

ABUSO DE AUTORIDAD, EL CARÁCTER DE SERVIDOR PÚBLICO, COMO ELEMENTO DEL TIPO DEL DELITO DE, NO PUEDE ACREDITARSE EXCLUSIVAMENTE CON LA CONSTANCIA DEL NOMBRAMIENTO

Tratándose de aquellos delitos como el de abuso de autoridad, para cuya actualización no se requiere prueba especial, según lo disponen los códigos adjetivos de San Luis Potosí, Sinaloa y Nayarit, se sigue el sistema de no limitar taxativamente la prueba, en donde la decisión del juez no está determinada por reglas más o menos rígidas que lo obliguen a estimar cierto lo demostrado por pruebas determinadas, sino que opera al arbitrio judicial, para la libre apreciación de las pruebas, por lo que, para tener por acreditado el carácter de servidor público como elemento del tipo del ilícito aludido, no sólo se logra mediante el nombramiento con tal carácter del sujeto activo o la constancia que así lo compruebe, en virtud de que el juzgador tiene que hacer uso de la facultad más importante dentro de su tarea de administrar pública justicia, consistente en la actividad intelectual que despliega al efectuar la valoración de la prueba, a la luz de la regla genérica que contemplan los códigos de procedimientos penales para valerse de todos los medios lícitos de investigación, lo que se traduce en que, para tener por comprobado el referido extremo, la autoridad judicial se puede allegar cualquier elemento de convicción, siempre y cuando no sean contrarios a derecho, ni reprobados por la ley.¹

¹ Contradicción de tesis 48/96. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. 28 de mayo de 1997. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jorge Humberto Benítez Pimienta. Tesis de jurisprudencia 22/97. Aprobada por la primera sala de este alto tribunal, en sesión de veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cinco votos de los ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA

Comentario

El rubro de la tesis de jurisprudencia sentada por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resulta por demás sugerente, sobre todo, en virtud de que se resuelve en contradicción de tesis respecto del alcance probatorio de los medios de prueba tratándose de elementos normativos previstos en el tipo penal.

En atención al principio procesal denominado averiguación que por regla general se ha incorporado al contenido de varios códigos adjetivos penales, resulta claro que los juzgadores gozan de la más amplia libertad para llevar al proceso cualquier elemento que estimen oportuno y gozar de mayores y mejores elementos para normar su criterio.

En cuanto a las características de los elementos del tipo penal y la manera de acreditarse, sin lugar a dudas que los elementos normativos guardan una complejidad derivada de las exigencias de las propias leyes, que en este caso son las que norman su contenido, a diferencia de los elementos objetivos, descriptivos y subjetivos, que en su caso demandan el aporte de material probatorio que se encuentra en proporción directa del resultado producido.

En efecto, el carácter de elemento normativo deriva precisamente de la exigencia legal prevista en el tipo, que sólo puede cerrarse cumpliendo lo dispuesto en la ley, es decir, estos elementos no admiten la valoración extralegal o metajurídica por parte del intérprete.

La primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció en la tesis en comento que el carácter de servidor público no puede acreditarse exclusivamente con la constancia del nombramiento, lo cual si bien resulta aceptable en términos del alcance probatorio de los diferentes medios de convicción que se pueden allegar, también es necesario que se enfoquen a acreditar los extremos exigidos por la ley en torno al carácter de servidor público.

El asunto en cuestión se tomó como base para acreditar la calidad de servidor público, la denuncia presentada, la confesión del inculcado, la declaración testimonial de un compañero de trabajo del inculcado, así como del jefe de grupo de la corporación policiaca a la que pertenece y el oficio suscrito por el encargado del cuarto grupo de robos de la Policía Judicial del Estado, que en su momento se utilizaron como idóneos para demostrar el carácter de servidor público y condenar al inculcado.

Al respecto la defensa argumentó que la falta del nombramiento oficial era el instrumento legal idóneo para demostrar el carácter de servidor público de un individuo, lo cual encontraba sustento en la tesis aislada sustentada por el

ABUSO DE AUTORIDAD

Tribunal Colegiado del Duodécimo Circuito, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, tomo XIII, mayo de 1994, página 383, que en su parte final señala:

la denuncia respectiva, fe ministerial de los hechos, declaraciones de testigos y confesión del propio reo, por sí mismas, no son suficientes para tener por demostrada dicha calidad, ya que ésta debe acreditarse plenamente y no a base de inferencias, mediante la prueba idónea, la cual, en todo caso, resulta ser el nombramiento o constancia expedida por el superior jerárquico de la oficina o departamento o área de adscripción en donde el reo prestaba sus servicios [resolución hasta entonces aplicable].

