. Posteriormente este delito toma diversas modalidades, como la sustracción de metales o de monedas del erario de la comunidad romana o de otra caja pública, siendo la conducta más frecuente del ilícito en estudio; también se le denominó

3.- Cuerpo del Derecho Civil Romano, Traducción de Derecho Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, 1897, pp. 759 y ss

4.-. Ibidem. p. 471

con el nombre de *peculatus* a aquellos jefes militares que se apropiaban el botín guerrero y su artificiosa o, falsa evaluación, así como a toda defraudación de los fondos públicos realizada por medios diferentes de la sustracción, como era acuñar más moneda pública de la autorizada, entre otros.

Las Partidas (artículo VII, título. XIV, ley 14) castigaron la malversación de los caudales del rey y de los pertenecientes a villas y ciudades, la pena aplicable podía ser la capital, cuando la malversación constituía un hurto propiamente dicho.

Con igual rigor castigó la Novísima Recopilación Lib. XII, título. XV, ley 7) a las personas, concejos o universidades que usurparan las rentas o derechos del Rey.

El Código Penal de España de 1822 impuso a este delito penas de privación de la libertad, multa y declaración de infamia y además la restitución de lo malversado (Artículos 464 y 465), y el de 1848 reguló estos hechos de modo muy análogo al seguido por los Códigos de 1870, 1928, 1932,1944 y el vigente.

1.2.-HISTORIA NACIONAL DEL DELITO DE PECULADO

1.2.1.- ÉPOCA PREHISPÁNICA.

Durante la época prehispánica, entre el pueblo azteca, se sancionó el peculado con la muerte, así también el cometido por un administrador real, el cual se sancionaba además de la muerte , se le confiscaban sus bienes.

En nuestro país, durante la época de la Colonia, se aplicaron diversas leyes surgidas en España, dentro de las cuales se encuentran la Novísima Recopilación y las Partidas.

1.2.2.- EN EL SIGLO XIX

El delito de peculado no es nuevo en nuestra legislación penal habiendo sido previsto de diferentes maneras a lo largo de la historia de nuestro país. El primer antecedente lo podemos encontrar en el Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835, asimismo, también encontramos antecedentes del delito de peculado en el Proyecto de Código Criminal y Penal de 1851-1852, en el Código Penal para el Estado de Veracruz Llave de 1869, en el Código Penal de 1871 así como el proyecto de reforma a dicho Código, en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en 1929 y en nuestro actual Código sustantivo el cual ha tenido algunas modificaciones en algunos artículos que prevén el ilícito de peculado.

1.2.3.- CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE 1835.

El primer antecedente del delito de peculado lo encontramos en el Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835 en los artículos del 411 al 415, en el cual aunque expresamente no se hablaba del ilícito en comento, se hablaba de la figura del “MALVERSACION DE CAUDALES” en el título V denominado “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”. Artículos que

por ser necesarios para una correcta comprensión de los orígenes del Peculado, en este momento se transcriben en su versión original:

Título V

“De los delitos de los funcionarios Públicos en el ejercicio de sus funciones. Sic

...Del extravío, usurpación y malversación de caudales y efectos públicos por los que los tenga a su cargo.

Artículo 411. cualquier funcionario publico que teniendo como tal a su cargo de cualquier modo la recaudación, administración, deposito, intervención o distribución de caudales o efectos pertenecientes al Estado, o a la comunidad de un pueblo o algún establecimiento público, extravíe a sabiendas alguno de sus dichos caudales o efectos, pero en términos de poder remplazarlos inmediatamente que sea necesario, y sin que hayan hecho falta para las atenciones del servicio perderá su empleo, pagara una multa de cinco a veinticinco por cien de lo extraviado, y será apercibido. Sí por este extravío hubiere dejado de pagar indebidamente alguna de las atenciones del instituto respectivo, se le impondrá además otra multa del cinco al veinticinco por cien de lo que haya dejado de pagar y resarcirá los perjuicios que haya causado.

Artículo 412. Sí extraviare a sabiendas usurpare o malversare caudales o efectos cuyo importe exceda el de las finanzas que tenga dadas para ejercer aquel destino sin poder remplazarlos, inmediatamente que se le prevenga perderá éste, y no podrá obtener otro empleo ni cargo alguno, público, reintegrará lo extraviado o mal versado, y pagará además una multa del veinticinco al sesenta por cien de la cantidad malversada.

Artículo 413. Sí en otro caso de los expresados en los dos artículos precedentes, extraviare a sabiendas usurpare, o malversare alguna cantidad de dinero o efectos de los que estén a su cargo, sufrirá además de las penas preescritas en el artículo anterior la vergüenza pública, la de infamia y las siguientes: prisión de uno a cuatro años, si el importe de lo malversado no pasa de quinientos pesos. Sí excediendo de esta cantidad no pasa de la de mil pesos, prisión de cuatro a ocho años: sí excediendo de mil no pasa de la de cinco mil será desterrado perpetuamente fuera del Estado, después de sufrir diez años de trabajos forzados.

Artículo 414. El que teniendo a su cargo caudales o efectos de los sobre dichos diere lugar por su negligencia o culpa al extravío de alguno de ellos ó á que los usurpen, sustraigan, o malversen, será depuesto de su empleo y pagará el déficit que resulte, con una multa de cinco a treinta por cien de lo usurpado, sustraído o malversado.

Artículo 415. Cualquiera persona particular que tenga su cargo caudales o efectos de los expresados, por comisión del Gobierno o de alguna autoridad o por cualquier otro título quedará sujeta a las penas prescritas en los cuatro artículos precedentes, en los casos respectivos. También los que darán los depositarios de deposito miserable de caudales embargados, secuestrados o puestos en custodia administración, deposito por orden de juez o de otra autoridad legitima.”(5)

5.- Instituto Nacional de Ciencia Penales, **Leyes Penales Mexicanas Tomo Y**, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales pp. 69 y 70

Como se desprende, el artículo 411 no hablaba de la malversación de caudales públicos, pero en los artículos 412 y 413 se hace alusión al delito de MALVERSACIÓN DE CAUDALES cometido por el funcionario público que en ejercicio de sus funciones malversare los caudales dolosamente a su cargo.

Asimismo, el artículo 414 hace referencia al funcionario público que por negligencia o culpa (a diferencia de lo que ahora se prevé del Peculado que solamente puede ser doloso), extravíe los caudales o parte de ellos; o que deje que otra persona los malverse. Por último el artículo 415 hace mención al tipo que prevenía la malversación de fondos por algún particular.

1.2.4.- PROYECTO DE CÓDIGO CRIMINAL Y PENAL DE 1851- 1852 PARA EL ESTADO DE VERACRUZ.

En éste proyecto de Código Criminal y Penal de 1851-1852 para el Estado de Veracruz, que enviará el Ministro de la Suprema Corte de Justicia al Gobierno del Estado Libre y Soberano de Veracruz, también se hacía mención a la figura antecesora del delito de peculado que lo era el ilícito de “malversación de caudales públicos” el cual se encontraba previsto y sancionado en los numerales que van de 388 al 394 de los cuales se transcribe fielmente su contenido. No sin antes hacer mención que dicho proyecto ni siquiera fue examinado por los legisladores de dicho Estado.

Título XVIII Malversación de los caudales públicos.

“Artículo 388. El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sujetare o consintiere que otro les sustraiga, perderá el empleo, será inhabilitado para obtener otro, reintegrará los sustraído y pagará una multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad malversada.

Artículo 389. El empleado que aplicare á sus propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sin animo de defraudarlos y teniendo arbitrios para reponerlos inmediatamente que se le exija, será suspenso de empleo y sueldo de tres meses a dos años, pagará una multa de 5 al 20 por ciento del capital que hubiere sustraído y lo reintegrará inmediatamente. No verificándose el reintegro antes de pronunciarse la sentencia en ultima instancia se le impondrán las penas señaladas en el artículo anterior.

Artículo 390. El empleado público que diese á los caudales o efectos que están a su cargo, una aplicación pública diferente de aquellas a que estuvieren destinados si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio público, será suspenso de 6 meses a 2 años de su sueldo y empleo y pagará una multa del 5 al 30 por ciento de la cantidad sustraída ú otros objetos; si no resultare daño o entorpecimiento sólo sufrirá la pena de suspensión.

Artículo 391. El empleado Público que teniendo fondos o efectos del Estado o públicos debiendo hacer un pago o entrega, sea decretada por la ley o por orden del gobierno o de la autoridad a quien toque disponerlo no lo verificare, será suspenso de dos meses a dos años de su empleo y sueldo y pagará una multa de 5 al 20 por ciento de la cantidad no satisfecha o efectos no entregados.

Artículo 392. Los empleados que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, diere lugar por su negligencia o descuido a que otros lo sustraigan o malverse serán suspensos de 6 meses a 6 años de su empleo y sueldo; pagará el déficit que resulte, no haciéndolo el delincuente o sus fiadores, y pagará una multa del 5 al 25 por ciento de la cantidad sustraída.

Artículo 393. En todos los casos de éste título, los responsables de los delitos que en el se castigan, serán condenados al resarcimiento de los daños y perjuicios que se ocasionaren al público o particulares.

Artículo 394. Las disposiciones de éste título son extensivas á todo el que halla encargado de caudales municipales establecimientos de beneficencia ó instrucción pública, empresas de utilidad pública, deposito miserable, efectos ó caudales embargados, secuestrados, depositados, ó puestos en administración por autoridad competente aunque pertenezcan a particulares.” (6)

1.2.5- CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ 1869

En dicho Código se hace mención al delito de “Malversación de Caudales Públicos” en los numerales del 441 al 448, dentro del título XV, que era destinado al delito en comento y del cual se puede referir que a diferencia de la legislación de 1851, había suprimido los conceptos de usurpación y efectos públicos dejando solamente el precepto de malversación.

Siendo los artículos 441 al 445 los encargados de referir las diferentes modalidades en las que podía incurrir el servidor público deshonesto, que teniendo la obligación de cuidar los bienes del Estado, los aplicare indebidamente, los distrajera, los verificare o los perdiera por negligencia.

6.- Instituto Nacional de Ciencias Penales, **Leyes penales mexicanas**, Tomo I, Ed. p.p 149

Los numerales del 446 al 448 hacen mención a las penalidades que deben aplicarse a los responsables de los delitos de Malversación de Caudales Públicos.

“TÍTULO DÉCIMOQUINTO”

Malversación de Caudales Públicos.

Artículo 441. El empleado Público que teniendo a su cargo caudales o efectos Públicos, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga, perderá el empleo, será declarado inhábil para obtener otro, se reintegrará lo sustraído y pagará una multa del 5 al 50 por ciento de la cantidad malversada.

La pena pecuniaria en los casos de éste título, siendo el reo insolvente se conmutará en corporal, observándose respectivamente lo dispuesto en el artículo 206 y relativos.

Artículo 442. El empleado que aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo sin ánimo de defraudarlos y teniendo arbitrio para reponerlos inmediatamente que se le exijan, será suspenso de empleo y sueldo de 3 meses a 2 años y pagará una multa del 5 al 20 por ciento del capital que hubiere sustraído y lo reintegrará inmediatamente. No verificándose el reintegro antes de pronunciarse la sentencia en última instancia se le impondrán las penas señaladas en el artículo anterior.

Artículo 443. El empleado Público que diese a los caudales o efectos que están a su cargo, una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados si de ello resultare entorpecimiento o daño al servicio público será suspenso de 6 meses a 2 años de su sueldo y empleo, y pagará una multa del 5 al 30 por ciento de la cantidad sustraída a otros objetos: si no resultare daño o entorpecimiento, sólo sufrirá la pena de suspensión.

Artículo 444. El empleado público que teniendo fondos o efectos del Estado o públicos, y debiendo hacer un pago o entrega decretada por la ley o por orden del gobierno o de otra autoridad competente no lo verificare, será suspenso de su empleo y sueldo, de 2 meses a 2 años, y pagará una multa de 5 al 20 por ciento de la cantidad no satisfecha o efectos no entregados.

Artículo 445. Los empleados que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos dieran lugar por su negligencia o descuido que otro los sustraiga o malversé serán suspensos de su empleo o sueldo de 6 meses a 6 años y pagarán el déficit que resulte, no haciéndolo el delincuente o sus fiadores y una multa del 5 al 25 por ciento de la cantidad sustraída.

Artículo 446. En todos los casos de éste título, los responsables de los delitos que en él se castigan serán condenados al resarcimiento de los daños y perjuicios que se ocasionaren al público o a particulares.

Artículo 447. Las disposiciones de éste título son extensivas a todo el que se halle encargado de caudales municipales, de establecimientos de beneficencia o instrucción pública, empresas de utilidad pública, deposito miserable, a efectos o caudales embargados, secuestrados, depositados o puestos en administración por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Artículo 448. En todos los casos de éste título, sí el delincuente no hiciere el pago de lo que resulte adeudando, ni lo asegurare a satisfacción del juzgador y del representante del fondo respectivo, se impondrá al delincuente la pena de prisión u obras públicas de 6 meses a 2 años, sí el importe del adeudo no excede de 500 pesos de uno a cuatro años, pasando de esa cantidad sin exceder de mil; y de dos de la misma pena a 10 de trabajos forzados, pasando de esa cantidad.

1.2.6.- CÓDIGO DE 1871

En el Código de 1871 se encuentra por primera vez un tipo con la nomenclatura del peculado, tipificado de los numerales 1026 al 103 del Código Penal, el cual tenía como justificación por parte de los legisladores, al igual que los otros delitos cometidos por servidores, que no se podían ni concebir la existencia de una nación sin autoridades que la gobiernen, haciendo respetar los derechos recíprocos de los asociados y cumplir a estos el interés de todos, los deberes que tiene para con la sociedad de lo contrario no habría más que confusión y desorden. Pues si esto era una necesidad lo era igualmente que las autoridades estén rodeadas del prestigio y del respeto de los ciudadanos, por lo cual se deben castigar severamente los delitos que estos cometan contra aquellas.

Otra justificante que fue tomada en cuenta en estos delitos, fue aplicar el mismo rigor en la represión de los delitos que los funcionarios públicos cometan contra los particulares, por que se pensó que sólo así se pueden conciliar el orden y la verdadera libertad.

En ese tiempo consideró que en la comisión de delitos cometidos por servidores públicos, no se exageraba en las penas aplicables, si no se equiparaban a las penalidades de otros códigos modernos de esos tiempos.

En cuanto al peculado La Comisión Revisora en la Exposición de motivos manifestó:

“Peculado”

La pena de este grave delito es de arresto mayor y multa de 50 a 200 pesos, si el valor de lo sustraído no pasa de 100, de 2 años de prisión y multa de 200 a mil pesos, si no excede de 500 y de ahí en adelante dentro del límite que se fija se aumentan dos meses de prisión y cien pesos de multa por cada 100 de exceso, sin perjuicio de la destitución de empleo e inhabilitación de obtener otro en el mismo ramo.

Estas penas, se reducen a la tercera parte si la devolución de lo sustraído se hace antes de la sentencia definitiva o arresto menor, si aquella se verifica dentro de los tres días después de descubierto el delito.”

TÍTULO XI

Delitos de los Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Funciones

... Capítulo V

Del Peculado y de la Concusión

“Artículo 1026. 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 propios o ajenos distraiga de su objeto dolosamente el dinero, valores, fincas, o cualquiera otra cosa perteneciente a la Nación, **a un Estado**, a un Municipio o a un particular, sí por Razón de su encargo les hubiere recibido en administración, en depósito, o por cualquiera otra causa.

Artículo 1027. No servirá de excusa al que cometa el delito de peculado el haber hecho la distracción con ánimo de devolver con sus réditos ó frutos, aquellos de que dispuso.

Artículo 1028. El peculado se castigará con las penas siguientes:

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

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

III. Cuando pase de 500 se aumentarán a las penas de la fracción anterior dos meses más de prisión y 100 pesos más de multa por cada 100 pesos de exceso, sin que la prisión pueda exceder de 12 años ni de 2,000 pesos la multa.

IV. Además de las penas de que hablan las fracciones anteriores se impondrán en todas, las de destitución de empleo o cargo e inhabilitación perpetua para obtener otros en el mismo ramo, y por 10 años a los ramos diversos.

Artículo 1029. Se exceptúa de lo prevenido en la fracción II del artículo que precede en caso de que el reo de peculado se fugue para sustraerse al castigo, pues entonces, en vez del tiempo de prisión de que habla la fracción susodicha se le impondrán 4 años.

Artículo 1030. Las penas de que hablan los dos artículos anteriores se reducirán a arresto menor, **si dentro de los diez días siguientes** a aquel en el que se descubrió el delito devolviere el reo lo sustraído.

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

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

Artículo 1031. El conato de peculado se castigará con la pena de destitución de empleo

Artículo 1031 Bis. El funcionario que por grave negligencia o por su grave falta de cuidado diere ocasión a que un subalterno suyo cometa el delito de peculado, será castigado con multa igual al importe de lo sustraído, pero sin que pueda exceder de 5,000 pesos y destitución de empleo o cargo.“(7)

7.- Instituto Nacional de Ciencias penales, *Leyes Penales Mexicanas, Tomo II*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1979, pp. 442 y 443.

1.2.7.- CÓDIGO DE 1929

Es muy importante mencionar que el delito de peculado no se encuentra regulado en un capítulo exclusivo dentro del título noveno de este Código “De los delitos cometidos por funcionarios públicos”.

En el artículo 577, dentro del capítulo de abuso de autoridad, se localizaba el peculado en la siguiente forma:

“Asimismo, el funcionario que abusando de su poder, hiciera que se le entregaran algunos fondos, valores u otra cosa que no se le hayan confiado a él, y se los apropiara o dispusiera de ellos indebidamente por un interés privado, sea cual fuere su categoría, aplicándole las sanciones de robo con violencia, destitución de su empleo o cargo, e inhabilitación para obtener otro (artículo 577).” (8)

En el Código Penal de 1929 hubo un retroceso en materia de peculado, porque siendo contrario a su antecesor, ya no existe como tal el delito de peculado, estableciéndose en cambio dentro de los delitos cometidos por funcionarios públicos una figura que vino a suplir el delito de peculado, tipo penal del cual a continuación se transcribe a la letra.

TÍTULO NOVENO
De los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos...

Capítulo II
Del Abuso de Autoridad...

“Artículo 576. El funcionario Público que teniendo a su cargo caudales del Erario, les dé una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieran destinados o hiciere un pago ilegal, quedará suspenso en su empleo de 3 meses a un año. Pero si resultare daño o entorpecimiento del servicio se le impondrá además una multa de 5 al 10 por ciento de la cantidad de que dispuso.” (9)

8.- Op. Cit. Tomo II, pp. 442 y 443.

9.-. Instituto Nacional de Ciencias Penales, **Leyes Penales Mexicanas**, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979, pp. 442 y 443

1.2.8. -CÓDIGO DE 1931

En el texto original del título décimo “Delitos cometidos por funcionarios públicos” capítulo V, encontramos el delito de peculado junto con el de concusión, del artículo 219 al 221, nuevamente.

Cometía delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, aunque fuera en comisión por tiempo limitado y no tuviera el carácter de funcionario, que para sus usos o ajenos distrajera de su objeto el dinero, valores, fincas o cualesquiera otra cosa perteneciente a la Nación, a un Estado, a un Municipio o a un particular, si por razón de cargo los hubiere recibido en administración, en deposito o por cualquier otra causa (artículo 220).

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

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

En sus orígenes el peculado se encontraba en nuestro Código Penal en el Título X “Delitos Cometidos por Servidores Públicos” en los numerales 219 al 221”, con relación al peculado solamente el 220 habla de sobre los elementos del tipo penal haciendo su descripción típica y los otros dos numerales hacían mención a las penalidades.

Dichos numerales se transcriben:

“Título Décimo”

Delitos Cometidos Por funcionarios Públicos

“Artículo 219. Al que cometa el delito de peculado de le aplicará de 6 meses a 12 años de prisión, multa de diez a tres mil pesos y destitución de empleo o cargo e inhabilitación de 2 a 6 años.

Artículo 220. Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público del Estado o **de Organismo Descentralizado** aunque sean en

comisión por tiempo limitado y que no tenga el carácter de funcionario que para usos propios o ajenos, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa perteneciente al Estado, al Organismo Descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo hubiere recibido en administración en depósito o por otra causa.

Artículo 221. Las sanciones serán de uno a seis meses de prisión si dentro de los 10 días siguientes a aquel en que se descubrió el delito, devolviera el reo lo sustraído.

Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución, de la inhabilitación y de la multa correspondiente.” (10)

1.2.9.- REFORMA AL CÓDIGO PENAL DE 1979

Las figuras delictivas del peculado al igual que otras cometidas también por servidores públicos (cohecho, abuso de autoridad, concusión, etc.), fueron estudiadas desde la creación del Código Penal anterior, sin embargo en mucho tiempo no mantuvo alteración alguna nuestra Legislación Mexicana. Comienza a tenerla a partir de la reforma penal de 1979 y se transforma de manera trascendente con la reforma penal de 1983.

Con relación al peculado el legislador introdujo en 1979, algunas modificaciones de importancia, por ello, y además por constituir el antecedente de la normatividad vigente se estima necesario transcribir dichos textos legales:

Artículo 219. Al que cometa el delito de peculado se le aplicará de uno a doce años de prisión, multa de mil a cien mil pesos, destitución de 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 vigente en la región y en la fecha en que se consuma el delito, se impondrá al responsable de tres meses a seis años de prisión, multa de 500 a 5,000 pesos, destitución del empleo o cargo e inhabilitación de uno a tres años para obtener otro.

Artículo 220. Comete el delito de peculado todo funcionario, o empleado o encargado de un servicio público del Estado, o Descentralizado aunque sea en comisión por tiempo limitado y que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al Organismo Descentralizado o a algún particular, si por razón de su cargo los hubiera recibido en administración, en depósito o por otra causa.

10.- Instituto Nacional de Ciencias Penales, **Leyes Penales Mexicanas Tomo III**, Ed. Instituto Nacional de Ciencias penales, México 1979, pp. 333

Es de mencionarse que por primera vez se incluye a los funcionarios en la esfera del sujeto activo que antes estaban excluidos del Código Penal en virtud de que la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados de la Federación y del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados de 1940, preveía todo lo concerniente a los funcionarios.

Por otra parte es a partir de la reforma de 1979, que se cancela el supuesto que sanciona de uno a seis meses, si dentro de los diez días siguientes a aquel en que se descubrió el delito devolviera *lo sustraído*. En este punto la reforma es acertada, pues el que *sustraer algo lo devuelva o no debe ser sancionado con cierta severidad*, la figura privilegiada o hasta absolutoria es positiva cuando se trata de una *distracción* temporal o momentánea de las cosas, con animo de reintegrarla cometida por un empleado menor, pues en tal situación más que de un delito, se trata de una irregularidad administrativa.

La punibilidad está dispuesta de acuerdo con el monto pero se advierte que el intervalo relativo a la prisión no concuerda con la de la inhabilitación. La prisión en el supuesto más grave, es de uno a doce años, mientras que la inhabilitación es de dos a seis años. En el caso menos grave la prisión es de tres meses a seis años y la inhabilitación de uno a tres años.

La multa estaba señalada en cantidad fija en su mínimo y en su máximo, toda vez que se establecía en pesos y no sobre la base del día multa, como se encuentra actualmente.

1.2.10.- REFORMAS AL CÓDIGO PENAL DE 1983

En respuesta a las demandas sociales de acabar con la corrupción que tanto daño ha ocasionado a México el Gobierno que entró en funciones intentó con medidas de diversa índole reestructurar el sistema económico y social, gravemente deteriorado. Una de las medidas de orden jurídico: se reformó el sistema normativo relativo a la responsabilidad de los servidores públicos.

El Peculado, con las reformas efectuadas al Código Penal, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de enero de 1983, cambió para quedar de la siguiente forma:

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 cualquier 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 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 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.

1.2.11.- REFORMA AL CÓDIGO PENAL DE 1990

Se agregó un Título el vigésimo cuarto al código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, publicado el 15 de agosto de 1990 en el Diario Oficial de la Federación, el cual entró en vigor al día siguiente, la adición en materia de delitos electorales comprende 10 artículos, del 401 al 410, dedicados a definir las conductas ilícitas que la moderna política criminal en la materia ha dicho.

1.2.12- LA REFORMA DE 1994 AL CÓDIGO PENAL

El 25 de marzo de 1994 se publicó una reforma al Código Penal en materia Penal Electoral en la que se incrementó la penalidad, la cual no influye en el elemento de exposición.

1.2.13.- LA REFORMA DE 2002 AL CODIGO PENAL

El seis de febrero del 2002 se publicó la última reforma al Código Penal Federal la cual no influye en la materia de estudio.

En dicha reforma se adiciona al Título Décimo, un Capítulo III Bis denominado “Desaparición Forzada de Personas”.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL DEL DELITO DE PECULADO

Es imprescindible conocer el concepto de Servidor Público y de Administración Pública antes de comenzar el presente estudio ya que están íntimamente ligados y serán de uso continuo durante el desarrollo del este trabajo.

2.1.- CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO

El legislador con el objeto de evitar confusiones sobre qué debe entenderse por servidor público, ha introducido en el numeral 212 de la Ley Sustantiva de la materia la definición de servidor público al expresar:

“Artículo 212. Para los efectos de este título y el subsiguiente; es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados, a las Legislaturas locales, y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal.”

Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguna de los delitos previstos en este título o el subsiguiente.” (11)

El precepto no únicamente hace la determinación de los posibles sujetos activos calificados, sino que, de una vez por todas elimina la duda sobre la responsabilidad penal de terceros particulares que con frecuencia acuden interviniendo en las conductas punibles estableciendo para estos la posibilidad de la coautoría y de la participación, según la categoría con que se intervenga conforme al artículo 13 del Código Penal Federal, pues así lo establece el elemento normativo indicante de que “... Se impondrán las mismas sanciones

11.- *Código Penal Federal*, Ed. Sista, México, 2008

prevista para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en éste título y el subsiguiente.”
(12)

Al entender la expresión de otra manera, tendríamos que incluir en el presente todos aquellos hechos en que los funcionarios públicos entran en lucha colisión con otros de esos mismos funcionarios; y no es así, pues la persona pública que aquí se considera como víctima del delito, no es el individuo instalado en su cargo, sino el cargo mismo, la sede vacante a la cual, por interés común, quiere uno que se llame a los mejores ciudadanos.

2.2.- CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es importante, definir qué debemos entender en el Derecho Penal como Administración Pública, figura que está muy ligada al concepto de servidor público a que hace referencia el artículo 225 del Código Penal Federal.

Según los teóricos del Derecho Administrativo, se entiende generalmente por Administración Pública, aquella parte del Poder Ejecutivo a cuyo cargo está la responsabilidad de desarrollar la función administrativa. De esta manera. La administración pública puede entenderse desde dos puntos de vista, uno orgánico que se refiere al órgano o conjunto de órganos estatales que desarrollan las funciones administrativas y otro formal o material, según el cual debe entenderse como la actividad que desempeña éste órgano o conjunto de órganos.

De acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano, la “Administración Pública aparece desde que el hombre se organiza en sociedades más o menos complejas, en las

12.- Díaz de León Marco Antonio, *Código Penal Federal con Comentarios*, Ed. Porrúa S.A, México 1991, p. 291

que se distingue la presencia de una autoridad, que subordina y rige actividades del resto del grupo y que se encarga de proveer la satisfacción de necesidades colectivas fundamentales”. (13)

El tratadista, Acosta Romero, relaciona la existencia de estructuras administrativas en sociedades como la del antiguo Egipto, en donde bajo el régimen de Ramsés existía un manual de jerarquía; en China 500 años a. C., existió un manual de Organización y gobierno. En Grecia y en Roma también existieron estructuras administrativas.

El artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precisa que la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso de la Unión, la que distribuirá los negocios del orden administrativo que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirán las bases Federales de creación de las Entidades Paraestatales. Dicha Ley es la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976.

De esta manera conforme a las disposiciones legales aplicables, el Ejecutivo Federal se auxilia para cumplir con sus funciones administrativas de las Dependencias, de la Administración Centralizada y de las entidades Paraestatales.

2.3.-ESQUEMA DE LOS DELITOS COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS

- a) Ejercicio indebido de servicio público
- b) Abuso de autoridad
- c) Coalición de servidores públicos
- d) Uso indebido de atribuciones y facultades

13.-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo de la A-CH* Ed. Porrúa, S.A de C.V México, 1994, p. 107.

- e) Concusión
- f) Intimidación
- g) Ejercicio abusivo de funciones
- h) Tráfico de influencias
- i) Cohecho
- j) Peculado
- k) Enriquecimiento ilícito

2.4.-CONCEPTO DE PECULADO

Concepto legal.- El artículo 223 del Código Penal Federal contiene cuatro fracciones tipificando cada una distinta modalidad del peculado pero en la fracción I, encontramos la definición del género.

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.

Concepto doctrinal.- El vocablo peculado, proviene del latín *peculatus* de *peculium*, caudal.

En sentido gramatical, se puede considerar como la sustracción de caudales del erario público, efectuada por aquel a quien se la ha confiado su administración.

El jurisconsulto, Marco Antonio Díaz de León considera que es un delito cometido por quien siendo servidor público distrae de su objeto para usos propios o ajenos los caudales, inmuebles o efectos propiedad del Estado cuya administración,

percepción o custodia le hubiere sido confiada por razón de su cargo. Se trata en esencia, del abuso de confianza depositado en el funcionario. (14)

Para el tratadista, González de la Vega refiere que en su esencia jurídica, el peculado consiste en la distracción que para usos propios o ajenos el servidor público hace los bienes que por su carácter le han sido confiados, estos bienes pueden ser valores dinero, fincas o cualquiera otra cosa que pertenezca al Estado, al Organismo Descentralizado o a un particular”. (15)

Así como el maestro, Constancio Bernaldo de Quirós define ... De “pecus” (el animal que pase en general, y especialmente la oveja, riqueza principal del antiguo pueblo romano), el peculado o sea, literalmente la sustracción de una oveja como equivalente de una moneda, se define como la apropiación de caudales públicos por parte de funcionarios de igual clase, bien como hurto propio de ordinario, si consiste en una verdadera “concretatio”, en que el funcionario toma toca, por sí mismo al cosa ajena en dinero, o su equivalente, o en otra cosa mueble, bien como hurto impropio, defraudación u otro delito contra la propiedad. (16)

De igual forma el jurista Carrancá y Rivas que entre otras legislaciones como la Argentina (art. 260), la *malversación de caudales públicos* consiste en el simple cambio ilegítimo de destino de esos caudales, sin lucro para el agente o para un tercero. No así el artículo comentado que 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, (17)

14.- Díaz de León Marco Antonio, **Código Penal Federal con Comentarios**, Ed.Porrúa S.A de C.V, México 1994 p. 339

15.- González de la Vega Francisco, **El Código Penal Comentado**, Ed.Porrúa S.A de C.V, México 1994 pp. 327 y 328

16.- Bernaldo de Quirós Constancio, **Derecho Penal Parte Especial**, Ed. José M. Cajica Jr., México, 1957, p 344.

17.--Carrancá Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl **Código Penal Anotado**,Ed. Porrúa S.A de C.V, México, 2003 p 562

Precisamente dicho Título se refiere a los delitos cometidos por servidores públicos. Pero ocurre que la propia conceptualización, de servidores, públicos, constituye una de las novedades contenidas en la reforma mencionada. restringiéndonos al ámbito penal sustantivo, la noción de servidor público se determina en el artículo 212 Código Penal Federal y el legislador señala que para los efectos de los Títulos Décimo y Décimo Primero del Libro II del Código Penal Federal: Es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal Centralizada, o en las del Distrito Federal, Organismos Descentralizados, Empresas de participación Estatal Mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a estas, Fideicomisos Públicos en el Congreso de la Unión o en los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que maneje recursos económicos Federales.

2.5.- CLASES DE PECULADO DE ACUERDO A LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

Existen cinco tipos de peculado, cuatro de ellos se encuentran el numeral 223 de Código Penal Federal y el quinto se encuentra en la fracción III del artículo 407 del mismo Ordenamiento.

En realidad de los cuatro primeros solamente la fracción primera expresa claramente un tipo penal de peculado, estos delitos de peculado se han denominado de la siguiente manera:

a) Peculado por distracción

b) Peculado por utilización indebida de fondos públicos o uso indebido de atribuciones y facultades.

c) Peculado de utilización indebida de fondos públicos o uso indebido de atribuciones y facultades, cometido por una persona que no sea servidor público.

d) Peculado por extensión.

También podríamos decir que existen peculados, pero en razón del sujeto activo así es que los dos primeros podrían ser cometidos por servidores públicos, mientras que los dos segundos solamente por particulares.

e) Peculado electoral

2.6.-NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE PECULADO

El peculado se establece en el Art. 223 del Código Penal Federal, en el cual se formulan cuatro fracciones; En la primera se estipula cuándo el servidor público distrae de su objeto, para usos propios o ajenos dinero perteneciente al Estado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiese recibido en administración.

El poder Judicial de la Federación ha manifestado:

PECULADO, DELITO DE. INCLUYE A LOS QUE DISTRAIGAN DE SU OBJETO VALORES CORRESPONDIENTES A LOS MUNICIPIOS. Es inexacto que el delito de peculado no incluye a los funcionarios públicos que distraigan de su objeto valores pertenecientes a los municipios, sino únicamente a los funcionarios que distraigan de su objeto bienes pertenecientes a los estados, en razón de que, las participaciones ordinarias y extraordinarias de recursos económicos que reciben los municipios son de parte del gobierno del estado, y aun tratándose de recursos estrictamente municipales, quedan inmersos en la citada norma penal ya que al referirse al estado, se hace alusión a la organización jurídica y política de la sociedad, en la que está incluido el nivel municipal. (Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8º Época. Tomo IX. Abril. Tesis XX. 145 P. Página 564).

PRESEDENTES: Amparo directo 425/91. Fernando Elías Escobar. 17 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Mariano Hernández Torres. Secretario: Stalin Rodríguez López

Sostiene la misma tesis: Amparo en revisión 197/91. Tomas Lenuel Nieto Reyes. 31 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A Velasco Santiago. Secretario: José Gabriel Clemente Rodríguez.

PECULADO, DELITO DE. NO CONFIGURADO. El delito de peculado previsto en el art. 223 frac. I del Código Penal Federal, se configura cuando concurren sus dos elementos fundamentales: a) que el acusado desempeñe un servicio público, del estado o de un organismo descentralizado sin ser funcionario; b) que en el desempeño del cargo distraiga de su objeto para sí o para otro, dinero o cualesquiera clase de valores, fincas u "otra cosa" pertenecientes al estado,

organismo descentralizado o a un particular, recibidos en administración, deposito, o por cualquier otra causa inherente a su cargo; de lo anterior, se advierte que el tipo penal hace referencia a dinero, valores, fincas o cualquier "otra cosa", debiéndose entender por cualquier "cosa", en lo jurídico, "lo material (una casa, finca, el dinero) frente a lo inmaterial o derechos (un crédito, una obligación, una facultad)" (Cabanellas fojas 393 tomo II9, por lo que en la especie, tratándose de un servicio, que además el empleado público tenía a su disposición para el desempeño de su trabajo, como el telefónico, aun cuando se afirmara que el mismo era para asuntos exclusivamente oficiales y que el acusado lo destino para hacer algunas llamadas personales de larga distancia, ello solo daría cabida al ejercicio de una acción diversa. Por tanto, al faltar uno de los elementos normativos que integran la definición del delito de peculado la conducta resulta atípica. (Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo III Segunda Parte-2. Tesis 98. Página 527).

PRECEDENTES: Amparo directo 1088/88. Luis Alberto Álvarez Olmos. 13 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Vicente Arenas Ochoa.

En la fracción segunda, se refiere al hecho de que el funcionario público utilice esos fondos para promover su imagen política o social, la de un tercero o bien para denigrar a una persona, en la fracción III, se sanciona a quienes realizan las promociones o denigraciones, o bien a quienes obtengan los beneficios. Finalmente, en la fracción IV se establece que comete el ilícito en estudio, cualquier persona, sin tener el carácter del servicio público, pero estando obligada a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, distrayéndolos de su objeto para sus usos propios o ajenos, o les dé una aplicación distinta a su destino.

La conducta consiste en los actos con los cuales el funcionario público o el encargado del servicio público excede arbitrariamente los poderes contenidos en el título de su posesión. Y esto puede ocurrir, como lo dice expresamente la ley, o mediante actos de apropiación o mediante actos de distracción del dinero o de otra cosa mueble, poseídos por razón del cargo o del servicio.

En cuanto al cuerpo del delito, el Poder Judicial de la Federación a considerado:

PECULADO, DELITO DE. El cuerpo del delito de peculado se comprobó plenamente mediante las constancias relativas que demuestran la calidad del sujeto activo de la infracción pues fungía como Presidente Municipal, y distrajo parte del dinero amparado en un cheque perteneciente al municipio, el cual por razón de su encargo recibió. (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6a. Época. Volumen LVII. Página 52).

PRECEDENTES: Amparo Directo 420/61. Jesús del Castillo Ortiz. 30 de marzo de 1962. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ángel González de la Vega.

PECULADO, DELITO DE. El cuerpo del delito de peculado quedó debidamente comprobado: con la constancia de que el acusado, al ocurrir los hechos, era inspector del Banco Nacional de Crédito Ejidal; mediante la documentación por la cual se demuestra la existencia de un faltante de frijol recogido por el reo, según recibos existentes; con el dicho del inculpado en el sentido de que efectivamente recogió el frijol, sin que en su totalidad haya ingresado a los almacenes de la institución bancaria. El conjunto de indicios existentes, constituye indudablemente prueba plena circunstancial. (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6a. Época. Volumen LVII. Página 52).

PRECEDENTES: Amparo directo 5571/60. Antonio Gallardo Montes. 30 de marzo de 1962. unanimidad de 4 votos. Ponente: Ángel González de la Vega.

El poder Judicial de la Federación opina:

PECULADO, DELITO DE. El acuerdo de voluntades entre el inculpado y otra persona para obtener el dinero de la Institución ofendida, no es elemento indispensable para la configuración del tipo, estando constituido el elemento esencial del peculado por el cambio de la finalidad jurídica llevada al cabo por el sujeto activo de la infracción, no importa que algunos créditos se hayan obtenido a través de maniobras realizadas por esa otra persona, si el inculpado mando cancelar una hipoteca que garantizaba un crédito, además de que, aprovechando su particular posición de empleado del banco, dispuso de una garantía del crédito otorgado por este y, consecuentemente, dispuso también del bien inmueble precisamente por que se encontraba en situación de hacerlo, dadas sus facultades de empleado y la licitud de la operación por parte del banco, quien le había confiado la conservación de las garantías y la tramitación y autorización de los créditos solicitados a dicha Institución, además no es exacto que el autor del delito deba obtener los bienes lícitamente, sin emplear engaños o maquinaciones, pues se requiere únicamente que haya recibido los bienes y no que los haya obtenido o adquirido. (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 21. Página 21).

PRECEDENTES: AMPARO DIRECTO 3037/69 Eleazar Rivera y Solís. 10 de septiembre de 1970 5 votos. ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

El aspecto punitivo de este delito se basa también en el monto de lo distraído, de esta manera cuando sea de quinientas veces o menos del salario mínimo, se le impondrá al sujeto activo prisión de dos meses a 2 años; cuando exceda de tal cantidad se le impondrán de 2 a 14 años de prisión; en ambos casos multa, destitución e inhabilitación del empleo, cargo o comisión.

CAPÍTULO III

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE PECULADO

3.1.- CLASIFICACIÓN DEL DELITO

3.1.1.-EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD

El peculado no es un delito grave por tener el sujeto activo derecho a la libertad bajo caución.

3.1.2.- EN ORDEN A LA CONDUCTA DEL AGENTE

Es un ilícito de acción en virtud de que en su ejecución, el agente debe efectuar movimientos corporales o materiales; no es posible que se presente por una omisión.

La conducta se realiza cuando el servidor público para usos propios o ajenos distrae 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.

3.1.3.- POR EL RESULTADO

Es de resultado material, porque se provoca un cambio en el mundo exterior, se materializa la conducta desplegada por el agente.

3.1.4.- POR EL DAÑO QUE CAUSA

Es de lesión, porque ocasiona un menoscabo en el bien jurídicamente tutelado. No sucede como en los de peligro, en los cuales únicamente se pone en riesgo el bien jurídico protegido, pero no se daña.

3.1.5.- POR SU DURACIÓN

Es de duración instantánea el peculado, debido a que se consuma en el mismo de su realización se colma el tipo penal.

3.1.6.- POR EL ELEMENTO INTERNO

El doloso, porque el agente desea la producción del resultado; voluntaria y consciente prepara el peculado y lo ejecuta.

3.1.7.- EN FUNCIÓN DE SU ESTRUCTURA

Es de estructura simple, debido a que en el tipo penal únicamente se protege a un bien jurídicamente tutelado.

3.1.8.- EN RELACIÓN AL NÚMERO DE ACTOS

Es unisubsistente en cuanto al número de actos, porque en un solo acto se consuma el peculado.

El agente sólo necesita realizar un acto, para actuar, usar, en su propio beneficio o incluso para uno ajeno distrayendo 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, depósito o por otra causa.

3.1.9.- EN RELACIÓN CON EL NÚMERO DE SUJETOS

Es unísubjeto el peculado, porque se requiere de la participación de un solo sujeto en la descripción legislativa.

Con la participación de un solo servidor público se colmará el tipo de peculado. El texto penal establece: “Todo servidor público...”, con lo cual entendemos la participación de un único sujeto.

3.1.10.- POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN

Es de oficio el peculado, porque es obligación de la autoridad perseguirlo aun en contra de la voluntad del ofendido. No procede el perdón.

3.1.11.- EN FUNCIÓN DE SU MATERIA

1. FEDERAL.- Cuando sea cometido por un funcionario de este mismo fuero, quien se tendrá que someter a las leyes federales.

2.- COMÚN.- Será común, cuando se trate de funcionarios pertenecientes a cada uno de los Estados o al Distrito Federal, es decir, pertenecientes al fuero común.

POR SU COMPOSICIÓN.- Es normal, por que en su descripción legislativa únicamente se tratan elementos objetivos.

POR SU ORDENACIÓN METODOLÓGICA.- es fundamental, porque se encuentra formado con una conducta ilícita sobre un bien jurídico tutelado y es básico.

POR SU AUTONOMÍA.- Es autónomo, en cuanto a que tiene vida propia, es decir, no requiere de la presencia de algún otro tipo, para su configuración.

POR SU FORMULACIÓN.- Es amplio, ya que se encuentra formado por una hipótesis única, en la cual caben todas las formas de ejecución del peculado.

3.2.- ELEMENTOS GENERALES DEL DELITO DE PECULADO

3.2.1.-CONDUCTA

Es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a la realización de un propósito.

La conducta ha sido descrita de varias formas y es por este hecho que cambia el concepto de conducta de un autor a otro, es por ello que la conducta humana puede denominarse “conducta”, “acción”, “acto”, “hecho”, “evento”, etc. En torno a la afirmación de que la conducta es la base sobre la que se elabora el concepto de delito hay unanimidad.

La conducta no ha sido interpretada igual por todos los autores, por ejemplo, para Fernando Castellanos Tena, la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a la realización de un propósito. (18)

La conducta constituye el elemento objetivo del delito, por exteriorizarse a través de un cambio en el mundo exterior; es por ello que en el campo del Derecho Penal se identifica el término “hecho” con el mismo delito.

De acuerdo al tratadista, Raúl Zaffaroni refiere que: ... *hecho es una expresión que debe ser entendida aproximadamente en el mismo sentido, en que la emplea el Código Civil: “Son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los Derechos u obligaciones.* (19)

18.- Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal.*, Ed. Porrúa S.A de C.V, México 1990, p 152

19.- Zaffaroni Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, (parte general)*, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1986, p 276

Los hechos pueden ser humanos (si participa un hombre en cualquier forma que lo haga) o de la naturaleza en que no participa el hombre. Los que nos interesan son los hechos humanos, pero no todo hecho en que participa el hombre es una conducta, porque no es conducta el hecho humano en que un hombre toma parte como una mera masa mecánica. Los hechos humanos se subdividen, en voluntarios e involuntarios, y los hechos humanos voluntarios son precisamente la conducta.

La conducta es entendida como un hacer (o no hacer) voluntario. La voluntad implica una finalidad.

En razón de que es inconcebible la conducta sin voluntad, y la voluntad sin finalidad, resulta por consecuencia que la conducta requiere siempre una finalidad. Según el artículo 7º de nuestro Código Penal Federal en vigor, la conducta puede darse en forma de acción o de omisión, al referir:

“Artículo 7º Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales...”

ACCIÓN

La acción constituye una de las especies del género conducta.

Para el especialista, Porte Petit, la acción consiste en la actividad o el hacer voluntario, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico originando así un tipo de prohibición. (20).

20.- Porte Petit C. Celestino, *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*, Ed. Porrúa S.A de c.V, México 1992, p 295

Así el maestro, Fernando Castellanos Tena ,señala que la acción es todo un hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar al mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. (21)

La acción – refiere el jurisconsulto Cuello Calón-, es el movimiento voluntario encaminado a la producción de un resultado, consistente en al modificación del mundo exterior o en el peligro que produzca. (22)

AUSENCIA DE CONDUCTA

Como causas de ausencia de conducta encontramos:

- 1) Fuerza exterior irresistible;
- 2) Movimientos reflejos; y
- 3) Estado de inconciencia (sueño en su modalidad de sonambulismo y la hipnosis).

Todas estas causas de ausencia de conducta quedan comprendidas dentro de la fracción I del numeral 15 de nuestro Código Penal Federal en vigor, así como la fracción X (caso fortuito) al expresar que son causas de exclusión del delito:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:
I.- el delito se comete sin la voluntad del agente
...X.- El resultado típico se produce por caso fortuito...

Efectivamente en todos estos casos se da la ausencia de voluntad del activo, faltando de esta forma la fase interna de la acción, o la no-realización voluntaria o involuntaria de la acción esperada.

21.- Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Ed. Porrúa S.A de C.v, México 2001, p, 152.

22. Cuello Calón Eugenio *Derecho Penal (Parte General), Tomo I*, Ed. Boch Casa Editora S.A Barcelona 1980, p 345.

1) FUERZA EXTERIOR IRRESISTIBLE O VIS ABSOLUTA

Debe entenderse como la fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente y lo hace actuar como mera masa mecánica. Desde otro punto de vista, la fuerza irresistible ha de ser absoluta, de tal forma que no deje ninguna opción de voluntad a la persona que la sufre.

Existen dos fuerzas físicas irresistibles externas, es decir, que proviene del mundo exterior ya sea de la naturaleza o de un tercero y que hacen al sujeto un simple objeto o instrumento que provoca un mutamiento en el mundo del deber ser.

		De la naturaleza (vis mayor)
Fuerza irresistible	Fuerza física externa	
		Del hombre (vis absoluta)

FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE PROVENIENTE DE LA NATURALEZA O VIS MAYOR.

Es una fuerza proveniente de la naturaleza que actúa materialmente sobre el agente y lo hace actuar como mera masa mecánica, ocasionando un hecho en el mundo exterior, ejemplo de lo anterior es el daño que se ocasiona el conductor de un vehículo a una vivienda, a consecuencia de haber perdido el control por un terremoto, un huracán, etc. En este caso el ser humano actúa de una manera involuntaria. En el Código Penal Federal se encuentra contemplada esta fuerza irresistible de la naturaleza, en la fracción X del numeral 15 denominado también “caso fortuito”.

FUERZA IRRESISTIBLE PROVENIENTE DEL HOMBRE O VIS ABSOLUTA.

Proviene de la acción de un tercero, y trae como consecuencia la ausencia de conducta sobre el que sufre la fuerza física irresistible, siendo culpable de la acción típica, antijurídica y culpable el tercero que ejerció la fuerza. Es claro que la persona que empujada por la espalda y la consecuencia de esta fuerza rompe un cristal no es responsable de la lesión al patrimonio del pasivo, en cambio el tercero que lo empujó es el responsable de la conducta típica antijurídica y culpable. Es oportuno no confundir esta fuerza con el estado de necesidad, ni la legítima defensa, en virtud de atacar estas últimas la antijuridicidad, mientras la fuerza irresistible proveniente de un tercero da una ausencia de conducta.

La siguiente Jurisprudencia, sostiene lo ya dicho aquí en cuanto a la fuerza física irresistible, y aunque habla de excluyente de responsabilidad, es dado a la nomenclatura que tenía antes del numeral 15 del Código Penal Federal.

Fuerza física exterior irresistible excluyente de responsabilidad de. La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado y que este involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño. Quinta época, supl, 1965, Pág. 241. A.D. 86/52. supli 1956, Pág. 595. A.D. 2216/53 Sexta Época segunda parte: Vol. XXI Pág. 70 A.D. 5191/48. Vol. XXII Pág. 105, A.D. 4786/53. Vol. LI Pág. 63 A.D. 1348/62.

Si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esta posibilidad, no cabe apreciar esta eximente. No es lo mismo el sujeto que a consecuencia de un empujón rompe el cristal que se encontraba enfrente de él, que la persona que rompe un cristal al ser ordenado por su agresor, el cual lo amenaza de que si no lo hace padecerá un mal en su integridad física. En el primer caso falta la acción, al no poder el sujeto ni siquiera manifestar su voluntad. En el segundo caso, la voluntad existe pero esta viciada en sus motivaciones de salvaguardar un bien de mayor jerarquía que el que se viola.

2) MOVIMIENTOS REFLEJOS.

Son movimientos reflejos aquellos movimientos corporales del sujeto, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia.

Los movimientos reflejos tales como las convulsiones epilépticas no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad.

Desde el punto de vista penal no actúa quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano. También existen movimientos reflejos cuando el sujeto que al sentir el fuego mueve la mano rápidamente y con este movimiento rompe un jarrón que se encontraba cerca de él, dicho movimiento es del dolor que le produce el fuego al contacto con su piel, por lo cual el no es responsable de una conducta, ya que el movimiento lo hizo a consecuencia del estímulo que le produjo la quemadura que acaba de sufrir en su propio cuerpo.

Refiere el autor, Muñoz Conde, que distintos de los movimientos reflejos son los actos en “corto circuito”, las reacciones impulsivas o explosivas en las que la voluntad participa aun sea fugazmente, y que por lo tanto no excluye la acción.(23)

3) ESTADOS DE INCONCIENCIA.

También falta la acción en los estados de inconsciencia, tales como el sonambulismo y el hipnotismo. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y por consiguiente no pueden considerarse acciones penalmente relevantes.

23.- Muñoz de Conde Francisco y García Aran Mercedes, *Derecho Penal (Parte General)*. Ed. Tirant Lo Blanch, Sevilla, Barcelona, 1993, p 221.

SONAMBULISMO. Sueño anormal durante el cual el paciente se levanta, anda y a veces habla. En ocasiones se ha planteado casos hipotéticos como el de que si una persona al estar caminando en un estado de sonambulismo y rompe un objeto o toma un objeto es responsable de una conducta, la doctrina ha determinado que en estos casos no existe la voluntad y el activo actúa en un estado de inconciencia.

HIPNOTISMO. Según el diccionario de la Lengua Española el hipnotismo es el procedimiento para provocar el llamado sueño magnético por la fascinación, mediante el influjo personal o aparatos adecuados.

Se discute por la doctrina si la hipnosis puede dar lugar a una ausencia de conducta. La opinión dominante se inclina por la negativa, aunque como lo refiere la psicología, sí es factible que una persona hipnotizada esté bajo el control del hipnotizador, y en este caso sólo actúe como instrumento del hipnotizador (autor mediato).

Aunque en los estados de inconciencia falta la acción, puede ser que el sujeto se haya colocado voluntariamente en ese estado, es decir, el hipnotizado se haya dejado hipnotizar para delinquir.

LA OMISIÓN

El comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que también tiene un aspecto pasivo, constituido por la omisión. Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante o irrelevante para el derecho.

El Derecho Penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas, que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. La infracción de estas normas

imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Lo que el legislador castiga en éstos es la no-realización de la acción mandada. (24)

En cuanto a su estructura mientras que los tipos se realizan si se efectúa la conducta que describen los tipos de omisión se refieren a la no-verificación de una determinada conducta por lo que se realizan si tiene lugar una conducta prevista - en absoluto es necesaria la pasividad- Por lo que afecta al distinto significado de los tipos de acción y omisión como base del injusto, mientras que los primeros (tipos de acción) dan lugar a la infracción de una norma prohibitiva de una intervención activa indeseable por su nocividad, si no concurre ninguna causa de justificación, los segundos (tipos de omisión) originan la infracción de una norma preceptiva que obliga a una determinada cooperación deseable, cuando no existe una causa de justificación. El injusto de delito de acción consiste en una intervención actual nociva que una norma prohíbe, el injusto de la omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada por una norma preceptiva. (25)

Los anteriores conceptos de omisión llevan a determinar, en un primer plano, que no es una diferencia entre los delitos de acción y los delitos de omisión la actividad corporal y la no-actividad corporal, sino mientras que en los delitos de acción existe una actividad encaminada a la realización de un fin, en los delitos de omisión se deja de realizar una acción esperada.

La omisión presupone entonces dejar de realizar la acción esperada mediante un movimiento corporal o la abstención de movimiento corporal es decir, en algunas ocasiones se omite realizar la acción esperada mediante movimientos corporales,

24.- Muñoz Conde Francisco. Ibidem p 221

25.- Mir Puig Santiago.- **Derecho Penal (Parte General)** , Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona , España, 1990, p 320

ejemplo de lo anterior es que el activo deje de cumplir con sus obligaciones ante el fisco voluntariamente y para lograr lo anterior altera los libros de contabilidad, hace aparecer gastos inexistentes. En este caso existe una actividad corporal, pero indica que estemos en presencia de un delito de acción sino en presencia de un delito de omisión, ya que el activo no llevó a cabo la acción esperada (esto independientemente del delito de falsificación de documentos).

Se concluye entonces, que los tipos de omisión no requieren necesariamente la pasividad corporal del activo del delito, sino que pueden cometerse a través de un movimiento corporal distinto al que ordenaba la acción esperada.

3.2.2.- TIPICIDAD

Tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal.

Las expresiones tipo y tipicidad son conceptualmente distintas, pero deben ser tratadas conjuntamente. La expresión tipo es utilizada por la mayoría de los finalistas para aludir a la descripción de una conducta prohibida que el legislador contempló en una norma jurídico-penal, en tanto que la tipicidad es la concretización de todos y cada uno de los elementos contenidos en el tipo penal, en otras palabras, es simplemente el encuadramiento o adecuación de la conducta al tipo penal.

Atento a lo anterior, en nuestro Derecho Penal, se dice que un comportamiento humano es típico, cuando coincide con lo previsto en un tipo penal (la acción de apoderarse de cosa ajena es típica, porque encuadra exactamente en lo establecido por el numeral 367 del Código Penal Federal).

La Tipicidad ha sido definida de diferentes manera por ejemplo para el escritor, Raúl Zaffaroni, la tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de

estar adecuada a un tipo penal es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal. (26)

El tratadista, Muñoz Conde refiere al hablar del tema. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente **nullum crimen sine lege** sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tal. (27)

Es necesario para entender a la tipicidad el análisis de Tipo Penal. Por Tipo debemos entender la descripción de toda la materia de prohibición o de preceptuación de la normal penal.

El tipo también ha sido definido en diferentes maneras, el citado, Raúl Zaffaroni, refiere que el Tipo, es la fórmula que pertenece a la ley.

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

Entendiendo el tipo y su relación con la atipicidad, únicamente quedaría decir que el tipo penal, cumple una triple función en la norma penal:

a) Una función sancionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes. Mediante el principio de intervención mínima, el legislador a seleccionado aquellas conductas más dañinas para las relaciones sociales y más lesivas para la convivencia de ésta, conducta dañinas a bienes jurídicos, amenazando a quienes cometen estas con una pena.

26. Zaffaroni Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, (Parte General)* Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986, p 393.

27. Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del Delito*, Ed. Temis, Bogota Colombia, 1990, p 39.

b) Una función de garantía. En la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente (nullum crimen nulla poena sine lege).

c) Una función motivadora general. Por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición. (28)

En México, hasta hace algunos años no se contemplaban en la norma penal los elementos del tipo penal, o no eran interpretados de acuerdo a la teoría finalista, dichos elementos se empezaron a describir en nuestra legislación en los años noventas, al haberse reformando en la primera instancia la Carta Magna y cambiar el concepto de cuerpo del delito por el de elementos del tipo penal, este cambio no solamente es una cuestión de nomenclatura como muchos llegaron a considerar, sino representa una cuestión de fondo y obliga tanto al Ministerio Público, así como al Juzgador a acreditar fehacientemente los elementos del tipo penal.

Dichas reformas de los numerales 16 y 19 Constitucionales para quedar como sigue:

Artículo 16, ..."No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal, y la probable responsabilidad del indiciado....

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo del delito que se impute al detenido y que hagan probable la responsabilidad de éste....

28. Muñoz Conde Francisco, Op. Cit, pp, 232, 233.

En un primer momento hubo confusiones a qué se refería la Constitución como elementos del tipo penal, lo cual vino a despejarse con las reformas a los numerales 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 122 de la ley adjetiva de la materia para el Distrito Federal, al referir los dos:

El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción: y la autoridad judicial a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido.

II. La forma de la intervención de los sujetos activos, y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán si el tipo requiere: a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo, b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, c) el objeto material, d) los medios utilizados, e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión, f) los elementos normativos, g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea....

Pese a lo anterior, han existido malas interpretaciones sobre éstos elementos del tipo penal, una de ellas es en qué orden deben acreditarse dichos elementos del tipo penal. Varios Ministerios Públicos consignadores y de procesos así como algunos Jueces han reiterado que deben acreditarse en el orden que señalan los numerales 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 122 de la Ley Adjetiva de la Materia para el Distrito Federal.

El segundo problema que se ha presentado es el que se refiere en qué parte de la consignación, orden de aprehensión, auto de plazo Constitucional, conclusiones o sentencia, deben de mencionarse por parte del Ministerio Público o del juzgador, las calificativas que agravan o atenúan la pena. Existiendo personas que lo acreditan después de los elementos del tipo o más absurdo después de la responsabilidad penal.

TIPO PENAL

Se encuentra establecido en el artículo 223 del Código Penal Federal con el siguiente texto:

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 hubiera 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 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 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.

La tipicidad se presentará cuando el servidor público que para usos propios o ajenos distrae de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo o a un particular, si por razón de su cargo los hubiera recibido en administración, en depósito o por otra causa.

El Poder Judicial de la Federación, indica:

PECULADO. CONDUCTA QUE CONFIGURA ESE DELITO. Si el acusado tenía el carácter de servidor público, por desempeñar un cargo en institución perteneciente al gobierno del estado de Tabasco; y sin autorización distrajo de su objeto, para uso ajeno medicamentos de la farmacia a su cuidado, pertenecientes a dicha institución, su conducta encuadra en el tipo legal de peculado previsto por el artículo 210, fracción I, del Código Penal de la mencionada entidad federativa y no en el robo, por el que fue procesado y sentenciado con violación del artículo 14 constitucional, por inexacta aplicación de la ley. (Tribunal Colegiado del décimo Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Época. Tomo III Segunda Parte-2. Tesis 22. Página 527). PRECEDENTES: Amparo directo 526/88. Juan Antonio Ruiz

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO:		
1. La existencia de una conducta		
	material	
2. La constatación de un resultado	formal	
3. El nexo causal (o la atribuibilidad) entre la conducta y el resultado		
4. Bien jurídico tutelado		
		sin calidad
	activos	con calidad
5. Sujetos		sin calidad
	pasivos	con calidad
6. formas de participación del o los sujetos activos		
7. Objeto material		
	lugar	
	tiempo	
8. Circunstancias	modo	
	ocasión	
	de otro tipo	
9. Elementos normativos		
	de valoración jurídica	
	de valoración cultural	
	dolo	
10. Elementos subjetivos	culpa	
	<i>elementos diferentes al dolo (ánimo, propósitos, deseos e intenciones.</i>	

El anterior cuadro es una forma de estructurar los elementos a que hace mención el numeral 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que ayuda a distinguir entre los elementos materiales (que solamente eran utilizados por los causalistas) y los elementos subjetivos (aportación finalista), dichos elementos los podríamos describir de la siguiente manera:

ELEMENTOS OBJETIVOS O DESCRIPTIVOS

Son aquellos que pueden ser captados por medio de los sentidos, y normativos respecto de los cuales es necesaria una valoración jurídica.

LA EXIGENCIA DE UNA CONDUCTA

Son dos las modalidades de conducta como ya se ha mencionado. Siendo el más importante de los elementos descriptivos del tipo objetivo la acción usualmente denominado núcleo del tipo, y frecuentemente expresada por un medio de un verbo consignado por el legislador (apoderarse, engañar, matar, etc.).

LA CONSTATACIÓN DE UN RESULTADO

Se refiere a la producción o mutamiento en el mundo exterior a consecuencia de una conducta; o bien un resultado estrictamente jurídico, cuando la conducta se encuadra dentro de un tipo penal.

a) Resultado material. Es aquel donde se produce un cambio en el mundo exterior (ejemplo, en el homicidio la muerte del pasivo; en las lesiones, la alteración de la salud que sufrió el pasivo, en el robo el detrimento patrimonial que el pasivo sufre al salir de su esfera de dominio la cosa mueble, etc.).

b) Resultado formal. Este se produce con la sola realización de la conducta del activo, misma que no requiere una mutación en el mundo externo (ejemplo, los delitos de portación de arma prohibida, asociación delictuosa, etc.).

Es importante para demostrar la existencia de un resultado, la descripción de cómo se consumó el delito, y para ello se deberá relacionar el tipo penal contempla

do en la parte especial del Código y el artículo 7º contemplado en la parte general de la Ley sustantiva de la materia y de esta forma, entonces sí, acreditar el resultado formal o material, con la característica de si fue instantáneo, continuo, o continuado.

“Artículo 7º...

...El delito es:

I.- instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos:

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.”

NEXO CAUSAL (O ATRIBUIBILIDAD)

El nexo causal es la vinculación que existe entre la conducta y el resultado producido.

Existen cuatro teorías que tratan de definir el nexo causal: a) la teoría de la equivalencia de las condiciones o también llamada teoría sine qua non; b) teoría de la equivalencia de la condición adecuada; c) la teoría del incremento del riesgo d) la teoría del fin de protección de la norma.

a) La teoría de la equivalencia de las condiciones, parte del principio de “lo que es causa de la causa es causa del mal causado”.(ejemplo, una persona va circulando en su bicicleta y al ir circulando es atropellada por el activo y le provoca lesiones en la mano, motivo por el cual el pasivo acude al hospital a ser atendido y al estar recibiendo dicha atención se incendia el hospital y fallece por quemaduras, lo cual se deduce que si mentalmente suprimimos la conducta, el resultado no se produciría, es decir, si suprimimos la lesión causada en la mano no se producirá el resultado muerte).

b) Teoría de equivalencia adecuada Se refiere a que no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, si no solo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado.

c) Teoría del incremento del riesgo. Con este criterio se tratan de resolver los casos en los que el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida: por ejemplo el médico inyecta indebidamente cocaína al paciente produciendo su muerte que también se hubiera producido de haberse empleado novocaína que era aconsejable; el conductor de un vehículo que lo hacia a más velocidad de la permitida, atropella

a un ciclista, que también habría sido atropellado en el caso de que el conductor fuera a una velocidad normal. Según esta teoría, en los dos casos son responsables el doctor y el automovilista, si se demuestra claramente que con su acción indebida aumentaron sensiblemente el riesgo normal y por esto se produjo el resultado, siendo irrelevante que se demuestre que de cualquier manera se hubiera producido el resultado, ya que lo que se sanciona es el riesgo mayor que ocasiono el activo con su conducta y de esta forma el resultado.

d) Teoría del fin de protección de la norma. Esta teoría sirve para seleccionar casos en los que aunque el autor ha incrementado el riesgo que se transforma en un resultado lesivo, no procede imputar este resultado al activo en virtud de que no se produjo dentro del ámbito de protección de la norma.

EL BIEN JURÍDICO

El bien jurídico desempeña un papel importante dentro de la teoría del tipo penal, en virtud de que no existe una conducta típica sin que se vea afectado o puesto en peligro un bien jurídico, ello en virtud de que la norma penal tiene una función protectora de los bienes jurídicos.

Lo anterior ocurre después de que el legislador ha observado la realidad social y partiendo de ella, de sus problemas, de su ideología y atendiendo a su política criminal, determina cuáles son los bienes a proteger y cuáles comportamientos del hombre son los que más los dañan o lo ponen en peligro (valor al que la ley quiere proteger de los comportamientos humanos que lo dañan). Para lo cual los Legisladores utilizan el Principio de Intervención Mínima, que les permite no sancionar conductas inofensivas y evitar la protección de bienes irrelevantes, considerando solamente aquellos bienes que se han de proteger: ejemplo de lo anterior es la vida, la sociedad, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad etc. Es oportuno referir que el concepto de bien jurídico ha sido utilizado por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) En el sentido político criminal y b) El dogmático de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate.

Como su nombre lo indica, el bien jurídico es aquel que el Estado considera de máxima tutela. Siendo oportuno referir que dichos bienes que protege el Legislador a través de tipos penales, no siempre tiene el mismo valor, por

ejemplo,” la vida”, no tiene el mismo valor que “la propiedad” o la correcta administración de justicia.

SUJETOS

En todo delito existen dos sujetos, el sujeto activo y el pasivo.

a) Sujeto activo, El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la conducta prohibida.

-- Sujeto activo sin calidades, En estos casos sujeto del delito puede ser cualquier persona (delitos comunes).

-- Sujeto activo con calidades específicas. El sujeto activo puede ser cualquiera y entonces estamos frente a un delito general, común o indiferente, pero en ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto, originándose los llamados delitos propios, especiales o exclusivos (ejemplo: peculado que requiere sea cometido por un servidor público; homicidio en razón del parentesco, el cual requiere que el autor del delito sea familiar, cónyuge etc, etc.).

b) Sujeto pasivo. Es aquel que sufre un daño material o de peligro en su persona, patrimonio, funciones laborales o administrativas, es decir, el sujeto pasivo puede ser desde una persona física, moral hasta el Estado.

-- Sujeto pasivo sin calidad. Es en forma genérica el que sufre el daño material en su patrimonio o la puesta en peligro del bien jurídico.

--Sujeto pasivo con calidad. En algunas ocasiones la ley exige que únicamente determinada persona puede ser el sujeto pasivo del delito, y de no darse, se está ante la ausencia del elemento típico. (Ejemplos: el ascendiente, el descendiente,

cónyuge en el delito de homicidio en razón del parentesco, el cónyuge engañado en el delito de adulterio, etc).

FORMA DE PARTICIPACIÓN DEL O LOS SUJETOS ACTIVOS.

El Código Penal de 1871, había agrupado a los responsables de los delitos en tres categorías: autores, cómplices y encubridores (artículos 48 a 58). Igual solución adoptó el Código Penal de 1929 (artículo 36 a 46). En la actualidad siguen existiendo estos tres conceptos, encontrándose los autores y cómplices en el numeral 13 del Código Penal, mientras los encubridores se encuentran en el numeral 400 del mismo Ordenamiento, motivo por el cual primero analizaré los autores y cómplices y posteriormente los encubridores.

OBJETO MATERIAL

Es aquel sobre el cual recae la conducta, es decir, es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica (la cosa mueble en el delito de robo, el cadáver en el delito de homicidio, el dinero como objeto ilícito en el delito de fraude, etc.).

CIRCUNSTANCIAS

En forma general es de aclararse que sobre la base del artículo 19 Constitucional, debe acreditarse de forma fehaciente todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con sus circunstancias particulares, debiéndose entender en este rubro el lugar, la hora, la forma y el modo en que ocurrieron los hechos materia del ilícito.

La doctrina al hablar de las circunstancias de lugar, tiempo modo y ocasión, hace alusión solamente a aquellos tipos penales que en forma específica lo requieren, olvidándose que en todo delito en forma genérica podemos referir en qué lugar se desarrollo el hecho, en que momento, el modo y la ocasión del mismo.

a) De lugar. Como he dicho, en todo delito, existe un espacio en donde se desarrolla el hecho delictivo, pero algunos tipos en especial requieren que el hecho delictivo se lleve a cabo en lugar determinado y de no cumplirse esta exigencia no podría darse el delito (ejemplo: el adulterio debe de cometerse en el domicilio conyugal y si fuese en otro sitio no habría delito).

b) De tiempo: hablaré específicamente de aquellos delitos en los cuales los tipos requieren una referencia de tiempo y de no ocurrir se dará una atipicidad (ejemplo: el delito electoral previsto en el artículo 403 fracción I nos refiere que comete delito el que vote a sabiendas que no cumple con los requisitos de la ley, por lo tanto este delito solo puede ser cometido el día de la elección y en el horario establecido para tal efecto).

c) De modo. En algunas ocasiones los tipos requieren una forma determinada para que se cometa el ilícito (ejemplo: robo de uso).

d) De ocasión. Existen tipos que requieren que el hecho se lleve a cabo en virtud de un acontecimiento, es decir, que solamente que ocurra esto se puede dar el tipo.

MEDIOS PARA COMETER EL ILÍCITO.

Al igual que las circunstancias, en todo tipo se determina en forma genérica el medio empleado en el delito (en el delito de homicidio, si fuera con motivo de un arma blanca) pero en otras ocasiones los tipos exigen determinados medios para su consumación, originándose de esta forma los llamados “delitos con medios legalmente determinados o limitados”, y en estos para que se dé un resultado material, es necesario se utilice un determinado medio que la ley exprese (ejemplo. La violación solamente puede ser cometida mediante violencia física o moral).

ELEMENTOS NORMATIVOS.

Son aquellos que pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho, valoración que es realizada por el juzgador, la cual puede ser jurídica de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico.

a). De valoración jurídica. Como ya se mencionó, esta valoración nace de la propia ley, es decir, cuando la ley lo expresa, por ejemplo “cosa ajena” en el robo; “funcionario”. “servidor público”, documento público o documento privado, “ bien mueble”, “derechos reales”, etc.

b). De valoración cultural. Existe valoración cultural cuando el Código refiere una situación extralegal pero que para su comprensión se necesita su comprobación, ejemplo: “acto erótico sexual”, “ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres”, etc.

ATIPICIDAD

AUSENCIA DE CALIDAD EXIGIDA POR LA LEY EN CUANTO AL SUJETO ACTIVO.- Se presentará esta causa de atipicidad, cuando no sea funcionario público quien ejecute la conducta estipulada en el tipo penal.

POR AUSENCIA DE OBJETO JURIDICO.- Cuando no se cause un daño al bien jurídicamente tutelado.

El poder Judicial de la Federación manifiesta:

PECULADO, DELITO DE. NO SE TIPIFICA CUANDO LA CONDUCTA SE RELACIONA CON EL HECHO DE QUE EL AGENTE RECIBE DINERO DE SUS PROPIETARIOS PARA APLICARLOS A FINES LEGITIMOS Y ORDENADOS POR LOS MISMOS. Si la entrega y recepción de diversas cantidades de dinero que cubría al acusado el propietario de tales cantidades con quien operaba el patrón del acusado, deriva de un acuerdo con fuerza de convenio celebrado entre el propietario indicado, por una parte, y el acusado por

la otra y, la intervención de éste en la operación, nunca fue propiamente como representante de su patrón, sino en lo particular; aunque sin la autorización de éste haya descontado al propietario cantidades destinadas al fin de convenio, eso no hace parte a su patrón en tal convenio, pues hizo a espaldas del patrón, esto es, subrepticamente, pero en la realidad una cosa es que el patrón haya tomado conocimiento de la operación, y otra que hubiere sido parte en el convenio, si en éste sólo intervinieron el propietario del dinero y ordenador del destino del mismo, y por otra el acusado como administrador del dinero y ejecutor del destino del mismo, por lo que no puede considerarse válidamente que el referido numerario debiera haberse ingresado a la contabilidad del patrón, pues para que esto fuera así, sería necesario que el mismo tuviera la calidad de parte en aquel convenio y esto último no puede admitirse si el propio patrón negó tal carácter al denunciar los hechos ante el ministerio Público. De lo anterior se tiene que al no ser el dinero del mencionado patrón como así como el propio numerario lo recibió el acusado por su legítimo propietario para aplicarlo en fines por él admitidos, no se integra el cuerpo del delito de peculado. (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sala Auxiliar. Semanario Judicial de la Federación. Época. Volumen 55. Página 39).
PRECEDENTES: Amparo Directo 8148/66 Manuel García Ledesma. 30 de julio de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Alfonso López Aparicio.

CAUSAS DE ATIPICIDAD

Para Jiménez de Asúa, a de afirmarse que existe ausencia de tipicidad:

- a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal Federal o en leyes penales especiales.
- b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con características antijurídicas. (29)

Para precisar exhaustivamente las causas de atipicidad, es necesario contar con el concepto de tipo, en virtud de que es indudable que según sea el contenido, así será la extensión de la atipicidad, o no-conformidad a los elementos del tipo.

29.- Mezguer, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal , TII*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1957, p.812

Para señalar las atipicidades, bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo penal.

1. Ausencia del presupuesto de la conducta: acción u omisión
2. Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida por el tipo.
3. Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo
4. Ausencia del bien jurídico.
5. Ausencia de objeto material
 - a) De referencias temporales
 - b) De referencias especiales
6. Ausencias de modalidades
 - c) De referencias de otro hecho de la conducta punible
 - d) De referencia de otra índole
 - e) De los medios empleados
7. Ausencias de los elementos normativos; y
8. Ausencia del elemento subjetivo del injusto. (error del tipo)

Es obligatorio conocer cuáles son las consecuencias que se producen cuando existe una atipicidad:

- 1.- No se integra el tipo;
- 2.- Variación del tipo; y
- 3.- Existencia de un delito imposible.

EL ERROR DEL TIPO. Como ya se ha dicho, el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de esos elementos excluye, por tanto, el dolo y todo lo

demás, si el error fuera superable, deja subsistente el tipo penal de un delito imprudente.

El error, igual que el dolo debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa mueble) o normativa (ajena, documentos). Respecto a estos últimos basta con que el autor tenga una “valoración paralela en la esfera del profano” para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo.

3.2.3.- ANTIJURÍDICIDAD

La antijuridicidad es lo contrario al derecho. Se estima que todo delito para ser considerado como tal, debe ser antijurídico.

Solamente existe antijuridicidad cuando hay violación de un precepto legal, o sea, a partir de ese momento se tiñe o colora la antijuridicidad de una manera determinada.

Como es notorio el maestro, Franco Guzmán- estos conceptos de dolo y culpa adquieren un contenido completamente distinto al asignarle funciones tan diversas de las que la teoría tradicional les ha reconocido permanentemente. (30)

La antijuridicidad ha sido utilizada como equivalente de injusto, lo cual es un error porque ambos términos tienen diferente significado. Antijuridicidad es un predicado de la acción, es decir, la antijuridicidad es el atributo con el que se califica una acción que es contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

En cambio el injusto es el término que se emplea cuando ya una conducta ha sido calificada como antijurídica, es decir, ya estamos ante la presencia de una conducta típica, antijurídica.

30.-. Franco Guzmán Ricardo, *La Subjetividad en la Ilícitud*, Ed. José M. Cajica Jr., México 1959, pp. 86 y 87

La antijuridicidad ha sido dividida en antijuridicidad formal y antijuridicidad material. El tratadista, Muñoz Conde refiere que la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuridicidad formal.

La antijuridicidad no se agota sin embargo en esta relación de oposición entre acción y norma, tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuridicidad material. Antijuridicidad formal y material no son sino aspectos del mismo fenómeno. (31)

CAUSAS DE JUSTIFICACION O DE LICITUD

Son causas de justificación –expresa el jurisconsulto, Jiménez Asúa- las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede sumirse en un tipo legal. (32). Esto es, dichas causas conforman el elemento negativo de la antijuridicidad, impidiendo con ello la integración de delito.

Refiere el escritor, Orellana Wiarco, que la conducta típica es un indicio de la antijuridicidad de la misma, es decir, ese indicio puede ser desvirtuado; en efecto, el propio orden jurídico al lado de las normas prohibitivas en ciertos casos opone disposiciones permisivas que impiden que la norma general abstracta se convierta en deber jurídico completo, y así aparecen las llamadas “causas de justificación”(33).

Las causas de justificación no excluyen la tipicidad, es decir, por ejemplo la acción típica dolosa subsiste, pero esa conducta típica dolosa no será antijurídica, si aparece una “causas de justificación.”

31.- Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del Derecho*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, p 86.

32.- Jiménez de Asúa Luis.- *La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal*, Ed. Hermes, Buenos Aires, 1956, p 284.

33.-. Orellana Wiarco Octavio Alberto.- *Teoría del Delito*, Ed. Porrúa S.A de C.V, México , 2003, p 110.

La acción de privar de la vida a otro, en legítima defensa, deja subsistente la materia de prohibición, el tipo, lo que anula es la antijuridicidad de la conducta, el hecho concreto esta amparado en una determinada causa de justificación.

En el numeral 15 del Código Penal Federal, hace mención como causas de licitud, la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, al expresar :

“CAPÍTULO IV”
Causas de exclusión del delito

“Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...IV.-Se repela una agresión real actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, al de sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren los bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que releven la probabilidad de una agresión.

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

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

LEGÍTIMA DEFENSA

El fundamento de la legítima defensa tiene su base en que el agresor y defensor no se encuentre en una posición igualmente válida frente al orden jurídico. Mientras que el agresor niega el derecho, el defensor lo afirma. Siendo así que el derecho se inclina a favor del defensor y le permite lesionar al agresor en toda la medida en que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el derecho. La legítima defensa encuentra su razón de ser, en la defensa del derecho mismo, en el marco de los bienes jurídicos individuales.

Manifiesta el especialista, Carrara al abordar la legítima defensa, enseña que: la defensa individual adquiere todo su imperio cuando la pública está imposibilitada de actuar (34). Es entonces, que la función de castigar cesa en la sociedad cuando la defensa es privada puede ser eficaz y la pública es impotente. Ello es así porque el Estado impotente, debe admitir la defensa del particular como una defensa pública subsidiaria.

Los elementos que constituyen la Legítima Defensa, a que hace alusión el numeral 15 del Código Penal Federal en vigor, en su fracción IV, son:

1º Una agresión

- a) Ser actual
- b) Ser violenta
- c) Ser sin derecho
- d) Que de ella resulte un peligro inminente

2º Que la agresión recaiga en ciertos bienes jurídicos

- a) Defensa de la propia persona
- b) Defensa del honor
- c) Defensa de los bienes
- d) Defensa de otra persona

3º Que la reacción de defensa, sea necesaria

- a) Proporcionalidad entre el hecho agresivo y el hecho defensivo
- b) Carácter inevitable de este último para rechazar la violencia, lo cual implica la contemporaneidad del acto de violencia y del de defensa.

34.- Carrara Francisco, *Programa de Derecho Criminal II*, Ed. Temis Bogota, 1997, p.127.

1º. UNA AGRESIÓN. La agresión se entiende tradicionalmente como acontecimiento físico contra otra persona, mas sin en cambio en la actualidad se tiende a admitir también ataques a bienes inmateriales como la honestidad y el honor.

a) **Ser actual.** Aunque la letra de la ley se limita a exigir que la agresión sea ilegítima, el segundo elemento fundamental de la legítima defensa, la necesidad de defenderse, se deriva la necesidad de que la agresión sea también actual. Es este, un requisito puente entre la agresión y la defensa. En efecto si el Código Penal exige que se actúe en defensa de la persona, personas o derechos, será necesario que ya haya o todavía haya, posibilidad de defensa, o lo que es lo mismo, que sea posible evitar la lesión del bien jurídico amenazado. Ello exige que la agresión suponga ya un peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse en lesión consumada y agotada.

b) **Ser violenta.** Esta violencia por su naturaleza puede ser física, fuerza material en el cuerpo de las personas o cosas objeto de la agresión; o moral amagos, amenazas a las personas de un mal presente e inmediato, capaz de intimidar.

c).**Ser sin derecho.** Si la agresión es justa, por ejemplo, realizada por una autoridad que obre legítimamente, la reacción defensiva no puede quedar amparada por la impunidad. Siendo este elemento- sin derecho- de tono negativo, no puede ser probado directamente y se llegue a establecerlo por un razonamiento de exclusión.

d) **Que de ella resulte un peligro inminente.** El peligro es la posibilidad de daño o mal, la inminencia indica, ha de ser “de presente” es decir, próximo, inmediato, actual.

2º QUE LA AGRESIÓN RECAIGA EN CIERTOS BIENES JURÍDICOS.

a) **Defensa de la propia persona.** Debiendo entenderse en este punto por personas exclusivamente a las físicas, porque las morales no son aptas por sí mismas por su propia defensa; los ataques contra las personas pueden ser muy variados, tendiendo a lesionar diversos bienes jurídicos: vida, integridad corporal, libertad física, libertad sexual, etc.

b) **Defensa del honor.** Nuestro Código Penal Federal confunde el concepto de honor con el de reputación de las personas, según se desprende auténticamente de la denominación dada como delitos contra el honor, a los golpes, injurias, difamación y calumnia. Para la inexistencia de la legítima defensa del honor y concepto de éste en caso de sorpresa del adulterio, véase artículo 310 del Código Penal.

c) **Defensa de los bienes.** Entiéndanse entre ellos todos los de naturaleza patrimonial corpórea e incorpórea; también se pueden incluir todos los bienes jurídicos, es decir todos los derechos subjetivos de agresión.

d) **Defensa de otra persona o de sus bienes.** Aquí entran las defensas de terceros, la de personas morales en sus bienes.

3º. QUE LA REACCIÓN DE DEFENSA SEA NECESARIA Y ESTÉ DIRIGIDA A FRUSTRAR LA AGRESIÓN.

El Código Penal exige que exista necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, (agresión). Es preciso tanto la necesidad de defenderse de alguna forma (necesidad abstracta de la defensa), como la necesidad del medio defensivo concretamente empleado (necesidad de la concreta defensa). La distinción tiene consecuencias importantes: si falta toda necesidad de defenderse

no cabe apreciar ni la legítima defensa completa, ni la eximente incompleta, puesto que falta un elemento fundamental de la eximente; sin en cambio, habiendo necesidad de defenderse la defensa concretamente empleada es excesiva (exceso intensivo), podrá apreciarse la eximente incompleta.

a) **Proporcionalidad de este último entre el hecho agresivo y el hecho defensivo.** Como toda causa de justificación, la legítima defensa requiere el elemento subjetivo de justificación consciente en el conocer y querer los presupuestos objetivos de la situación. El sujeto debe saber que se defiende de una agresión ilegítima o defiende sus bienes o bienes ajenos.

b) **Carácter inevitable de este último para rechazar la violencia, lo cual implica la contemporaneidad del acto de violencia y del de defensa.** Requisito específico de la legítima defensa, de la propia persona o derechos, es la provocación suficiente por parte del que ofende.

En contrario **sensu**, se concluye que no existe legítima defensa, cuando:

1.- La defensa no es legítima cuando se prueba, que el agredido provoca la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ello.

2.- No es legítima la defensa cuando se prueba que el agredido provoca la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.

Lo anterior se robustece con la siguiente tesis jurisprudenciales, las cuales hacen distinción entre la legítima defensa y el cumplimiento de un deber.

“Legítima defensa y no-cumplimiento de un deber”.

El deber de un velador es cuidar las cosas que se encuentran a su cargo, y si alguien en horas de la noche pretende entrar con propósito, el daño que el velador le cause a esa persona se encuentra amparado por la presunción de legítima defensa que la ley consigna y no por la justificante de cumplimiento de un deber a que se refiere la excluyente es de aquellos que tienen entidad legislada.

Sexta Época, Segunda parte: Vol. 2, pág. 19. A.D. 7820/68. José Bueno González.

Unanimidad de cuatro votos.

“ A los miembros de los organismos policíacos se les proporcionan armas tan solo en atención a que se parte de la base de que actuaran en un medio peligroso y pueden ser objetos de actuación; el arma se les entrega para su defensa, pero no para que indiscriminadamente la utilicen, aún cuando el delincuente o infractor no acate la orden que se le dé. Diverso es el caso en que el policía hace uso de su arma para evitar la consumación de un delito en perjuicio de un tercero, ya que en semejante hipótesis se estaría en presencia de una legítima defensa a favor del tercero en cuestión.

Semanario Judicial de la Federación, Tomo 56, Pág. 35 Segunda Parte. Séptima Época”.

ESTADO DE NECESIDAD

Expresa el autor, Eugenio Raúl Zaffaroni, que el fundamento general del estado de necesidad justificante es la necesidad de salvar el interés mayor, sacrificando el menor, en una situación no provocada de conflicto extremo. (35)

Quien actúa en un peligro actual refiere el tratadista Hans Welzel no evitable de otro modo, para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, a fin de alejar de sí o de otro el peligro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, esto es, de los bienes jurídicos afectados y del grado de peligro que los amenaza, el interés protegido prevalece esencialmente sobre el perjuicio. Sin embargo, esto rige sólo en la medida que la acción es el medio adecuado para alejar el peligro. (36)

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

Definición del termino “cumplimiento de un deber”. Para efectos penales, cuando alguien se comporta de cierta manera porque una norma jurídica así lo dispone o una orden vinculante de autoridad le impone tal obligación. En una y otras situaciones estaremos ante la causal de justificación en cuanto el daño causado por quien actúa dentro de tales marcos jurídicos no suscita reacción negativa de reproche, pues el agente ha actuado conforme a derecho.

35.- Zaffaroni Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1986, p 110.

36.- Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*; Ed. Jca. De Chile, 1993, p.109

El cumplimiento del deber como causal de justificación puede tener, entonces, dos fuentes normativas, a saber: La ley o la orden de autoridad, ambas están expresamente reconocidas en nuestra Legislación Penal.

Por manera que cuando alguien, en obediencia de un mandato legal ejecuta hechos lesivos de bienes ajenos, su conducta no es antijurídica, porque un interés social superior- el de la colectividad- exige que los deberes que la ley considera necesarios para la vida de relación, sean necesarios, aun en el caso de que vulneren bienes jurídicos individuales. Sabido es que cuando entran en conflicto bienes sociales e intereses particulares, deben primar aquéllos.

El cumplimiento del deber se refiere tanto a los funcionarios como a los particulares; a los primeros en cuanto ejecuten comportamientos a que están obligados en razón de su actividad oficial, y a los segundos en tanto ciñan su conducta al imperativo mandato de la ley.

No actúa, antijurídicamente el Juez que dispone la detención de un indiciado cuando se da en el proceso la prueba legal para emitir tal proveído, ni el testigo que al declarar en diligencia judicial revela hechos verdaderos pero lesivos del buen nombre de una persona, a pesar de que en tales casos se ha vulnerado el bien jurídico de la libertad personal y el de la honra, respectivamente; y no hay ilícitud en tales situaciones porque normas legales vigentes imponen a jueces y testigos actuar de esa manera, y prevén, además sanciones cuando no se acaten dichos mandatos.

De lo anterior se desprende que los deberes y derechos necesariamente deben estar consignados en la ley, quedando descartados los de exclusiva naturaleza moral o religiosa.

El deber puede ser:

a) Resultante del empleo, cargo, autoridad o función pública del agente; así, el juez que priva procesalmente de la libertad a un sujeto no comete plagio ni secuestro, el policía que por mandamiento practica cateo domiciliario, no como de allanamiento de morada, los miembros del pelotón de ejecución de un sentenciado, no realiza homicidio, etc.

b) Resultante de una obligación general. Como en el caso de que un particular sorprenda a un delincuente in fraganti o impida la consumación de un delito.

EJERCICIO DE UN DERECHO

En el mismo artículo 15, fracción V, del Código Penal en cita, se encuentra previsto como causa de licitud el ejercicio de un derecho, el cual como el cumplimiento de un deber tiene su fuente, en la propia ley que es la que la origina. Cabe hacer mención sobre el ejercicio de un derecho, los especiales casos, como el de homicidio o lesiones que suceden en los deportes, sobre todo en aquellos casos en que de manera eventual (concurriría en este caso fortuito o mero accidente). Como en el fútbol o béisbol, sino como en la lucha o el box, que tienen como finalidad que los practicantes de dicho deporte agredan al adversario, pues dada la autorización del Estado para su práctica, se encuentra justificado el ejercicio del derecho de lesionar al adversario; o bien los casos de lesiones u homicidio con motivos de operaciones quirúrgicas, en las que con autorización del Estado por reglamentación de la actividad médica, se utilizan manos e instrumentos en ejercicio de derecho de sanar enfermos como los riesgos y exigencias respectivos.

Es oportuno referir que dentro de nuestra legislación deberemos atender a los numerales 16 y 17 de la Ley sustantiva de la materia, para aplicar las causas de licitud, completas e incompletas.

Artículo 16. Al que se exceda en los casos de defensa legítima estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI, del artículo XV, se le impondrá la pena del delito culposo.

Artículo 17. Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte en cualquier estado del procedimiento.

3.2.4.- IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal.

El tratadista, Castellanos Tena, define a la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal, (como ya se vio este concepto es erróneo). (37) conceptualmente –define el escritor, Vela Treviño- “la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad reconocida normativamente de comprender la antijuridicidad de su conducta”. (38)

Expresa el jurista, Muñoz Conde, al hablar del tema refiere que es pues la capacidad de motivación al nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que llamamos inculpabilidad.

En la medida en que esa capacidad no haya llegado a desarrollarse por falta de madurez o por defectos psíquicos de cualquier origen, no podrá hablarse de culpabilidad.

Que el sujeto sea imputable, La imputabilidad es el primer requisito para que pueda considerarse culpable a un sujeto.

37.- Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Ed. Porrúa S.A de C.V, México, 1991, p 217

38.- Vela Treviño Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, Ed. Trillas, S.A, México, 1977, p. 18.

La imputabilidad a deferencia de lo que tradicionalmente se viene entendiendo como tal por la doctrina tradicional. que decía que la imputabilidad es la mera capacidad de entender y de querer. Eso puede todavía leerse en casi la mayoría de autores mexicanos, sobre todo los que dicen que la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer “a secas”, ese es un concepto que definitivamente corresponde a lo que aquí debe entenderse

por capacidad de culpabilidad, es decir, la imputabilidad es capacidad de culpabilidad, y consecuentemente, no puede ser toda esa capacidad tan amplia que se le ha dado al concepto de imputabilidad “capacidad de entender y de querer”, es sumamente amplia que para el sistema finalista es la capacidad de realizar acciones, porque para realizar acciones se requiere que el sujeto tenga conocimiento y tenga voluntad, y para ello se requiere previamente la capacidad de conocer y de querer.

Para los efectos de la culpabilidad, la imputabilidad entendida como capacidad de culpabilidad es igualmente psíquica del sujeto, pero mucho más restringida que la capacidad de entender y de querer a que se refiere el sistema tradicional.

Entonces, para que un sujeto sea imputable se requiere:

- a) Que tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta, que no es lo mismo que capacidad de “entender”, sino es una capacidad mucho más restringida y;
- b) Capacidad de determinarse o de motivarse para actuar de acuerdo a esa comprensión (se trata de una capacidad mucho más específica).

Eso es una cuestión psíquica previa para poder determinar si el sujeto es culpable o no.

INIMPUTABILIDAD

Es la falta de capacidad para querer y entender en el campo del derecho penal.

Las causas de falta de capacidad de la culpabilidad o inimputabilidad son tres:

- Minoría de edad.
- Alteración de la percepción
- La enajenación y el trastorno mental transitorio.

MENORES DE EDAD

Algunos penalistas los consideran inimputables.

La opinión del maestro Eduardo López Betancourt, es antagónica, ya que estima que son imputables, con la única diferencia de que están sujetos a un régimen distinto. Esta afirmación la hace, con excepción de aquellos individuos que por su escasa edad obviamente no conciben el alcance de un acto ilícito, es decir, no tienen la madurez mental necesaria para querer entender en el campo del Derecho Penal.

Conceptúa como un error, el considerar a los menores de edad al igual de los enfermos mentales.

TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO

El trastorno mental transitorio se podrá presentar en el peculado, cuando el servidor público al momento de ejecutar el mismo, se encuentre afectado por un mal mental momentáneo.

Es indispensable la comprobación de este hecho, para poder considerar al agente como inimputable.

FALTA DE SALUD MENTAL

El peculado también se puede presentar, cuando el servidor público padezca una enfermedad mental permanente, en el mismo momento de la ejecución del ilícito.

MIEDO GRAVE

El peculado se da por miedo grave, cuando el servidor público en su mente percibe un mal de carácter subjetivo, si no ejecuta el delito. Esta situación impide al sujeto actuar de manera normal.

El miedo grave se presenta por la figuración de fantasmas, demonios, etcétera, de tipo subjetivo. Esta condición deberá ser comprobada para tener validez jurídica.

3.2.5.- CULPABILIDAD

Es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

Una vez afirmada la existencia de antijuridicidad, con la no presencia de alguna causa de justificación, entonces viene el análisis del siguiente elemento para que pueda afirmarse la existencia de un delito: La culpabilidad.

La culpabilidad, de acuerdo al sistema finalista es entendida como un juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica, en virtud de haber actuado en contra de las exigencias de la norma. pudiendo haber actuado de diferente manera, se trata de un concepto eminentemente de culpabilidad.

De lo que se desprende que para el sistema finalista la culpabilidad es eminentemente normativo y se requiere de los siguientes elementos:

1) Conciencia de la antijuridicidad

2) La exigencia de otra conducta

1) Conciencia de la antijuridicidad. Además de que el sujeto tenga la capacidad psíquica de comprender o determinarse, se requiere que esa capacidad se actualice en el hecho que realiza el sujeto. Así otro elemento necesario para formular el juicio de reproche es la cognosibilidad o posibilidad de conocimiento o conciencia de la antijuridicidad. Ya dije que para actuar dolosamente no se requiere de la conciencia de la antijuridicidad, no se requiere la conciencia de la antijuridicidad para poder afirmar el dolo. Sin embargo, si se plantea necesario al análisis de esa conciencia de antijuridicidad pero para otros efectos, no para el dolo, sino para el juicio de reproche, aquí es donde se plantea este otro aspecto de carácter intelectual. Aquí es donde hay que ver si ese sujeto que realizó la conducta antijurídica, en el momento de llevar a cabo el hecho, tubo conciencia de lo que estaba haciendo, es o era contrario al derecho. Sólo en la medida en que ese sujeto haya tenido la conciencia de que lo que estaba haciendo era contrario al derecho, es que se puede considerar culpable. Esto es la actualización de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta, de tal manera que si aquí afirmo que el sujeto no tiene la capacidad de comprender entonces no puede actualizarse la capacidad, no puede conocer que lo que está haciendo es antijurídico, entonces, se requiere previamente afirmar la capacidad psíquica.

2) La exigencia de otra conducta, finalmente, para demostrar la culpabilidad hay que determinar, de acuerdo a las circunstancias en que se lleva a cabo el hecho si ese sujeto, autor de la conducta antijurídica, tuvo o no tuvo la posibilidad de actuar de diferente manera, por eso se define a la culpabilidad como el juicio de reproche, cuando el sujeto actúa en contra de las exigencias de la norma pudiendo haber actuado de diferente manera, ese “pudiendo haber actuado” implica que el sujeto haya tenido alternativas de acción, es decir, diferentes posibilidades de acción, si se determina que ese sujeto en el caso concreto pudo haber actuado de diferente manera o como lo hizo, es decir, en lugar de dispararle a una persona para privarla de la vida, hubiera realizado otra actividad, entonces se dice que ese sujeto tenía otra alternativa.

FORMAS DE CULPABILIDAD

El dolo

El artículo 8º del Código Penal Federal, manifiesta a la letra que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. Es el artículo 9º de la Ley Sustantiva de la materia la que define lo que es dolo en su párrafo I al manifestar ... obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley....

De acuerdo al estudioso ,Juan Bustos Ramírez, refiere que dolo es conocimiento y querer de la realización típica. (39)

Para el escritor, Zaffaroni el dolo es el elemento nuclear y principalísimo del tipo subjetivo, y frecuentemente el único componente del tipo subjetivo (en los casos en que el tipo no requiere otros). (40)

El autor, Muñoz Conde, dice que el dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. (41)

Así el jurista, Enrique Bacigalupo, el dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo. (42)

Así, para el tratadista, Luis Jiménez de Asúa, lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho. y del curso esencial de la relación de causalidad, existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo

39.-. Bustos Ramírez Juan, *Manual de Derecho Penal Español*. Ed. Ariel, S.A, España 1984, p. 203

40.- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual del Derecho Penal(Parte General)*.Op. Cit. p 158

41.-Muñoz Conde Francisco, *Manual de Derecho Penal(Parte General)*, p, 245

42.- Bacigalupo Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogota Colombia 1994, p.103.

exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. (43)

Para el jurista, Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad conciente, dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. (44).

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

ELEMENTOS DEL DOLO

a) Elemento intelectual. Para actuar dolosamente el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción, como acción típica.

Es decir, ha de saber por ejemplo en el homicidio, que mata a otra persona, en el robo que se apodera de una cosa ajena mueble, en la violación que copula con una mujer sin su consentimiento, etc. No es necesario en cambio que conozca otros elementos pertenecientes a la antijuridicidad, a la culpabilidad o a la penalidad.

El elemento intelectual de dolo se refiere por tanto a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.

b) Elemento volitivo. Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos. Este querer no se confunde con los deseos o con los móviles del sujeto.

43.- Op Cit p. 302

44.- Cuello Calón, Op. cit. T. I. p 307

Cuando el que roba un banco mata al cajero para apoderarse del dinero, probablemente no desee su muerte incluso prefiera no hacerlo pero a pesar de ello quiere producir la muerte en la medida en que no tiene otro camino para apoderarse del dinero.

El elemento volitivo supone voluntad incondicionada de realizar algo (típico), que el autor cree puede realizar. Si el autor no está decidido a realizar el hecho o sabe que no puede realizarlo, no hay dolo, bien por que el autor no quiere todavía, bien por que puede querer lo que no está dentro de sus posibilidades.

CLASES DE DOLO

1. Dolo directo. Consiste en que el sujeto quiera y acepte el resultado producido, no obstante haberlo previsto.

2. Dolo eventual. Este se presenta cuando el sujeto prevé el resultado en un principio y no quiere que se produzca, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

3. Dolo de consecuencias Necesarias: Este consiste en que el sujeto activo quiera el resultado, el cual necesariamente trae consigo otro resultado que el sujeto no prevé.

CULPA

Para el escritor, Cuello Calón, existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.
(45)

45.- Cuello Calón Op. Cit. Tomo. I. p. 235

Así para el autor, Edmundo Mezguer, actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado debe prever. (46)

Con respecto a esta modalidad de delito, el Código Penal Federal, en su artículo 9º párrafo segundo, proporciona una definición, al mencionar :obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Los delitos culposos por referencia a la producción de eventos socialmente intolerables, debidos a la imprudencia, falta de cuidado, o previsión, es el Juez, quien en cada caso, debe investigar cuál era el límite del cuidado requerido; de ahí que en los delitos culposos “la acción” no esté precisada como en los delitos dolosos.

ELEMENTOS DE LA CULPA

Por ser necesaria la conducta humana para que exista el delito, ella constituye el primer elemento (un actuar voluntario, es decir positivo o negativo); como segundo elemento, se requiere que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero, los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; cuando precisar una relación de causalidad y hacer iniciales y el resultado no querido.

CLASES DE CULPA

1. Culpa con representación. Es aquella en la cual el sujeto activo se representa el resultado y tiene la esperanza que no se produzca.

46.- Mezguer, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal Tomo II*, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid 1957, p. 171

2. Culpa sin representación. Es aquella en que el sujeto no prevé el resultado, siendo previsible.

Elementos subjetivos diferentes al dolo. En algunas ocasiones los tipos penales hablan de “ánimos, propósitos, deseos, intenciones, etc. ejemplo de lo anterior es cuando la ley refiere: al que con propósito de ...” al que con la finalidad de...”; “ al que con deseo de...” Estos elementos son diferentes al dolo y son exigidos por el Legislador para la integración del tipo Penal. Se podría pensar que estos elementos podrían ser parte del dolo,, pero esto es equivoco, pues por ejemplo la diferencia entre el robo genérico y el robo de uso lo constituye el elemento subjetivo diferente al dolo se requiere el “ánimo de apropiación”, en el robo de usa solo se requiere el dolo y se encuentra ausente de dicho ánimo de apropiación.

INCULPABILIDAD

Las causas de inculpabilidad son aquellas que anulan cualquiera de los elementos de la culpabilidad, es decir, que impidan que se presenten la capacidad de culpabilidad (ininmputabilidad) o la comprensión de lo injusto o la exigibilidad de la conducta ajustada a Derecho.

Nuestro artículo 15 hace mención a las causas de inculpabilidad al señalar en sus fracciones VII, VIII, Y IX.

Artículo 15. el delito se excluye cuando:

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

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

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

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

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

c) Sí los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de éste Código.

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

Son tres en términos generales las causas de inculpabilidad:

a) Por falta de capacidad.

b) Por desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.

c) Por inexigibilidad de otra conducta.

a) **Por falta de capacidad de culpabilidad**, La capacidad de culpabilidad tiene, como ha quedado expuesto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo).

Como consecuencia, la falta de uno de esos momentos o de ambos tiene como consecuencia la inimputabilidad del sujeto y por ende de su culpabilidad.

b) Por desconocimiento de la antijuridicidad de hecho cometido. Esta es originada por el famoso error de prohibición sea vencible o invencible.

El error de prohibición se presenta cuando el sujeto se equivoca, se confunde, respecto al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

El error de prohibición, es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego con pleno dolo del tipo). El autor sobre lo que hace pero supone erróneamente que estaría permitido; no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal), pues supone erróneamente que concurre una causal de justificación. Cada uno de éstos errores excluye la reprobabilidad, cuando es inevitable o la atenúa, si es evitable. (47)

47.- Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Op Cit. P. 232 y 233

c) Por inexigibilidad de otra conducta. La no-exigibilidad de otra conducta se funda en cuanto se considera que se escuda el obrar del agente en función de que el Estado no puede exigir al sujeto que actúe conforme a Derecho en razón de la circunstancia que al transgredir o poner en peligro un bien jurídico.

La inculpabilidad es el elemento negativo de la culpabilidad y se define como la falta de nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

ERROR.- En nuestro derecho, únicamente se acepta como causa de inculpabilidad el de naturaleza invencible, o sea, el humanamente imposible de superar.

El peculado se podrá presentar por error. El Código Penal Federal en su artículo 15, establece lo siguiente:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VIII. Se realiza la acción o la omisión bajo un error invencible;

- A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta”;

En este mismo sentido el artículo 66 indica:

“Artículo 66.- En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate.”

EXIMIENTES PUTATIVAS

En el peculado se podrán presentar también las eximentes putativas, cuando el servidor público crea estar actuando bajo alguna causa de justificación, pero en realidad suceda lo contrario.

TEMOR FUNDADO

En el temor fundado, el servidor público realiza la conducta ilícita oprimido por circunstancias objetivas, por las cuales él teme sufrir un daño grave, si no consuma el peculado.

INCAPACIDAD

La incapacidad se encuentra en los menores de edad, que realmente por su escasa edad no tienen la madurez mental para poder desear la consumación de un ilícito, asimismo, serán incapaces los individuos que padezcan trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

3.2.6.-PUNIBILIDAD

La punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran señaladas en nuestro Código Penal.

El jurisconsulto, Cuello Calón, considera que la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena, constituye un elemento del tipo delictivo. (48)

La punibilidad, según sus defensores, tiene su razón de existir porque el injusto y la culpabilidad jurídico-penalmente captable no justifican por sí solos la pena; en todos los casos debe asegurarse además la necesidad práctica de hacer uso de la misma para la protección del orden social. Esta circunstancia hace suponer que, más allá de la culpabilidad, es posible situar aún una serie de elementos cuya función es, precisamente, dar contenido a un juicio sobre la necesidad del castigo.

48.- Cuello Calón, op. Cit. T1

Esta nueva categoría cuya función es agrupar todos aquellos elementos que no dependen del injusto culpable, encontraría su asiento sistemático entre el juicio de culpabilidad y los presupuestos procesales por medio de los cuales se valora la perseguibilidad del hecho.

Así, pues, en algunos casos se exige, sin embargo, para poder castigar un hecho como delito, la presencia de algunos elementos adicionales que no son incluibles en la tipicidad, ni en la antijuridicidad, ni en la culpabilidad, porque no responden a la función dogmática y político criminal que tienen asignadas estas categorías.

La penalidad o punibilidad es, por tanto, una forma de recoger o elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho Penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, que se exigen en algunos delitos concretos. Al no ser elementos de la tipicidad, no tienen que ser abarcados por el dolo, siendo, por tanto, irrelevante el error del sujeto sobre su existencia.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS, No se presentan.

Estas no se apoyan en que el acto sea en sí mismo legítimo, como sucede en las causas de justificación, ni tampoco en que no aparezca un sujeto en condiciones de capacidad para responder como acontece en las causas de no imputabilidad, sino más bien aparece fundada en motivos transitorios y de convivencia. Considera, el legislador, en efecto, más útil tolerar el delito que castigarle aun conociendo que existe delito y que hay personas que de él pueden responder.

La diferencia radica en la naturaleza del factor condicionante, que en las excusas son siempre motivos de índole personal como el parentesco. El carácter personal de estas aparece como un criterio cierto para diferenciarlas de las condiciones objetivas de punibilidad.

Mientras las excusas absolutorias excluyen la pena, las condiciones objetivas de punibilidad las condicionan. La presencia de las condiciones objetivas de punibilidad posibilita la imposición del castigo, la concurrencia de la excusa absolutoria la excluye.

Este beneficio es estrictamente personal por lo que no produce efectos sobre los coautores o partícipes del delito.

3.2.7.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Se entiende que las condiciones objetivas de punibilidad y el resto de las figuras jurídicas, situadas en la punibilidad concurren, en equivalencia al resto de elementos del delito, a determinar los límites entre lo punible y lo impune y, por tanto, conforman la norma penal.

Las condiciones objetivas de punibilidad, son hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda aplicarse la pena. La indagación de la condicionalidad objetiva puede llevar a comprobar, por vía negativa, la falta de realización de ciertas condiciones de punibilidad, o sea, la ausencia de condicionalidad efectiva.

El origen histórico de las condiciones de punibilidad se encuentra, en el principio de estricta legalidad que exige no sólo la simple conformidad del hecho con el tipo penal sino la efectiva lesión de los intereses tutelados.

El intento de colocar las condiciones objetivas de punibilidad fuera del delito y dentro de la punibilidad muestra un esfuerzo artificioso por mantener una visión totalizadora del delito. También se argumenta en contra que existen dificultades de adaptar las condiciones objetivas de punibilidad al esquema dogmático del Derecho Penal moderno que parte del Injusto y la Culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal.

CARACTERÍSTICAS DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD:

- a) Impiden la sanción de un delito.
- b) Son ajenas a la configuración del delito.
- c) No se refiere a la persona sino al hecho realizado.
- d) Benefician no solo al autor sino también a los co-autores y partícipes del delito.

3.3.- ASPECTOS COLATERALES DEL DELITO

3.3.1.- VIDA DEL DELITO

FASE INTERNA.- En esta fase, el agente concibe la idea de cometer el peculado, delibera y decide hacerlo. No es sancionada esta etapa por ser únicamente de carácter mental.

FASE EXTERNA.- En la fase externa, el sujeto activo, exterioriza su idea criminosa, prepara todos los actos necesarios o medios para su consumación y finalmente la ejecuta.

3.3.2 .- GRADOS DE EJECUCIÓN

CONSUMACIÓN.- La consumación del peculado se presenta en el momento en que el servidor público que para usos propios o ajenos distrae de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo o a un particular, si por razón de su cargo los hubiera recibido en administración, en depósito o por otra causa.

TENTATIVA.- Existe la tentativa acabada como la inacabada.

En el delito doloso no se pena solamente la conducta que llega a realizarse totalmente o que produce el resultado típico, sino que la ley prevé la punición de la conducta que no llega a llenar todos los elementos del tipo, por quedarse a una etapa anterior a la realización.

TENTATIVA ACABADA.- Es cuando el agente prepara todos los actos necesarios para la consumación del peculado, pero por causas ajenas a él, no puede lograr su fin deseado. Verbigracia, cuando el servidor público ha efectuado lo necesario para distraer de su objeto dinero de la administración de una secretaría, pero momentos antes de consumarlo es sorprendido por otro servidor público denunciando esta acción.

TENTATIVA INACABADA.- Se presenta cuando el sujeto activo omite la realización de un hecho para la consumación del ilícito en estudio. Por ejemplo, cuando un funcionario autorizado para firmar cheques expedidos por una Secretaría de Estado, pretende desviar dinero, pero cuando hace un cheque a favor de su cuenta de cheques particular, omite firmarlo.

3.3.3 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

AUTOR MATERIAL.- Es el funcionario público que para usos propios o ajenos distrae de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo o a un particular, si por razón de su cargo los hubiera recibido en administración, en depósito o por otra causa.

COAUTOR.- Podrá ser cualquier persona, es quien actúa en la misma proporción que el agente del ilícito.

El Poder Judicial de la Federación indica lo siguiente:

PECULADO, RESPONSABILIDAD DEL COPARTICIPE. El carácter de servidor Público es indispensable en el autor principal del delito, no en el copartípe que colabora con aquél y respecto de quien no hay razón jurídica para dejarlo impune. (Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8a Época. Tomo XI. Marzo. Tesis II. 3o. 190 P. Página 328).

PRECEDENTES: Amparo directo 294/92. José Luis Ladino Meyo. 29 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: Edith Alarcón Meixuerio.

AUTOR INTELECTUAL.- Es quien instiga a otra persona a cometer el delito de peculado.

CÓMPLICE.- Es quien realiza actos de cooperación en la perpetración del peculado lo será cualquier persona.

ENCUBRIDOR.- Es quien oculta al agente que ha cometido el peculado. Será cualquier persona.

3.3.4. CONCURSO DE DELITOS

El poder Judicial de la Federación expresa:

PECULADO, INTEGRACION DEL DELITO DE, Y NO DE ROBO. Si el activo del ilícito prestaba sus servicios en la institución crediticia ofendida u desvió de su objetivo títulos de crédito que esta obligado a custodiar y guardar, incurrió en el delito de peculado y no de robo, sin que importe que no haya tenido facultad para disponer de dichos documentos, pues basta que para sí o para otro servidor público distraiga de su destino la cosa que recibió en custodia, para que se tipifique aquel delito. (Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8a Época. Tomo II Segunda Parte-2. Tesis 9. Página 378).

PRECEDENTES : Amparo directo 251/88. Socorro García García. 26 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente : Moisés Duarte Aguiñiga. Secretario : Juan García Orozco.

IDEAL.- El concurso ideal se presenta cuando con una sola acción se produce diverso resultados. Verbigracia, cuando el servidor público, para desviar dinero de una Secretaría de Estado falsifica un documento, con la autorización correspondiente para retirar determinada suma de la caja, cometiéndose además del peculado, también el de falsificación de títulos al portador y documentos de crédito público.

MATERIAL.- Se presentará el concurso material cuando con diversas acciones se producen distintos delitos. Por ejemplo, cuando el servidor público después de ejecutar el peculado, amenaza de muerte para que no lo denuncie, a algún otro funcionario que se percató del ilícito.

ACUMULACIÓN

MATERIAL.- La acumulación material consiste en sumar las penas correspondientes a cada uno de delitos ejecutados por el agente, imponiéndose como sanción, el resultado de dicha adición.

ABSORCIÓN.- La absorción se da cuando la pena del delito mayor absorbe las demás penas, correspondientes a cada uno de los ilícitos ejecutados por el agente.

ACUMULACIÓN JURÍDICA.- En la acumulación jurídica se sumarán a la sanción del delito mayor, proporcionalmente, las penas establecidas para las otras conductas ilícitas cometidas, aplicándose el resultado de la citada operación como pena al delincuente.

CAPÍTULO IV

EL PECULADO POR DISTRACCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL

4.1.- PECULADO POR DISTRACCIÓN

El cual para un correcto estudio se analizará de acuerdo a los elementos que exige el numeral 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. No sin antes hacer la aclaración de que dicho tipo penal lo encontramos previsto en la fracción I del artículo 223 de la ley sustantiva de la materia, y que a la letra dice:

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 deposito o por otra causa...”

LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO DE PECULADO POR DISTRACCIÓN

CONDUCTA

El delito de peculado por distracción, solamente puede ser cometido por una conducta en su genero de acción lo cual se traduciría en el fin que representa el activo del delito en su mente, es decir, en el pensamiento al fijarse para uso propio o ajeno la “distracción” de los bienes del Estado, de Organismo Descentralizado o de un particular, que le han sido confiados meditando en la forma en que ha de conseguir su propósito y previniendo los posibles efectos concomitantes (fase interna de la acción). Para posteriormente ejecutar en el mundo exterior los actos que consumen su objetivo, es decir, realizar un movimiento que distrae del objeto que tiene asignado, los bienes del Estado, Organismo Descentralizado o de un particular, que le han sido encomendados en razón de su encargo como servidor público.

Es claro entonces que la “distracción “ es el verbo que utiliza el legislador para determinar cómo ha de ser la conducta en el peculado y que prohíbe por ser contraria a derecho. Dicha distracción en el peculado es equivalente a la disposición que prohíbe el abuso de confianza.

El maestro, Marco Antonio Díaz de León refiere que la conducta típica consiste en distraer para usos propios los bienes que hubiera recibido el agente, en administración o por otra causa en los términos que señala esta fracción. (49)

Por su parte Gonzáles de la Vega refiere que: Por distraer para usos propios o ajenos se entiende que el agente ha violado 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... (50).

En realidad este tratadista, no define claramente qué se debe entender por distracción, ni tampoco refiere con preescisión qué es la conducta, a pesar de que la menciona.

Para un mejor robustecimiento de lo antes señalado, se procede a transcribir los siguientes criterios jurisprudenciales, emanado de nuestro más alto Colegio Judicial, y que si bien algunos no están de acuerdo con el numeral 223 de la Ley Sustantiva de la materia, estos criterios son importantes por representar el antecedente más reciente de dicho tipo penal:

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 5a
Tomo: CXXXI
Página: 162

49.- Díaz de León Marco Antonio, **Código Federal con cometarios**, Ed. Porrúa, México 1994, p 339
50.- Gonzáles de la Vega, Francisco, **Código Penal comentado**, Ed. Porrúa, México 1994, p 328

PECULADO, CONCEPTO JURÍDICO DE “DISTRAER”, EN EL DELITO DE: Debe Considerarse a un acusado, autor del delito de peculado, **si cambia la finalidad jurídica de las sumas confiadas a su cuidado y que están dentro de su esfera material en virtud del empleo que desempeña; pues por “distraer”, debe entenderse cambiar la finalidad jurídica del bien confiado.**

PRECEDENTES: Amparo Directo 1348-51. 23 enero 1957. Unanimidad de 4 votos

Ponente: Rodolfo Sánchez Chávez
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 6a.
Volumen XXIV
Página 263

RUBRO:: PECULADO BANCO DE CREDITO EJIDAL. Con forme a la interpretación jurídica del artículo 220 del Código Penal, el término **“distraer de su objeto”, significa el cambio de finalidad jurídica llevada a cabo por el sujeto activo del delito, cambio cuya antijuridicidad es notoria por no estar el particular en posibilidad de alterar una situación establecida por exigencia del Estado**, tratándose de bienes que figuran en su patrimonio independientemente de que tal patrimonio sea el que corresponde a un servicio descentralizado, como lo es el Banco de Crédito Ejidal S.A., de cuyas acciones es subscriptor el fisco federal en un 50%, correspondiendo el otro 50% a la entidad federativa en la que funciona dicha institución bancaria que fue creada para refaccionar al ejido, como institución económica y social.

PRECEDENTES: AMPARO DIRECTO 4775/55. Ramón Jiménez Rodas, 4 de julio de 1957, unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

RESULTADO

El delito de peculado por distracción produce un resultado material, al desviarse, apartarse, distraerse o disponer del lugar, de la esfera o del fin administrativo que legalmente se ha destinado los bienes del Estado, de los Organismos Descentralizados o de un particular (dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa), por parte del activo y usarlos en su persona o de un tercero. Hecho que produce un cambio en el mundo exterior, al no encontrarse dentro del dominio del pasivo los objetos o no encontrarse dichos objetos cumpliendo con el objetivo jurídico que les fue asignado, y sí en cambio encontrarse dentro del dominio de uso activo o de un tercero o bien cumpliendo otra función diferente que la que les fue asignada.

La jurista, Olga Islas, refiere que se requiere de un resultado material: la distracción de la cosa o sea el cambio de su destino y un perjuicio de contenido económico. (51)

51.- Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico del Peculado*, Ed. Instituto nacional de las Ciencias Políticas, México, 1986 pp. 279 y 280

El autor, Ranieri, citado por la jurista Olga Islas, considera que el resultado de este delito es el cambio del vínculo o relación de la cosa con el agente... o también la falta de entrega de dinero en el término prescrito. (52)

El resultado se consuma en el momento en que el servidor público distraiga de su objeto y para usos propios o ajenos, los bienes que tenga bajo su custodia oficial y que sean propiedad del Estado, de un Organismo Descentralizado o de un particular. Desde luego el resultado y la correspondiente consumación del peculado no deja de existir por el hecho de que, posteriormente el funcionario regrese el aludido bien. (53)

NEXO CAUSAL

El delito de peculado siempre requerirá que se acredite la atribuibilidad de la conducta del activo con la lesión al bien jurídico tutelado por la norma, es decir, se debe de acreditar que entre la distracción que voluntariamente realiza el activo para usos propios o ajenos y la lesión al bien jurídico tutelado existe un nexo que los une, siendo que en estos casos solamente podemos aplicar la teoría de la adecuación, ya que únicamente la conducta idónea podrá dar el resultado material.

EL BIEN JURÍDICO

Se ha discutido sobre cuál es el bien jurídico protegido por la norma penal en el delito de peculado por ejemplo, el maestro Carrancá y Rivas Raúl, refiere al hablar del tema que el objeto jurídico del delito es el interés de la colectividad social y por ello el Estado por que funcionen normalmente los servicios públicos y las empresas de interés público en beneficio de la colectividad. (54)

52.- Islas de González Mariscal, Olga. Ibidem pp. 279 y 280

53.-Díaz de León, Marco Antonio, Op. cit Pág. 341

54.-. Carrancá y Rivas, Raúl y Carrancá y Trujillo Raúl, **Código Penal Anotado**, Ed. Porrúa, México , 2003, p 563.

Por su parte el jurisconsulto, Díaz de León refiere que el bien jurídico es la seguridad en la correcta administración del servicio y de la función pública. (55)

Según el Diccionario Jurídico Mexicano el peculado supone la tutela, garantía o protección de uno o más bienes jurídicos. Siendo los bienes tutelados en el peculado entre otros: a) la honestidad en el desempeño 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 de particulares en el concreto supuesto de la fracción I del artículo 223; 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 Federal; 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. (56)

Es importante destacar, que después de analizar las definiciones, se puede notar que no existe una uniformidad sobre cual es el bien jurídico que tutela el peculado.

Por otra parte, de acuerdo con lo manifestado por el maestro Carrancá y Rivas Raúl, al referir que el bien jurídico protegido en forma genérica, es el interés de la colectividad social y por ello el Estado, por que funcionen normalmente los servicios públicos y las empresas de interés público en beneficio de la colectividad. Pero además, de acuerdo con lo señalado por el Diccionario Jurídico Mexicano, al precisar que existen bienes jurídicos específicos, como los son:

- a) la honestidad en el desempeño de la función pública; b) el patrimonio del Estado, c) el patrimonio de los Organismos Descentralizados, y d) El patrimonio de los particulares, que han sido dejados en custodia de un Servidor Público.

55.- Op. Cit, Tomo d el P-Z, Pág. 2369

56.- Islas de González Mariscal, Olga, **Análisis Lógico del Peculado**, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Políticas, México, 1986, p 277

EL SUJETO ACTIVO

En el delito de peculado en estudio se requiere una calidad específica en el activo, ya que solamente puede cometer el delito de peculado por distracción el servidor público, entendido este como lo precisa el numeral 212 del Código Penal.

Artículo 212. Para los efectos de este título y el subsiguiente; es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados, a las Legislaturas locales, y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal.

Pero además de la calidad específica de Servidor Público el legislador ha estimado pertinente otra calidad, que dicho Servidor Público dentro de sus funciones además sea administrador o depositario de los bienes del Estado, Organismo Descentralizado o de un particular; o que los tenga bajo su custodia por alguna otra causa.

Robustece lo anterior, los siguientes criterios jurisprudenciales, que a la letra dicen:

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 6a
Volumen: CVI
Página: 35

PECULADO, DELITO, De las circunstancias de distraer para usos propios dinero confiado al reo en razón de su encargo, en virtud de una comisión especial de orden público de tiempo limitado, configura el delito de peculado, no obstante que el inculpado trabaje bajo un contrato de prestación de servicios y no sea su labor habitual el manejar fondos.

PRECEDENTES: Amparo directo 3307/63. Augusto Moro Luces, 27 abril 1966. 5 votos

Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez, Volumen XIV, Segunda parte Pág., 262. Amparo Directo 4775/55, Ramón Jiménez Rodas, 4 julio 1957., Unanimidad de cuatro votos. Ponente Luis Chico Goerne.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 8a
Tomo XIV - julio
Página: 696

PECULADO SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE, **No basta ser servidor público para realizar el delito de peculado sino que también es necesario que dicho servidor tenga el cargo que lo faculte para recibir en depósito los bienes**, dinero o valores propiedad del Estado y desde luego que distraiga de su uso tales bienes.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL 6ª CIRCUITO

PRECEDENTES:

Amparo en Revisión 425/88. Carlos Gerardo Nieva Rugarcía, 28 febrero 1989, unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas, Secretario: Vicente Martínez Sánchez.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 7a
Volumen: 82
Parte: 2ª
Página: 33

PECULADO SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE. Es inexacto que el delito de peculado solo pueda ser cometido por empleados o funcionarios públicos al servicio de la federación porque el artículo 220 del Código Penal Federal, **dice que “comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, del Estado o Descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y que no tenga el carácter de funcionario que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al Organismo Descentralizado, o a un particular, si por razón de su encargo los hubiere recibido en su administración, en deposito o por otra causa”**, es decir, que el encargado del servicio público encomendado al Estado o al Organismo Descentralizado no necesariamente debe tener el carácter de empleado o funcionario federal, pues basta que se encuentre encargado del servicio público aludido e incurra en la distracción a que se refiere el precepto, para que se convierta en sujeto del delito de peculado.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 721/1975. Cristino Palacios Ricalday. 23 octubre 1975. unanimidad de 4 votos. Ponente: Abel Huitrón y A.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 8a
Tomo: XII, septiembre
Página: 270

PECULADO. EL PERSONAL DE LAS EMPRESAS DE PARTICIPACION ESTATAL MAYORITARIA SON SERVIDORES PUBLICOS Y PUEDEN SER SUJETOS DEL DELITO DE: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 108 y 90 Constitucionales en relación con los numerales 1º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 2º de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, los miembros del personal de las empresas de participación estatal mayoritaria son servidores públicos, por lo tanto pueden cometer el delito de peculado previsto y sancionado por el artículo 223 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la república en materia del fuero Federal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMONOVENO CIRCUITO

PRECEDENTES:

Amparo en Revisión 151/93. Marisela Lucio Saldaña, 4 agosto de 1993. Unanimidad de votos, Ponente Roberto Terrazas Salgado. Secretario. Sergio A. López Servin.

Distraer es entretener, desviar o apartar una cosa de su objeto, y es así que el agente es calificado doblemente aquí, primero porque debe ser servidor público y, segundo porque habrá de ser el que hubiera recibido en administración o en depósito el objeto, dinero, valores o fincas que pertenezcan al Estado, así como que las posea por razón de su encargo. (57)

LA FORMA DE PARTICIPACIÓN DEL SUJETO ACTIVO

Como ya se ha referido solamente tiene la calidad específica contenida en la norma los servidores públicos que dentro de sus funciones, se les haya encomendado la administración, depósito o cuidado de bienes del Estado, organismos descentralizados o particulares, pudiendo actuar como autor material, autor intelectual o autor mediato. Para mejor ilustración el siguiente criterio jurisprudencial.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 6a
Volumen: LV
Página: 45

PECULADO DELITO DE: Se es autor del delito de peculado, si el acusado fue quien recibió los fondos de una empresa descentralizada en razón del carácter de cajero que desempeñaba; ya que los recibió para verificar los pagos debidamente autorizados que tenía que llevar a cabo por razón de su cargo y violó la finalidad jurídica de la tenencia; pues el quejoso dio a esos fondos en diversas ocasiones distintas en el tiempo, un fin diverso de aquel para el cual estaban destinados. Sobre el particular cabe hacer nota que el delito de peculado lo mismo que en el abuso de confianza existe un supuesto, lógico indispensable del delito: no puede disponerse de lo que no se tiene ni disponer de la cosa sino aquel que las tiene en su poder.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 7904 /60, Fermín León Tello, 30 enero de 1962, Unanimidad de cuatro votos, Ponente, Agustín Mercado Alarcón.

Las personas que no sean servidores públicos, pero que participen en la colaboración del ilícito, también serán responsables de peculado de acuerdo a las modalidades a que hacen alusión el artículo 13 del Código Penal Federal, pero además, por lo establecido por el último párrafo del numeral 212 del mismo Ordenamiento invocado y que a la letra dice:

57.- Díaz De León Marco Antonio, OP, cit., p 339

“... 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 subsiguiente...”

además enriquece lo anterior, el siguiente criterio jurisprudencial:

Instancia: Tribunales colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 8a
Volumen: XI- marzo
Página: 328

PECULADO, RESPONSABILIDAD DEL COPARTICIPE. El carácter de servidor público es indispensable en el autor principal del delito, no en el coparticipante que colabora con aquel y respecto de quien no hay razón jurídica para dejarlo impune.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 294/92, José Luis Ladino Meyo, 29 sep 1992, Unanimidad de votos.

Ponente Maria del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria, Edith Alarcón Meixueiro.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 8a
Tomo: III 2A parte - 2
Página: 528

PECULADO Y NO COHECHO, PARTICIPACION, Si un servidor público recibe de otro, también servidor público, dinero o cualquier otra dádiva, o acepta una promesa de hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones, siendo el propósito de ambos el de distraer de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al Organismo Descentralizado, ni aquel que ofrece o da ni el que recibe la promesa o la dádiva comete el delito de cohecho **En el caso sólo se trata de una coparticipación en el de peculado, pues de tener por acreditada ambas figuras equivaldría a recalificar la conducta.**

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO

PRECEDENTES:

Amparo en revisión 28/89, Carlos Ignacio de la Isla Espino. 31 de marzo de 1989. Unanimidad de votos, Ponente, Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario Maria del Pilar Vargas Codina.

SUJETO PASIVO

Creo que es claro el legislador, al determinar en forma específica, en el propio tipo, quien debe ser el sujeto pasivo del delito, al señalar .- - pertenecientes al Estado, al Organismo Descentralizado o un particular.

Es por ello, que el sujeto pasivo del delito, en forma determinada, puede ser el Estado, el Organismo Descentralizado o un particular, requiriéndose una calidad concreta al tratarse de los dos primeros pasivos, y una calidad de modalidad al hablar de los particulares, ya que se requiere no solamente de un particular, sino tener bajo la custodia del Estado, algún bien por carácter de administración, deposito o alguna otra cosa.

En forma genérica, el sujeto pasivo, es la sociedad, aunque esto podría parecer muy vago. Lo anterior tendrá validez, en la medida en que se explique que el Estado, el Organismo descentralizado, tienen patrimonio, pero gracias a la sociedad. Ya que los gobernantes existen por el mandato del pueblo, por lo que deben actuar a nombre y en beneficio de estos.

El Diccionario Jurídico Mexicano, refiere que en cuanto al sujeto pasivo (es decir, al titular o titulares de los bienes jurídicamente protegidos), de un lado tenemos la colectividad social, la comunidad, en la totalidad de las fracciones I, II y III de artículo 223 del Código Penal Federal. (58)

Auxilia a una mejor comprensión, las siguientes tesis jurisprudenciales:

Instancia : Sala Auxiliar
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Época :7a
Volumen :44
Parte :Séptima
Pagina : 65

PECULADO, ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS COMO SUJETOS PASIVOS DEL DELITO DE: Solo las personas morales que tienen la calidad de organismos descentralizados de servicio público, pueden ser sujetos pasivos del delito de peculado en los términos del artículo 220 del Código Penal Federal. En tal virtud deben reunir los requisitos que para la configuración de esos organismos señala el artículo 2º de la ley para el control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y empresas de participación Estatal, a saber: a) que están creados por Ley del Congreso de la Unión o decreto del Ejecutivo Federal; b) que su patrimonio se constituya total o parcialmente con fondos o bienes Federales o de otros Organismos Descentralizados, asignaciones, subsidios, concesiones o derechos que le aporte u otorgue el Gobierno Federal o con el rendimiento de un impuesto específico, y c) que su objeto o fines sean la prestación de un servicio público o social, la explotación de bienes o recursos propios de la Nación, la investigación

58.- Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit, p, 2369

científica y tecnológica, o la obtención y aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social. Ahora bien, como en la especie quedó fehacientemente acreditado que la empresa ofendida Estudios Churubusco Azteca, S.A. de C. V., no reúne aquellos requisitos, sino que es una mera Empresa de participación Estatal, es claro que la distracción que sufrió de sus bienes por parte del administrador o director, no pudo encuadrar en la figura delictiva arriba mencionada, sino que en todo caso, en la de diverso delito de abuso de confianza a que se contrae el artículo 282 del ordenamiento Penal Federal mencionado.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES.

Amparo en revisión 182/79.Bosco Arochi Cueva. s/f Ponente: Luis Fernández Doblado.

NOTA: El texto no señala votación”.

EL OBJETO MATERIAL

Si entendemos que el objeto material es aquel sobre el que recae la conducta del activo, en el presente caso se precisa que los objetos materiales son: el dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa, perteneciente al Estado, Organismo Descentralizado o a un particular, recibido por el activo en administración, depósito o cualquier otra cosa.

Instancia	Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente	:Semana Judicial de la Federación
Época	:8a
Tomo	:III segunda parte-2
Página	:527

PECULADO, DELITO DE. NO CONFIGURADO. El delito de peculado previsto en el artículo 223 fracción I del Código Penal Federal, se configura cuando concurren sus dos elementos fundamentales: a) que el acusado desempeñe un servicio público, del Estado de un Organismo Descentralizado, sin ser funcionario; b) **que en el desempeño del cargo distraiga de su objeto para sí o para otro, dinero o cualquier clase de valores, fincas u “otra cosa” pertenecientes al Estado, Organismo Descentralizado o a un particular, recibidos en administración, depósito, o por cualquier otra causa inherente a su cargo: de lo anterior, se advierte que el tipo Penal hace referencia a dinero, valores, fincas o cualquier “otra cosa”, debiendo entenderse por “ cosa”, en lo jurídico, “ lo material (una casa, finca, el dinero) frente a lo inmaterial o derechos(un crédito, una obligación una facultad)” (Cabanellas, fojas 393 tomo II)** por lo que en la especie, tratándose de un servicio, que además el empleado público tenía a su disposición para el desempeño de su trabajo, como el telefónico, aun cuando se afirmara que el mismo era para asuntos exclusivamente oficiales y que el acusado lo destinó para hacer algunas llamadas personales de larga distancia, ello sólo daría cabida al ejercicio de una acción diversa. Por tanto, al faltar uno de los

elementos normativos que integran la definición del delito de Peculado, la conducta resulta atípica.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER PRESEDENTES:

Amparo directo 1088/88. Luis Alberto Álvarez Olmos. 13 de febrero de 1989. Unanimidad de votos.

Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Vicente Arenas Ochoa.”

LAS CIRCUNSTANCIAS

No existen en el tipo que ocupó, circunstancias de tiempo, ni tampoco de lugar. No encontramos tampoco circunstancias de modo, pero sí de ocasión, ya que solamente puede ser cometido por el activo en ocasión de una administración, o un depósito o de alguna otra causa, pero principalmente en ocasión de un servicio público.

LOS MEDIOS PARA COMETER EL DELITO

Existe un medio que la propia ley exige para la consumación del ilícito, en virtud de que la conducta solamente puede ser cometida mediante una distracción, que del objeto jurídico que le ha sido asignado, hace el activo de los bienes del Estado, un organismo descentralizado o de un particular.

LOS ELEMENTOS NORMATIVOS

El tipo de peculado por distracción, contempla varios elementos normativos, ya que si por elementos normativos entendemos aquellos que requieren de una valoración socio-cultural o jurídica, por parte del Ministerio Público o del Juzgador en el presente caso encontramos varios, que serán analizados en el orden que aparecen en la norma penal.

Son 10 elementos normativos los que contempla el tipo: 1·) "servidor público", 2·) "usos propios o ajenos", 3·) "Distraer de objeto", 4·) "dinero valores, fincas o cualquier otra cosa". 5·) "Estado", 6) "Organismo Descentralizado", 7·) "Cargo", 8·) "Administración", 9·) "Deposito", y 10·) "recibido por otra causa"

1) “**Servidor Público**”. El concepto de servidor público, es un elemento de valoración jurídica, toda vez que para su definición y comprensión tendremos que remitirnos al numeral 212 de la ley sustantiva de la materia, en donde el Legislador ha definido al servidor público:

Artículo 212. Para los efectos de este título y el subsiguiente; es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados, a las Legislaturas locales, y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal.”

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

2) “**Usos propios o ajenos**”. Es un elemento de valoración normativa, ya que implica tanto para el Ministerio Público, como para el Juzgador tener que interpretar qué quiso decir el legislador con el término “uso”, por lo cual debe atenderse al Diccionario y a las costumbres para desentrañar su significado. Según el diccionario de la Lengua Española, Gramática y Verbos, el término << usar >> significa: “hacer servir para algo una cosa // servirse alguno de alguna cosa...”.

De acuerdo a lo anterior el legislador ha precisado que cuando una persona haga uso para sí mismo o para otro de un bien mueble que se le ha confiado en virtud de su cargo como servidor público comete el delito. Refiriendo que dicho uso puede ser con ánimo de apropiación o con ánimo de sacarle provecho. Ejemplo de lo anterior pueden ser las hipótesis en que una persona le hayan destinado dentro de su empleo un vehículo para el transporte de insumos propios de su actividad y en vez de utilizarlo para esto se lo entrega a su esposa para el transporte de ella, aquí es claro que se ha distraído del fin jurídico al objeto y el activo no tiene como

finalidad el ánimo de apropiarlo, sino tiene como finalidad el uso del mismo por un tercero.

Muy diferentes a lo anterior, serían los casos en que el activo en razón de su empleo recibiera dinero en custodia, y en vez de administrarlo y entregarlo y en vez de realizar esto lo utilizara para comprar alhajas, ropa, etc. Que él hace pasar a su patrimonio en este caso, existe un ánimo de apropiación al momento de distraer del fin lícito que tenía el dinero de la Federación para hacerlo pasar a su esfera de dominio y utilizarlo en su provecho.

Es oportuno referir que el tipo no requiere un ánimo de apropiación, pero se puede dar en varias hipótesis, y en el caso de que se dé dicho ánimo no se hablaría de ROBO, ABUSO DE CONFIANZA O FRAUDE, sino de PECULADO, por lo cual resulta injustificado lo manifestado por Marco Antonio Díaz de León al inferir:

“Por redacción del tipo y por el principio de legalidad que impide la analogía, la realización de la conducta cabe sólo por cuanto al significado e implicación jurídica de elemento normativo... Usos propios o ajenos... “ de los bienes en cita, es decir el hecho de distraer para usar o sea hacerse servir o disfrutar de tal manera los bienes indicados en el tipo, más ello no debe hacerse extensivo a otros actos como, ejemplo, los de “apropiación” u otros distintos al de “usos”, en los términos aludidos, por lo cual sí un servidor público distrae no para uso sino por ejemplo, para apropiación (propia o ajena), en tal supuesto su conducta seguramente será antijurídica pero no típica de éste delito.

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

3) **“Distraer de su objeto”**. El término “distraer, es un elemento normativo de valoración socio-cultural, en virtud de que es necesario consultar el diccionario para descifrar el término en que se usó el verbo y su significado. El término que emplea el legislador en el texto legal relativo al peculado, admite varios

significados. El Diccionario de la Lengua Española señala, entre otros “apartar, desviar, alejar... apartar la atención de una persona del objeto a que la aplicaba o a que debía aplicarla... tratándose de fondos, malversarlos, defraudarlos”, por malversar se entiende, de acuerdo con el mismo diccionario: “invertir ilícitamente los caudales públicos, o equiparados a ellos, en usos distintos para aquellos para que estén destinados “por cuanto a defraudar se dice” privar a uno con abuso de confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho”...

Por otra parte, es de notar que la “distracción puede ser ” para usos propios o ajenos”, como lo expresa el Código Penal Federal, así como la Suprema Corte de Justicia al definir la distracción de la siguiente manera:

Instancia : Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Época :8a
Tomo : XIII mayo
Pagina : 485

PECULADO, CUANDO NO SE CONSTITUYE EL DELITO DE. El tipo penal al que se alude, se integra cuando al servidor público se le entrega 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, para destinar cualquiera de tales cosas a un fin específico, pero en vez de ello lo emplea en un propósito distinto.

Segundo Tribunal colegiado del Segundo Circuito.

PRECEDENTES:

Amparo en Revisión 10/94 Beatriz Elena Ortega Sánchez, Primero de marzo de 1994, unanimidad de votos, Ponente: Raúl Solís. Secretario: Joel A. Sierra Palacios.

El tratadista, Marco Antonio Díaz de León, refiere que por distraer se entiende como apartar la cosa o bien de que se trate de lugar, esfera o fin administrativo que legalmente corresponda al bien distraído, para destinarlo al uso propio (no para apropiárselo por que no lo dice así el tipo), el servidor corrupto; por lo mismo no obstante lo normal sea que el sujeto activo realmente se apropia del citado bien, ello, en primer término no es típico de esta fracción I en estudio y en segundo lugar, tal situación no ocurre así por necesidad en todos los supuestos dado que existen otros en los cuales únicamente los distrae para usos propios como lo señala el tipo de análisis y no para su propiedad. Así es ajena la conducta

traducida en una apropiación en el sentido que el agente se conduzca con ánimo de apropiación, de hacer ingresar en su patrimonio, en el ámbito de su particular esfera de propiedad o bien en la de un tercero, los bienes que "... distraiga de su objeto...", "... para usos propios o ajenos...", (59)

4) "Dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa". El elemento normativo Dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al Organismo Descentralizado o a un particular, alude el objeto en cual recae la acción de distraer, para usos propios o ajenos, de parte del servidor público. El término dinero, es el numerario que puede ser en moneda nacional o extranjera, porque no lo determina el tipo; los valores pueden ser títulos de crédito o todo aquello que sea cobrable o que tenga un valor intrínseco y liquidable en sí mismo podrían ser también objetos como metales preciosos, joyas, etc.,

El **agregado cualquier otra cosa**, como su nombre indica menciona a todo bien que puede distraerse para usos propios o ajenos de parte del agente. En lo tocante a la expresión perteneciente al Estado o al Organismo Descentralizado señala la propiedad a que habrán de corresponder los objetos antes mencionado, es decir, deben ser del Gobierno Local o Federal, dado que siendo el Estado persona moral de derecho público se rige por estos organismos que incluyen también los de la administración pública federal centralizada, finalmente " o a un particular", corresponde como excepción, a bienes que no obstante pertenecer a personas privadas los tenga en su posesión por razón de su cargo el sujeto pasivo. (60)

Como se denota, basta la expresión de cualquier cosa, o la de bienes del Estado, de un Organismo Descentralizado o de un particular.

El maestro, Carrancá Trujillo Raúl, prefiere utilizar el término bienes, por ser más amplio, al manifestar: "Bienes del Estado Federal, que es decir, de la Nación, o de la de un Organismo Descentralizado del Estado Federal que tengan participación presupuestal, o bienes de un particular que por cualquier causa (por ejemplo, el embargo por adeudos fiscales), estén bajo la administración, depósito, etc., del agente y por razón de su cargo.

59.- Díaz De León, Marco Antonio, Op, cit p 340

60.- Díaz de León, Marco Antonio, Op. cit, P, 340

Sí los bienes pertenecen a un particular, el Estado responde por el daño causado por el servidor público subsidiariamente (ver, artículo 32 frac. VI, C.P.). (61)

5) “Estado”. No logro comprender, por qué el legislador utilizó este concepto, si en las clases de Derecho Penal aprendimos que no existe una definición exacta de Estado, ya que el concepto es muy cambiante, quiero pensar que el legislador le utiliza como el conjunto de órganos de gobierno, donde podemos incluir a los tres poderes de la Unión, con sus instituciones que los componen, es decir, las dependencias de Estado (órganos centrales), el Departamento del Distrito Federal, y los órganos descentralizados.

Dentro de la teoría del derecho y en la jurisprudencia dogmática el concepto de Estado, es bastante controvertido, sin embargo es posible hacer una caracterización y proporcionar una breve descripción de sus características jurídicas fundamentales. Básicamente se concibe al Estado como una corporación territorial, esto es, actual y se manifiesta en un espacio, en una determinada circunscripción territorial. Otra de las características del Estado, igualmente esencial, es que actúa, se conduce, de forma autónoma e independiente, este último dato se describe como poder originario, autoridad soberana o, simplemente, como la soberanía. La ampliamente compartida noción del Estado como “corporación territorial dotada de un poder de mando originario. (62)

6) “Organismo Descentralizado”. Es un elemento normativo de valoración jurídica, para entender el significado de Organismo Descentralizado, debemos acudir a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, así como a los diferentes decretos emitidos por el titular del Ejecutivo:

61.- Carrancá Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, *Código Penal Anotado*, Ed. Porrúa, S.A, México, 2003, p. 596

62.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Ed. Porrúa S.A de C.V y UNAM, México, 1994, p 1321-22

CAPÍTULO II
De los Organismos Descentralizados
Sección A
Constitución, Organización y Funcionamiento.

Artículo XIV. Son Organismos descentralizados las personas jurídicas creadas conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y cuyo objeto sea:

I. La realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias.

II. La prestación de un Servicio Público o social o,

III. La obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.

Artículo XV. En las leyes o decretos relativos que se expidan por el Congreso de la Unión o por el Ejecutivo Federal para la creación de un Organismo Descentralizado se establecerán entre otros elementos:

I. La denominación del organismo

II. El domicilio legal

III. El objeto del organismo conforme a lo señalado en el artículo 14 de esta ley

IV. Las aportaciones y fuentes de recursos para integrar su patrimonio así como aquellas que se determinen para su incremento.

V. La manera de integrar el Órgano de gobierno y de designar el director general, así como a los servidores públicos en las jerarquías inferiores a éste.

VI. Las facultades y obligaciones del órgano de gobierno señalado cuáles de dichas facultades son indelegables.

VII. Las facultades y obligaciones del director general, quien tendrá la representación legal del organismo.

VIII. El régimen laboral a que se sujetarán las relaciones de trabajo.

El órgano de gobierno deberá expedir el estatuto orgánico en el que se establezcan las bases de organización así como las facultades y funciones que correspondan a las distintas áreas que integren el organismo.

El estatuto orgánico deberá inscribirse en el Registro Público de organismos descentralizados.

En la extinción de los organismos deberán observarse las mismas formalidades establecidas para su creación, debiendo la ley o decreto respectivo fijar la forma y términos de extinción y liquidación.

7) “Cargo”. Es un elemento de valoración socio-cultural, y tendrá que ver con el servicio público que desempeña el activo del delito, al momento de recibir en razón de ese puesto de servicio público, en administración, en depósito o en cualquier otro carácter los bienes del Estado, Organismo Descentralizado o un particular. Es oportuno referir entonces qué debemos entender por servicio público.

La Suprema Corte, sin embargo ha aportado un concepto jurisprudencial del servicio público, al afirmar que <... el Estado, para dar satisfacción en forma regular y continua a ciertas categorías de necesidades de interés general, puede determinar que actividades deben ser consideradas como un servicio público y establecer desde luego un régimen jurídico especial que tenga por

objeto facilitare el que satisfaga rápida y cumplidamente las necesidades que determinen la declaración del servicio. El Estado puede prestar directamente el servicio o bien darlo en concesión que se otorgue a particulares o a empresas, pero en ambos casos es indispensable que mediante el Poder Legislativo se haga la declaración respectiva y se reglamente el servicio... > (Apéndice de jurisprudencia 1917-1975, Jurisprudencia del Pleno, Primera Parte, Jurisprudencia 6, Página 18.).

Regresando al concepto de “cargo” como manifesté está ligado a la prestación de servicio público, pero específicamente al puesto que desarrolla el activo y por el cual recibió en administración, depósito o en otra circunstancia los bienes.

Refiere Marco Antonio Díaz de León, que el elemento normativo “... si por razón de su cargo los hubiera recibido en administración, en deposito o por cualquiera otra causa”. menciona los motivos jurídicos por los cuales debe tener en su poder el agente dichos objetos, la cual habrá de derivarse necesariamente de su empleo, cargo o comisión, motivo por el cual debe haberlos recibido en administración, en deposito o por otra causa, este recibimiento debe proceder del Estado si los bienes pertenecen a éste o del particular, si a su vez correspondieran al mismo, pero en ambas cosas existiendo causa constante que ello hubiera sido de manera oficial como servidor público y con motivo de sus atribuciones pues de otra forma si dentro de su competencia no estuviera la de recibirlos su conducta podría ser antijurídica, pero no típica en esta fracción de estudio. (63)

8) “Administración”. El término administrar, también es un elemento normativo de valoración socio-cultural, el cual se estudia desde el concepto de administrado. La palabra administrador, viene del latín administrador-oris, que administra, en otras palabras, es una persona física, que desenvuelve sobre bienes ajenos una actividad dirigida a hacerlo servir de manera en provecho de alguien, generalmente con obligación.

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

La función de administración participa de la naturaleza del mando, pues el administrador actúa en nombre y por cuenta ajena y es responsable ante su comité. En algunas hipótesis puede lindar con los conceptos de cuasi-contrato en general, y de gestión de negocio, más específicamente.

Atendiendo a su origen, la administración puede ser convencional o contractual (por ejemplo: el administrador de propiedades que celebra un contrato de derecho civil), cuasi-contratual (el gestor de negocios), legal (el padre que administra los bienes de sus hijos) o judicial (síndico de la quiebra; inventor judicial de una empresa; albacea designado judicialmente). Es claro que el término de administrador en el peculado tiene que ver con el contractual, legal judicial.

El concepto jurídico de administración compete a diversas ramas del derecho, tanto al público como al privado. Así, los constitucionalistas denominan “poder administrador” al Poder Ejecutivo. Y en un sentido más lato, es administrador todo funcionario o cuerpo colegiado que tiene a su cargo un sector de administración pública (por ejemplo el director de un ente autónomo, el titular de una institución descentralizada del Estado).

Por cuanto al término administración” cabe afirmar que no significa simplemente custodia.” El funcionario que administra es aquel que, con arreglo a los ordenamientos respectivos, posee facultad de disposición. Puede legalmente afectar bienes públicos a un destino determinado, es decir es quien hace la imputación. Esta facultad de gobernar o de regir no entraña necesariamente la posesión material de los bienes”.

9) "Depósito". Es también un elemento normativo de valoración jurídica, que debe interpretar el Juzgado de acuerdo a la Ley Civil en vigor en materia Federal. El depositario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 252 del Código Civil, está obligado a conservar la cosa del objeto del depósito según la reciba, y a devolverla cuando el depositante se la pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiere llegado. En la conservación del depósito responderá

el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia.

Es por ello que el depositario está obligado a conservar y esto es lo que interesa y se tutela en el tipo- la integridad, aptitud y disponibilidad jurídica de la cosa recibida en depósito, para poder devolverla oportunamente de acuerdo con la obligación contraída.

10) “Recibido por otra causa” .El texto analizado en esta hipótesis es un clásico texto Penal abierto por lo que respecta a la frase. “...hubiere recibido... por cualquier otra causa...”.Esta frase, es de interpretación, debe entenderse como descriptiva de una causa similar a la administración o al depósito; es decir, y en términos generales, un acto jurídico que tenga por objeto crear, transferir o modificar obligaciones.

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

EL DOLO

El delito de peculado por distracción exclusivamente puede ser doloso de acuerdo a lo contemplado en el numeral 60 del Código Penal Federal en vigor. Pero independientemente de esta situación, la naturaleza del delito es dolosa, en términos de lo que prevén los artículos 8 (hipótesis de acción dolosa) y 9 párrafo primero (hipótesis de el que conociendo los elementos del tipo penal, quiere el resultado descrito por la ley) del Código Penal Federal, en virtud de únicamente poderse realizar con dolo directo.

Robustece lo anterior la siguiente tesis jurisprudencia:

Instancia	Pleno
Fuente:	Semanario Judicial de la Federación
Época:	5a
Tomo:	VII
Página:	1043

RECUERDO, Uno de los elementos característicos de éste delito, es el hecho de distraer de su objeto, dolosamente el dinero, valores, etc., pertenecientes a la Nación, a un Municipio, o a un Particular, sí por razón de su encargo los

hubiere recibido el acusado en administración, en deposito o por cualquiera otra cosa.

PRECEDENTES: Tomo VII, página 1043, - Vivanco de H. Carlos- 14 sep 1920.

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DIFERENTES AL DOLO.

Desde el punto de vista el autor, Carrancá Trujillo Raúl, refiere que la distracción de los objetos para el que fueron creado los bienes del Estado, Organismo Descentralizado o de un particular, llevan un ánimo de apropiación y que entonces este será el elemento subjetivo específico diferente al dolo, por su parte el tratadista, Marco Antonio Díaz de León, refiere que no existe en realidad un elemento subjetivo específico diferente al dolo.

Por mi parte aclaro que desde mi particular punto de vista se requiere un elemento específico subjetivo, y es le ánimo de distraer para uso de uno mismo o para un tercero, el objeto que ha sido distraído de su objeto jurídico, ya sea solamente ese ánimo de usar o sea con la idea de regresarlo posteriormente; o para apropiárselo.

Refiero que será un elemento subjetivo ya que pudiera ser cambiado al bien su objeto jurídico con pleno conocimiento, la finalidad que se le había concedido, pero existe este ánimo y sí en cambio el de mejorar el servicio público en este caso no existe peculado, sino un cambio de fin jurídico pero en favor del Estado y sin embargo si no habláramos de este fin, o deseo oculto del activo no hablaríamos de un tipo penal.

Ejemplo de lo anterior, es la persona a la que es entregada bajo deposito la cantidad de \$100,000.00 pesos, para ser custodiados y el depositario en cambio los ingresa a una cuenta de plazo fijo para reeditar ganancias en favor del Estado, en este caso se cambió la esencia del acto jurídico sin embargo no existe ningún animo, ni deseo interno de distraer el dinero para uso o apropiación y por lo tanto la conducta sería atípica.

4.2.- EL ÓRGANO JURÍSDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL DELITO DE PECULADO

Como he analizado, los delitos de peculado que contempla el artículo 223 del Código Penal Federal, por la propia disposición de la Ley serán materia del Fuero Federal.

Artículo 124 Constitucional.- Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

En esto de las decisiones por razón de fuero, se ha de tener presente que el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación es la norma que expresamente dice, en su fracción I, los delitos del orden federal, pues establece:

Artículo 51.- Los jueces del Distrito en materia penal conocerán:

I.- De los delitos del orden federal.

Son los delitos del orden federal:

- a)** Los previstos en las leyes federales y en los tratados;
- b)** Los señalados en los artículos 2º a 5º del Código Penal;
- c)** Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las delegaciones de la República y cónsules mexicanos;
- d)** Los cometidos en las embajadas y delegaciones extranjeras;
- 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;
- g)** Los cometidos en contra de un funcionario o empleado federal en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
- h)** Los perpetrados con motivo de los funcionarios de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;
- 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
- j)** Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación;
- k)** Los señalados en el artículo 389 del Código Penal, cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal.”

Que el ámbito del Distrito Federal es local, lo ha declarado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis publicada bajo el número 19, en la parte primera del apéndice 1917-1985, página 54, que es del siguiente tenor:

“DISTRITO FEDERAL Y FEDERACION. SON ENTES JURÍDICOS DISTINTOS.- no deben confundirse Distrito Federal y Federación, por mas que aquél constituya el lugar de residencia de los Poderes Federales y aún cuando su administración, dirección y gobierno se ejerza por la propia Federación. En efecto, desde el punto de vista formal, Distrito Federal mantiene una relación de dependencia, puesto que se encomienda al Congreso de la Unión las funciones legislativas que rigen la entidad (artículo 73 fracción VI de la Constitución Federal); la función administrativa depende del Presidente de la República, quien atiende en forma directa su Gobierno (artículo 73, fracción VI, base primera, de la citada ley fundamental) y, por último, la función judicial se encomienda esencialmente a órganos jurisdiccionales encabezados por el Tribunal Superior de Justicia del D. F., cuyos miembros son nombrados por autoridades federales, según el procedimiento particular que señala la propia Carta Magna (artículo 73 fracción VI base cuarta); sin embargo, desde el punto de vista material, el Distrito Federal es una entidad local, como se desprende de lo preceptuado en el artículo 43 de la citada ley fundamental que expresamente señala que, además de los Estados que ahí se enumeran el Distrito Federal es parte integrante de la Federación, es decir, que no es la federación misma, y si bien el Congreso de la Unión emite las leyes que los rigen éstas no tienen aplicación en toda la República, como tampoco tienen jurisdicción en todo ese ámbito sus autoridades administrativas y sus tribunales carecen de competencia para conocer de asuntos que no correspondan ala localidad.

El anterior razonamiento podría llevarnos a pensar, que los delitos cometidos por funcionarios públicos en el Distrito Federal son de competencia del orden común, lo cual no es acertado, ya que al ser un servidor del Estado, organismos descentralizados o centralizados, como lo es el Departamento del Distrito Federal, darán lugar a una competencia Federal, por la pura calidad del sujeto activo, más aún el precepto establecido en el numeral 407 fracción III del Código Penal Federal, que refiere que sin perjuicio de las penas del peculado, lo cual indica que puede ser el mismo funcionario público. Por lo cual todo delito antes referido, dará hincapié al ámbito Federal.

4.3.- AVERIGUACIÓN PREVIA

La preparación del ejercicio de la acción penal – refiere el maestro, Colín Sánchez- se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito (ahora elementos del tipo penal) y la presunta responsabilidad. Esta facultad siempre había recaído exclusivamente en los agentes del Ministerio Público; sin embargo en materia federal, la Agencia Federal de Investigaciones, en ejercicio de sus facultades, debe recibir las denuncias de los particulares o de cualquier otra autoridad, sobre hechos que puedan constituir delitos de orden federal, sólo cuando las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público, al que la Agencia Federal Investigaciones informará de inmediato acerca de las mismas y de las diligencias practicadas... (art. 2º, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales).

Asimismo, el jurisconsulto, Marco Antonio Díaz de León, refiere que finalmente, la averiguación previa es un procedimiento que no pertenece al proceso, sino que equivale al cúmulo de actos que corresponde realizar al Ministerio Público durante su función investigadora del delito... Respecto de la fracción primera del artículo a comento, por fin se puntualiza que la averiguación previa no es parte del proceso penal, y éste (que es la de resolver, mediante fallo definitivo que adquiera la calidad de cosa juzgada, la pretensión punitiva sometida a su decisión), carece de jurisdicción y de los Órganos de este poder. Partiendo de que todo procedimiento es un conjunto de actos jurídico-adjetivos concatenados entre sí por el objetivo común de obtener o llegar a un fin determinado por la ley, la averiguación previa, es un procedimiento que se da antes del proceso, y, por tanto, fuera de éste; sus finalidades son; primero, que se indague sobre la **notitia criminis**, a fin de probar la existencia del cuerpo del delito (ahora elementos del tipo penal) y de la presunta responsabilidad del acusado, que constituye la función investigadora del Ministerio Público Federal, para que después se determine la pertinencia o no de

ejercitar acción penal, que constituye, a su vez, la función acusatoria del aludido representante social federal.

La averiguación, viene del latín, ad, a, y verificare: **de verun**, verdadero, y **facare**, hacer. Su vocablo es utilizado, en su forma más general y ordinaria, en referencia a la esfera procesal penal.

El artículo 1 del Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer los distintos periodos del procedimiento penal en su fracción I el de la averiguación previa, que comprende las diligencias necesarias para que el Ministerio Público pueda determinarse en orden al ejercicio de la acción penal.

“ Artículo 1. El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

I.- El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público, pueda resolver si ejercita o no la acción penal.

II.- El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de estos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado o bien, en su caso, la libertad de este por falta de elementos para procesar.

III.- El de instrucción que abarca las diligencias practicadas, ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste.

IV.- El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, y este valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva...”

Esta etapa de averiguación previa también recibe la denominación de preliminar; las actuaciones son realizadas, en sede administrativa por el Ministerio Público, pudiendo ser declaraciones del ofendido, testigos o inculpado, solicitud de periciales, inspecciones oculares, fe de cualquier especie, etc. que sirvan para conocer la verdad histórica de los hechos.

La fase de averiguación comprende desde la denuncia o la querrela (que pone en marcha la averiguación previa) hasta el ejercicio de la acción penal o -en su caso - el acuerdo de archivo con la conclusión de la averiguación previa (no-ejercicio de

la acción penal) o de la determinación de reserva, que solamente suspende la averiguación previa.

La averiguación previa tiene por objeto que el Ministerio Público practique todas las diligencias necesarias para acreditar los elementos del tipo penal (artículos 16 y 19 Constitucionales.) y la probable responsabilidad del inculpado, en síntesis es una preparación para el ejercicio de la acción penal.

Como señalé, el primer sector de los procedimientos penales está constituido por las etapas de carácter previo o preparatorio, dentro del cual se encuentran, la averiguación previa, la declaración de procedencia y el juicio político de los funcionarios públicos, en virtud de que estos trámites son indispensables para poder iniciar el proceso penal en sentido estricto, a través de la consignación del Ministerio Público ante el juez o tribunal competente para conocerlo.

El procedimiento de procedencia. Tiene su apoyo en el artículo 111 de la Constitución de acuerdo con la reforma Constitucional promulgada en diciembre de 1982, de acuerdo con el cual no se puede proceder penalmente contra los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los Secretarios del Despacho, los Jefes de los Departamentos Administrativos, incluyendo el del Distrito Federal y los Procuradores Generales de la República, y de Justicia del Distrito Federal, por la comisión de delitos durante el tiempo de su cargo, sin que previamente la Cámara de Diputados del Propio Congreso Federal declare por mayoría absoluta de sus miembros en la sección respectiva, si ha lugar a proceder contra el inculpado.

Este procedimiento de procedencia está reglamentado por los artículos 25-29 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (LFRASP), publicada el 13 de marzo de 2002, y de acuerdo con los cuales la sección instructora de la mencionada Cámara de Diputados realiza una Averiguación Previa, puesto que está obligada a practicar todas las diligencias conducentes a establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del

inculpado, así como la subsistencia del llamado fuero Constitucional (en realidad inmunidad), cuya remoción se solicita.

Si esta declaración de procedencia no se puede iniciar o seguir un proceso penal contra los citados servidores públicos en virtud de que si se advierte que se tramita dicho proceso sin haberse efectuado el mencionado procedimiento previo, la Secretaría de la citada Cámara de Diputados o de la Comisión Permanente deben enviar oficio al Juez o Tribunal que conozca de la causa a fin de que suspenda el procedimiento, en tanto se plantea y resuelve si ha lugar a proceder (artículo 29 de la citada LFRASP).

Este mismo sistema, si es que todavía no se ha regulado, debe seguirse en las leyes locales de responsabilidades, de acuerdo a las bases establecidas por el artículo 109 de la propia Constitución, reformado en diciembre de 1982.

El Juicio Político. De acuerdo con el artículo 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto original y con las leyes de responsabilidades federales de 1940 y 1980 pudiera considerarse como un enjuiciamiento autónomo, por hablarse de delitos y faltas de carácter oficial, pero siempre como una condición para el proceso penal en sentido estricto. En los términos del vigente artículo 110 de la Carta Magna, debe estimarse como una etapa previa al juicio criminal.

Según el mencionado artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos podrán ser sometidos al referido juicio político: los Senadores y Diputados, Congreso de la Unión; los Ministros de la Suprema Corte de Justicia; los Secretarios de Despacho; los Jefes de Departamentos Administrativos, incluyendo el del Distrito Federal; los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito; los Magistrados y Jueces del Fuero Común del Distrito Federal; los Directores Generales o sus equivalentes de los Organismos Descentralizados, Empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas, y fideicomisos públicos. También pueden ser objeto de este procedimiento los

Gobernadores de los Estados, Diputados locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de las Entidades Federativas, pero exclusivamente por violaciones graves a la propia Constitución y a las Leyes Federales que de ella emanen, así, como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

1. El procedimiento en el juicio político está regulado por los artículos 9 al 24 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos de marzo del 2002, y de acuerdo con los mismos se desarrolla en dos instancias, la primera ante la Cámara de Diputados del Congreso Federal en la cual se realizan la investigación previa y la etapa de instrucción para determinar la culpabilidad de los citados servidores, que de aprobarse por mayoría absoluta del número de miembros presentes, debe sostenerse por la acusación, por una comisión de tres Diputados ante el Senado, el cual decide por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes la aplicación de la sanción de índole político, que consiste en la destitución y la inhabilitación de desde 1 hasta 20 años, según la gravedad de la infracción. Si se trata de funcionarios locales, la resolución es declarativa y se comunica a la legislatura de la entidad respectiva, para que proceda en ejercicio de sus atribuciones.

A los procedimientos de procedencia y del juicio político es aplicable supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 45 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos).

4.4.- EL PROCEDIMIENTO PENAL

En el Ordenamiento Mexicano se ha hecho un intento de los diversos procedimientos penales, y así el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, regula los siguientes: **a)** averiguación previa, **b)** preinstrucción, **c)** instrucción, **d)** juicio, **e)** ejecución, **f)** relativos a inimputables y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Dentro del proceso penal, en sentido propio y una vez agotada la etapa previa de la averiguación administrativa, y procedimiento de procedencia o el juicio político, se ha calificado de instrucción, y se inicia con la consignación, es decir, con la instancia a través de la cual el Ministerio Público ejercita la acción penal ante el juez que se considera competente (artículos 5º y 6º del Código de Procedimientos Penales, 136 del Código Federal de Procedimientos Penales).

El Código Federal de Procedimientos Penales divide esta etapa en dos periodos el que califica de preinstrucción, en el que se realizan las actuaciones para los hechos materia del proceso, la clasificación de estos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado o bien, en su caso, la libertad de este por falta de elementos para procesar, y la instrucción propiamente dicha que abarca las diligencias ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de este (artículo 1º fracciones II y III).

La instrucción es también denominada sumario judicial y según la doctrina mexicana en la misma se hace una investigación por el Juzgador para determinar la existencia de los delitos y la responsabilidad o la irresponsabilidad del acusado. En consecuencia, en dicha etapa tienen aplicación los derechos del procesado establecidos por el artículo 20 de la Carta Magna, de manera que debe rendir la declaración preparatoria y dentro de las 72 horas dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, así como recibirse las pruebas respectivas (artículo 168 al 290 del CFPP).

La fase final del proceso recibe el nombre de juicio penal, y se inicia en cuanto el Juez expide el auto por el cual se declara cerrada la instrucción, es decir, cuando considera que se han reunido todos los elementos necesarios que constituyen el objeto del proceso.

Esta fase final del juicio se divide a su vez en dos sectores que no siempre se distinguen claramente en particular en el llamado procesamiento sumario (en

realidad plenario rápido). La primera se califica como preparatoria, pues en ella se formulan las conclusiones tanto del Ministerio Público como de la defensa y se cita para la audiencia de fondo y es en esta audiencia en la que concluye el procedimiento con las pruebas y alegatos de las partes y el pronunciamiento de la sentencia.

En la calificada como etapa preparatoria del juicio penal deben distinguirse dos formas de procedimiento, es decir, la calificada como sumario (en cuanto a la brevedad del mismo) y el que se conoce como juicio ordinario.

El Ordenamiento Federal regula el procedimiento sumario en la hipótesis de delitos cuya pena no exceda de seis meses de prisión o la pena aplicable no sea corporal, cuyo período de instrucción es todavía más reducido, pues no debe exceder de 15 días (primer párrafo del artículo 152).

En el proceso Ordinario, una vez cerrada la instrucción, los actos preparatorios de la audiencia de fondo consisten en la formulación de las conclusiones del Ministerio Público y si estas son acusatorias, se cita para audiencia final (artículo 305 del CFPP).

La fase conclusiva del juicio penal. Esta se desarrolla esencialmente en la audiencia de fondo, en la que se repiten diligencias de prueba cuando fuese necesario, se formulan alegatos y se pronuncia el fallo en la propia audiencia o dentro de un breve plazo posterior (artículo 306 del CFPP).

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito de Peculado es uno de los delitos cometidos por servidores públicos desde que se creó el Estado.

SEGUNDA.- El peculado viene del latín Picus que significa la sustracción de caudales del erario público, en México encontramos antecedentes del peculado desde el Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835, conocido en aquel entonces como malversación de caudales públicos, se debe entender por peculado, el delito cometido por un Servidor Público que distrae un bien del Estado, organismo descentralizado, o cualquier dependencia del objeto jurídico que legalmente tiene asignado, el cual tiene bajo su cuidado en razón de su encargo como servidor público. El peculado es un delito, de resultado material, de lesión, instantáneo, doloso, de acción, simple, unisubsistente, unisubjetivo, instantáneo, requiere calidad especial en el sujeto activo, se persigue de oficio.

TERCERA.- El delito de peculado se comete comúnmente en todas las dependencias gubernamentales, en la mayoría de las ocasiones no se denuncia el delito de peculado, quedando así impune el activo.

CUARTA.- Si se comete delito de peculado cuando se utilizan los vehículos institucionales para servicio de los familiares de los funcionarios a los cuales ha sido asignado el vehículo.

QUINTA.- Si comete delito de peculado el servidor publico que ocupa el equipo de computo para jugar o para chatear en internet en horas laborales, toda vez que como se deriva del estudio realizado, el elemento objetivo se manifiesta en la conducta en su genero de acción, al fijarse el activo para uso propio la distracción del equipo de cómputo del Instituto, previniendo los posibles efectos concomitantes que en el caso será que el trabajo se rezague, no obstante se pone a jugar, con las consecuencias siguientes: El resultado consiste en la distracción

del equipo de cómputo del fin administrativo que legalmente se le ha destinado, se acredita el nexo causal toda vez que se le asignó la computadora para realizar un trabajo y en lugar de realizar éste, se pone a catear; el bien jurídico de este delito es el interés de la colectividad social y por ello del Estado por que funcionen normalmente los servicios públicos, en beneficio de la colectividad, siendo bienes tutelados en el peculado entre otros; la honestidad en el desempeño de la función pública, los fondos públicos ya sea dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado; según lo expresado por el artículo 223 del Código Penal Federal, el sujeto activo en el caso es un servidor público, que tiene bajo su administración y como depositario la computadora; es claro que la dependencia o institución es el sujeto pasivo, el objeto material será el equipo de cómputo, estará acreditada la distracción y como elementos subjetivos encontramos el dolo, de acuerdo con el artículo 60 del Código Penal Federal, toda vez que el activo tiene la capacidad de conocer y querer, siendo servidor público, distraer de su objeto, para usos propios, el equipo de cómputo del organismo o institución, el elemento subjetivo diferente del dolo será en este caso el ánimo de distraer para uso de sí mismo el objeto que ha sido distraído de su objeto jurídico aunque sea únicamente con el ánimo de usar.

SEXTA.- La detención del sujeto que comete el delito de peculado en la Administración Pública le corresponde principalmente a cargo del Órgano Interno de Control, el cual desarrolla su tarea de revisión y supervisión, determina y localiza las diferencias, deficiencias y los posibles delitos cometidos por los servidores públicos.

SÉPTIMA.- No existe sistemas de prevención del delito de peculado por distracción en la Administración Pública y los sistemas de detección de faltantes en dichas dependencias son ineficientes e ineficaces.

OCTAVA.- Los mecanismos actuales con los que cuentan las dependencias gubernamentales no son adecuados para prevenir y detectar oportunamente el delito de peculado, por lo que se debería implementar dispositivos nuevos.

NOVENA.- Al aplicar la ley en este delito, es escasa y nulo el cumplimiento, ya que exclusivamente se presenta en eventos esporádicos, y lo más grave, cuando existe implícita la sospecha de tratarse de actos de venganza política, para efectuar una correcta vigilancia del comportamiento de los funcionarios, tanto y durante el desempeño de su cargo como después de este.

DÉCIMA.- Es casi nula la recuperación del patrimonio del Estado debido a la falta de denuncia principalmente, así como a la falta de oportunidad y de calidad en el manejo de los elementos requeridos por la Representación Social a efecto de integrar la averiguación previa.

PROPUESTA

CÓDIGO PENAL FEDERAL

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.

En razón de lo señalado en la presente investigación ,considero oportuno que al texto anterior se le adicionen los párrafos siguientes:

Todo Servidor Público al momento de tomar posesión del cargo, y que desempeñe una o más de las siguientes funciones:

- ***Dirección, supervisión, inspección, auditoría, seguridad, vigilancia, custodia, fiscalización, procuración y administración de justicia y readaptación social, actualmente reinserción social.***
- ***Manejo de fondos, bienes, valores y fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado u organismo descentralizado o a un particular.***

Deberá caucionar el manejo de los mismos o en su caso garantizar a través de una garantía real de propiedad, hasta cinco años después de concluido su encargo.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BACIGALUPO, ENRIQUE , **“Manual de Derecho Penal (Parte General)**, Ed. Temis, S.A., 2ª reimpresión, Santa Fé de Bogota, Colombia, 1994
 - 2.- BERNALDO DE QUIRÓS, CONSTANCIO, **“Derecho Penal” (Parte especial)**”, Ed. José M, Cajica Jr. S.A., 2º edición México 1957
 - 3.- BUSTOS RAMÍREZ JUAN, **“Manual de Derecho Penal Español (Parte general)**, Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, 1984
 - 4.- CARRANCÁ TRUJILLO RAÚL Y CARRANCÁ Y RIVAS RAÚL, **“Código Penal Anotado”**, Ed. Porrúa S.A., Ed. 26º, México 2003
 - 5.- CARRARA, FRANCISCO, **“Programa de Derecho Criminal, Volúmenes I y II”**, Ed. Temis, Bogota, 1997
 - 6.- CASTELANOS TENA FERNANDO, **“Lineamientos Elementales de Derecho Penal (parte general)”**, Ed. Porrúa, Ed. 26ª, México 2001
 - 7.- COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, **“Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”**, Ed. Porrúa S.A., Ed. 12ª, México 1990
 - 8.- CUELLO CALÓN, EUGENIO, **“Derecho Penal, (Parte general) Tomo I.**, Ed. Boch Casa Editora S.A., ed. 18ª, Barcelona 1980
 - 9.- **“Cuerpo del Derecho Civil Romano”**, Traductor L. García del Corral Ildfonso., Ed. Barcelona España, 1987 (nota sin autos ni editorial por ser un libro deteriorado)
 - 10.- DÍAZ DE LEÓN MARCO ANTONIO, **“Código Penal Federal con cometarios”**, Ed. Porrúa S.A, Ed. México 1994
 - 11.- FRANCO GUZMÁN, RICARDO , **“La Subjetividad en la Lícitud”**, Ed. José M. Cajica Jr. S.A, Ed. 1ª, México 1959
 - 12.- GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO, **“EL Código Penal Comentado”**, Ed. Porrúa S.A de C.V, Ed. 11ª, México 1994
 - 13.- HANS WELZEL, **“Derecho Penal Alemán (Parte General)**, Ed. Jurídica de Chile, Traducción de alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. 11ª , edición en castellano, Chile 1993.
-

- 14.- INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, "Décimo Aniversario 1976-1986, tomo Y ***Análisis Lógico del Peculado***", Olga Islas de González Mariscal, Ed. Instituto Nacional De Ciencias Políticas P.G.R.,ed. México 1986
- 15.-INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, "***Leyes Penales Mexicanas***",Ed. Instituto Nacional De Ciencias Penales,ed. México 1979
- 16.-JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, "***La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal***",Ed. Hermes,ed. 3ª, Buenos Aires, 1956
- 17.- MEZGUER , EDMUNDO, "***Tratado de Derecho Penal, Tomo I y II***",Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1957
- 18.- MIR PUIG SANTIAGO, "***Derecho Penal Parte General***",Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A.,ed. 3ª, Barcelona España, 1990
- 19.- MOMMSEN, TEODORO, "***El Derecho Penal Romano***",Ed. Tirant Lo Blanch, España, 1956
- 20.- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN MERCEDES, "***Derecho Penal Parte General***",Ed. Tirant Lo Blanch, Sevilla, Barcelona 1993
- 21.- MUÑOZ CONDE FRANCISCO, "***Teoría General del Delito***",Ed. Temis, ed. Reimpresión, Bogota Colombia 1990
- 22.- ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, "***Teoría del Delito***" (***Sistema causalista y finalista***),Ed, Porrúa S.A.,ed. México 2003
- 23.- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, "***Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal***",Ed, Porrúa S.A.,ed. 14ª, México 1991
- 24.- VELA TREVIÑO SERGIO, "***Culpabilidad e Inculpabilidad***",Ed. Trillas S.A,1ª reimpresión, México 1977
- 25.- ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, "***Manual de Derecho Penal, Parte General***", Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, ed. México 1986

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed, Sista, México 2008

Código Penal Federal , Ed, Sista, México 2008

Código Federal de Procedimientos Penales, Ed, Sista, México 2008

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal,Ed, Sista, México 2008

HEMEROGRAFÍA

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, "***Décimo aniversario 1976-1986, tomo I, Análisis Lógico del Peculado***", Olga Islas de González Mariscal, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Políticas P.G.R., Ed. México 1986

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, "***Gramática y verbos***", Ed. Sevisa, Colombia 1995

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "***Diccionario Jurídico Mexicano***", Ed. Editora Porrúa S.A. de C.V, en colaboración con la Universidad Nacional, Autónoma de México, ed. 7^a, México 1994