La jurisprudencia por contradicción de tesis, así como sus antecedentes aluden recurrentemente a los códigos penales vigentes en los estados de Sinaloa, Nayarit y San Luis Potosí, que en la parte relativa los delitos cometidos por servidores públicos califican a éstos como

Servidor público es toda persona que desempeñe algún empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública del estado o sus municipios, centralizada, paraestatal o paramunicipal, o en los poderes Legislativo y Judicial del estado y a todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos del estado o de los ayuntamientos.

Atento a lo anterior, el carácter de servidor público deriva de tres circunstancias, en principio del nombramiento que recaiga en un sujeto; segundo, que dicho nombramiento se refiera al desempeño de un empleo, cargo o comisión, y tercero que el servicio se preste a la administración pública del estado, de los municipios, del Poder Legislativo o del Poder Judicial

A partir de las consideraciones anteriores, resulta claro que si se pretende demostrar la calidad de servidor público en un individuo es necesario estar ante un nombramiento que dé cuenta de la vinculación laboral, lo cual si bien es cierto puede ser demostrado por medio de testigos o en su caso a confesión de parte, también estas declaraciones demandan una precisión en torno al nivel, categoría, así como funciones, sobre todo si de lo que se trata es de pretender encuadrar el tipo de abuso de autoridad, pues de otra manera no quedaría clara la primera exigencia del tipo penal.

Por otra parte, no se trata de la simple acreditación del nivel, categoría y funciones que desempeña un individuo, sino que también es preciso demostrar su pertenencia a alguna de las diferentes áreas de la administración pública o

RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA

en su caso del poder Legislativo o Judicial, y finalmente que el nombramiento implique el desempeño de un empleo, cargo o comisión.

Ante las circunstancias anteriores, pretender que el carácter de servidor público pueda derivar de la declaración de testigos o bien de ciertos documentos diversos del nombramiento del servidor público, nos hace pensar en una exigencia que va más allá de lo previsto en la propia ley, pues cuando el legislador decide incorporar un elemento normativo en un tipo y precisa en la propia ley el alcance de dicho elemento, es con el objetivo de restringir su alcance y limitar su aplicación a fin de evitar la subjetividad e incluso arbitrariedad en la aplicación de la ley.

Desdeñar las circunstancias anteriores, sería tanto como suponer un cambio en los aspectos y caracteres de los elementos del tipo penal, en cuanto a los elementos objetivos y descriptivos, ninguna duda existe en torno a que pueden ser acreditados por cualquier medio probatorio y que en su caso su calificación resulta mucho más amplia, sin embargo en el caso de los elementos normativos la situación cambia, pues en ellos existe la exigencia legal de agotar su contenido, sin existir la posibilidad de extender su significado, restarle valor o de hecho tergiversar su contenido.

En la jurisprudencia en comento, se abre la puerta para que sobre la base de aspectos meramente cuantitativos enfocados a los medios de prueba y dejando de lado el carácter normativo de los elementos del tipo, se tenga por demostrada la calidad de servidor público partiendo de la confesión, la declaración de dos testigos y bastando un documento expedido por un sujeto carente de facultades para expedir constancias de nombramiento de los servidores públicos, pudiese otorgársele dicha calidad a un individuo.

Finalmente, la jurisprudencia por contradicción de tesis deja un claro hueco y modifica plenamente el alcance de la ley, por lo que su aplicación sólo sería admisible ante un asunto en el cual el inculpado confiesa desempeñarse como servidor público, que dicha confesión se encuentra corroborada por sus compañeros de trabajo, así como por su superior jerárquico y que de dichos medios probatorios se desprende la calidad, funciones y categoría que ostenta como servidor público, caso en el cual se puede prescindir del nombramiento toda vez que del enlace lógico y natural de dichos medios de prueba sería dable concluir que el individuo es servidor público. Sin embargo, cuando existe objeción por parte del inculpado en cuanto a su calidad de servidor público y no obstante las solicitudes formuladas por medio del juzgado para que la dependencia que tiene bajo su adscripción informe a un individuo en torno al carácter, funciones, categoría y nombramiento y esta solicitud no se satisface, entonces no es plausible concluir que ostenta dicha calidad, sino que en su caso

ABUSO DE AUTORIDAD

podría pensarse que el individuo pretendió desempeñar de manera indebida un empleo cargo o comisión públicos sin reunir los requisitos o, en su caso, que estamos ante el tipo penal de usurpación de funciones públicas, el cual se concreta cuando un individuo indebidamente se atribuye y ejerce funciones propias de un servidor público.

Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA