

UAO



**POR
U N A
EXCELENCIA
ACADEMICA
PROFESIONAL**

UNIVERSIDAD ALZATE DE OZUMBA
CLAVE INC. UNAM LIC. DERECHO
8898-09

UNIVERSIDAD ALZATE DE OZUMBA
Incorporada a la UNAM Clave 8898

**PROPUESTA DE MODIFICACIÓN
A LA FRACCIÓN III, PARRAFO TERCERO
DEL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL**

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
VÍCTOR ALFONSO PÉREZ
MARTÍNEZ**

ASESOR:

LIC. PATRICIA RIVA PALACIO MONROY

Ciudad Universitaria, México

Noviembre de 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

CONSAGRACIÓN

A Dios:

**Por darme la oportunidad de poder alcanzar
este objetivo, y saber que su grandeza es infinita al
poner dentro de este camino las herramientas necesarias
para ello.**

A mi Madre:

**Por su valioso apoyo y confianza
que depositaron en mí, sin ella no
sería posible esto que hoy culmino.**

A mi Padre:

**Por su incondicional respaldo,
así como la enseñanza del respeto a la vida y el trabajo
y sobre todo por mostrarme el camino
que un hombre debe seguir.**

A mis Hermanos:

**Por su ayuda en momentos
difíciles que pase y sobre todo por ser un
Respaldo fundamental.**

A mi asesor:

**Por darme su valioso tiempo
y conocimientos que sin ello no sería posible,
gracias Lic. Patricia Riva palacio Monroy.**

Al Profesor Noel Morales Sosa:

**por el tiempo brindado y las
múltiples ocasiones que con sabias palabras
me ha guiado para hacia el buen camino.**

**+ En Memoria de la educadora
Obdulia Martínez Andrade:
por ser el primer pilar que inicio
dentro de mi formación profesional.**

**Al H. personal de la Secretaria
De la Función Pública de la Unidad de
Asuntos Jurídicos, de la Dirección de Amparos:
Por darme la oportunidad de realizar mí Servicio Social
y saber que existen Instituciones que tienen
una credibilidad en la transparencia de
las acciones dentro de la Administración Pública.
Especialmente a los Lic.: Juan Valverde Martínez
y Silvia Dávila Rodríguez, que me dieron la oportunidad
de aprender y respaldarme en momentos difíciles.**

**A Los Lic: Guillermo Campuzano Morales
Adriana Zenteno Granados,
María Guadalupe Solorio Morillon;
por darme un apoyo incondicional
y ser un ejemplo a seguir; gracias.**

**A mis grandes compañeros de generación:
por el tiempo de convivencia en que
aprendí de todos ellos.**

**A Marco, Fernando y Juan Carlos por compartir
grandes momentos y sobre todo por la
amistad que me han brindado.**

**A los hermanos Madariaga:
por todo el apoyo que me otorgaron
en momentos difíciles.**

**A todos aquellos que lo hicieron difícil:
les dedico este trabajo,
sin ustedes no habría motivación.**

ÍNDICE	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I	10
A.- QUE ES LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y QUE SIGNIFICA	11
B.- SERVICIO PUBLICO	12
C.- LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	13
D.- CENTRALIZACIÓN	14
E.- DESCENTRALIZACIÓN	14
F.- LA INCLUSIÓN DEL CONCEPTO "ACCOUNTABILITY"	
O RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	16
G.- EL CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	
EN EL MARCO CONSTITUCIONAL	16
H.- CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	
EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL	18
 CAPITULO II	 20
1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL MUNDO.	
A.- ÉPOCA ANTIGUA	20
B.- ROMA	20
C.- ESPAÑA	22
D.- LEGISLACIÓN ARGENTINA	23
2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN MÉXICO	
A.- LA ÉPOCA PREHISPÁNICA	26
B.- LA ÉPOCA COLONIAL	27
C.- ÉPOCA INDEPENDIENTE	30
D.- LA CONSTITUCION DE 1917	31
E.- LA LEY SOBRE RESPONSABILIDADES	
ADMINISTRATIVAS DE 1940	32
F.- REFORMAS DE LA LEY DE 1974	
DE LA LEY DE 1940	35
 CAPITULO III	 37
1.- EL PROGRAMA DE LA RENOVACIÓN MORAL	
DE LA SOCIEDAD	38
A.- LA REFORMA CONSTITUCIONAL	40

B.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES A LOS ARTÍCULOS 108 Y 109 CONSTITUCIONALES, PUBLICADAS EN DICIEMBRE DE 1982	41
C.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL PUBLICADA EL 28 DE DICIEMBRE DE 1982	42
D.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 224 EN DICIEMBRE DE 1982	44
E.- REFORMA ADMINISTRATIVA	45
F. ANÁLISIS DEL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL, EN RELACIÓN CON EL DIVERSO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y POSIBLE CONTRAPOSICIÓN CON LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES DEL ORDEN PENAL	48
G.- ANÁLISIS DE LA REDACCIÓN DEL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE QUE DICHO PRECEPTO, ÚNICAMENTE ESTABLECE LAS BASES GENERALES EN LOS QUE SE BASÓ EL CÓDIGO PENAL FEDERAL, PARA REGULAR EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	52
CAPITULO IV	54
1.- SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE LA SECRETARIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, ANTERIORMENTE SECRETARIA DE CONTRALORÍA Y DESARROLLO ADMINISTRATIVO	55
A.- CIRCUNSTANCIAS POLÍTICAS QUE MOTIVARON AL LEGISLADOR A TIPIFICAR EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	58
B.- PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA INTEGRAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	59
C.- POSIBLE CONTRAPOSICIÓN CON EL PRINCIPIO ACUSATORIO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 21-A Y 102-A CONSTITUCIONALES	64
D.- ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LA DECLARATORIA REGULADA EN EL ARTÍCULO 90 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS	66
E.- CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RESPECTO DE LA FIGURA DE LA DECLARATORIA REGULADA EN EL ARTÍCULO 90 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS	69
F.- POSTURA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO DE LA POSIBILIDAD DE QUE EL ARTICULO 109 CONSTITUCIONAL, ESTABLEZCA UN SISTEMA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL ORDEN PENAL, PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS	72

G.- DETERMINACIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y CRITICA DE LAS MISMAS RESPECTO DE LAS PROBLEMÁTICAS PLANTEADAS EN EL CAPITULO ANTERIOR	74
H.- POSIBLE CONTRADICCIÓN DE LA FINALIDAD DEL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL Y DEL DIVERSO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, EN RELACIÓN CON LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PODER LEGISLATIVO, AL EFECTUAR LAS REFORMAS DE DICHO PRECEPTO EN DICIEMBRE 1982	79
CAPITULO V	83
A.- CRÍTICA FINAL A LA CONFUSA REGULACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO CONTENIDA EN EL ARTICULO 109 CONSTITUCIONAL, RESPECTO DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y PROPUESTA DE REFORMA	84
B.- PROPUESTA DE REFORMA AL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 109 PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA INTEGRAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	91
C.- PRIMER PUNTO DE VISTA	92
D.- SEGUNDO PUNTO VISTA	93
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFIA	103
HEMEROGRAFIA	105
LEGISLACION UTILIZADA	105
CIBEROGRAFIA	106

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se presenta, deviene de una cuestión que en particular me tocó vivir, durante el tiempo en que presté mi servicio social dentro de una gran Institución Gubernamental como lo es la Secretaría de La Función pública, antes conocida como SECODAM, trabajo que realicé más en particular dentro del área jurídica en Sección de amparos, por lo que en el desarrollo de las actividades conferidas, descubrí un punto en particular como lo fue el que los niveles de corrupción dentro de la Administración Pública Federal son muy elevados por parte de los Servidores Públicos y esta Honorable institución es la única dentro de la estructura gubernamental que se encarga de sancionar a todos aquellos que abusan del cargo que les ha sido encomendado.

Por tal motivo el concepto que tocó como punto fundamental del cual se desprenden diversos ordenamientos, análisis y críticas que a lo largo del trabajo realizare, lo es la propuesta de modificación al artículo 109 de la Carta Magna, en su fracción tres, párrafo tercero, pues se trata del delito de enriquecimiento ilícito siendo este el único que está tipificado desde la Ley Suprema de la Federación, en esa tesitura se puede observar, que en el párrafo descrito se encuentran asentadas las bases generales de la conducta tipificada como enriquecimiento ilícito en el artículo 224 del Código Federal de Procedimientos.

Por lo que he retomado algunas de las ideas y de los programas que se realizan durante los periodos de gobierno de los Secretarios y presidentes nacionales, partiendo desde el concepto de enriquecimiento ilícito asentado en la constitución así como en el Código Federal de Procedimientos, siendo que en el primer bloque inicio con lo que es la historia de las leyes dictadas en este contexto, pues pocos son los estudios que sobre el tema se han realizado, tanto en las legislaciones extranjeras como en la nacional como lo es el caso de la Argentina que es un pilar básico para otras legislaciones sin ser la excepción la nuestra, misma que ha sufrido propuestas y modificaciones como *la ley sobre responsabilidades administrativas de 1940 así como las reformas de la ley de 1974*

Posteriormente trato un punto esencial de la investigación que es el programa de la renovación moral de la sociedad propuesto por El Licenciado Miguel de la Madrid en la cual cimentó su plataforma electoral para reestructurar al país, diciendo, al respecto que "...la renovación moral de la sociedad ha sido urgente necesidad política y una enfática demanda popular que requiere del cumplimiento escrupuloso de nuestras leyes, puntos que son analizados dentro de este bloque.

Posterior a ello se toca el tema de sustento constitucional de la Secretaria de la Función Pública (SFP), anteriormente secretaria de contraloría y desarrollo administrativo (SECODAM), dentro del cual se plantean las atribuciones que el propio órgano tiene al respecto dentro de nuestro tema a desarrollar, así mismo se enmarcan las diferencias con respecto a la acción penal que es propia de del Ministerio Público para que la ejercite y sostenga la separación que debe existir entre el órgano que acusa y el órgano que juzga cuestiones de esta índole.

Pasando por último a las críticas y propuesta de reforma que al respecto realizo dentro del tema planteado, siendo estas retomadas de los informes y balances así como puntos críticos que de cada sector que integra la Secretaria de la Función Pública realizan para informes anuales.

El principal objetivo que se busca con esta investigación, es el reformar o adicionar el párrafo tercero de la fracción III del artículo 109 constitucional, del delito de enriquecimiento ilícito respecto de los servidores públicos en cuanto a la adecuada conservación de la función pública como cuestión de orden público e interés social, ya que de esta manera se logrará prevenir y sancionar la corrupción de sus malos servidores públicos, así como preservar los valores nacionales en las vidas comunitarias, y de la misma forma sujetar a responsabilidad a todo servidor público que incurra en contraposiciones enmarcadas en los diversos ordenamientos jurídicos legales y al mismo tiempo asentar un principio general de responsabilidad por el manejo de fondos y funciones federales.

Por lo que dentro de este contexto al retomar los trabajos de las unidades administrativas de la propia Secretaria, muestro el enfoque de las políticas gubernamentales en el sistema que utilizan para fortalecer las instancias y procedimientos de control, para que se garantice una congruencia entre la acción del Estado y el interés Público que demanda de los Servidores Públicos un comportamiento honesto, eficaz y eficiente.

CAPITULO I

QUE ES LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y QUE SIGNIFICA

La transformación del derecho es, en si misma, un factor fundamental en la transformación de la sociedad, el derecho es la cumbre de las obras humanas, pero es producto de alta complejidad y su pleno resultado no solo depende de su evolución, ya que una vez dada esta se requiere de dosis adicionales de reflexión, análisis y difusión, así como de la adecuada cimentación de conceptos acordes a la materia, es por ello que he retomado conceptos jurídicos fundamentales para la presente investigación, como lo son:

Administración Pública: "es una organización que el Estado utiliza para canalizar adecuadamente demandas sociales y satisfacerlas, a través de la transformación de recursos públicos en acciones modificadoras de la realidad, mediante la producción de bienes, servicios y regulaciones".¹

Este concepto de Administración Pública nos muestra lo diverso que es esta **organización** en el sentido de que incluye en su seno diferentes espacios y especialistas que se ocupan específicamente de una tarea, y que su interdependencia hace muy difícil establecer que se debe reformar y que no, y por ende realizar una reforma administrativa no es tarea de unos pocos, sino que abarca a todo el conjunto de ella y también a la sociedad como destino final de los "satisfactores" que ella produce.

No solo en la Administración Pública hay instituciones. Hay algo dentro de ella que las mueve. Ese motor son las personas, mejor dicho los "funcionarios" que en su conjunto conforman la burocracia, y es esta burocracia la que se desenvuelve, cumpliendo su función impulsada por valores, patrones de conducta, emociones, sentimientos, intereses, etc.

El artículo 90 constitucional precisa que la administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la ley orgánica que expida el Congreso de la Unión (Ley Orgánica de la Administración Pública Federal), la que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las secretarías de estado y departamentos administrativos (LOAPF, art. 2º) y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Poder Ejecutivo en su operación.

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, ACTUALIZACIÓN JURÍDICA, Serie G, Estudios doctrinales, México 1994, Num. 166.

Conforme al artículo 1º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el Poder Ejecutivo Federal se auxilia, para cumplir con sus funciones administrativas, de las dependencias de la administración centralizada y las entidades paraestatales. En la primera categoría se encuentran: la Presidencia de la República, las secretarías de estado, los departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República.

Por otra parte, los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos, integran la administración pública paraestatal.

La organización administrativa se presenta bajo diversas modalidades, pero a los tipos a los que éstas pueden reducirse son fundamentalmente dos: el Régimen de centralización y el régimen de descentralización.

SERVICIO PÚBLICO

Cuando se habla de Servicio Público, se hace referencia a los Funcionarios Públicos en general y a los mandatarios electos mediante el Sistema Electoral Nacional. Este punto responde a la vocación democrática de interpretar a la función pública, sin hacer distinciones entre cargos con convocatoria oficial y cargos obtenidos en virtud de un acto comicial.

Para ambos tipos de funcionarios rigen las mismas normas, aun cuando las funciones en el marco de los poderes públicos también determinen diferencias en cuanto al status conferido por el cargo. Los cargos políticos siempre son temporales en virtud de que están sujetos a un cierto período electoral. Estos participan en la gestión de gobierno y por lo tanto comparten su destino. Sin embargo, de ello no se desprende para el titular electo o político, que le esté permitido guiarse en sus actos por intereses particulares, sean éstos de terceros o propios, por cuanto ello no sólo lesionaría los principios de deberes de funcionario público, sino también el principio de legalidad, principios ambos a los que el funcionario político está tan sujeto como todos los demás funcionarios públicos. Al igual que en el caso de éstos, sus actos deben ser controlables, es decir deben ser transparentes.

Los servidores públicos tienen que ser idóneos para el cargo en cuanto a su capacidad técnica y personal. Sólo así es posible evitar que las personas que ocupan los cargos sean convocadas en base a sus relaciones personales y no por sus condiciones técnicas y personales. Aun cuando en los aspectos políticos no se pueden excluir siempre, no deberían ser el único criterio para la convocatoria a un cargo público calificado.

Los servidores públicos deben ser remunerados de conformidad con las exigencias que les plantea el cargo y la responsabilidad que se delega en ellos, así como por la formación recibida.

Sólo entonces se puede esperar que el servidor público también se sienta consustanciado con la "causa pública".

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

La satisfacción de los intereses colectivos por medio de la función administrativa se realiza fundamentalmente por el Estado. Para Gabino Fraga la función administrativa, *desde el punto de vista formal*, se define como

"la actividad que el Estado realiza por medio del Poder Ejecutivo", y desde el punto de vista material como "la actividad que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de los actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales"²

Para ese objeto el Estado se organiza en una forma especial adecuada sin perjuicio de que otras organizaciones realicen excepcionalmente la misma función administrativa.

Tal organización especial constituye la administración pública, que debe entenderse *desde el punto de vista formal* como; el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales" y *desde el punto de vista material* como; la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión.

Los órganos de la administración pública son las unidades entre las que se divide la competencia del Estado en materia administrativa y sus titulares son aquellas personas físicas que forman y exteriorizan la voluntad de éste.

Es necesario, entonces, distinguir entre el órgano y su titular, pues mientras el primero representa una unidad abstracta, una esfera de competencia, el titular representa una persona concreta que puede cambiar sin afectar el órgano y que tiene, además de la voluntad que en la esfera de competencia del órgano representa la del Estado, una voluntad dirigida a la satisfacción de sus propios intereses.

Por lo que se afirma que la administración pública es la parte de los órganos del Estado que dependen directa o indirectamente del Poder Ejecutivo; que tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes, su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con: a)

² Fraga Gabino; *LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA*, Ed. IURIS, México 1994, pág. 45

elementos personales; b) elementos patrimoniales; c) estructura jurídica y d) procedimientos técnicos. Sin embargo, la administración pública no es la única función del Ejecutivo, pero la administración es exclusivamente su responsabilidad.

En México, el Poder Ejecutivo es unipersonal y se deposita su ejercicio en el Presidente de la República quien es, al mismo tiempo, jefe de Estado, jefe de gobierno y jefe de la administración pública. Así pues, además de la función administrativa, el Poder Ejecutivo mexicano desarrolla funciones de gobierno y de Estado.

CENTRALIZACIÓN

Existe el régimen de centralización administrativa cuando los órganos se agrupan colocándose unos respecto a otros en una situación de dependencia tal que entre todos ellos existe un vínculo que, partiendo del órgano situado en el más alto grado de ese orden, los vaya ligando hasta el órgano de ínfima categoría, a través de diversos grados en los que existen ciertas facultades.

La relación jurídica que liga a los diversos órganos colocados en la situación que se acaba de describir, constituye lo que se denomina relación de jerarquía.

Mediante dicha relación se explica como se mantiene la unidad del poder administrativo, a pesar de la diversidad de los órganos que lo forman.

En México, el régimen centralizado, constituye la forma principal de la organización administrativa. Su estudio viene a ser el de la organización del Poder Ejecutivo, en cuyas manos se concentra principalmente la mayor parte de la función administrativa.

DESCENTRALIZACIÓN

Gabino Fraga define la descentralización en los términos siguientes:

"Al lado del régimen de centralización existe otra forma de organización administrativa: la descentralización, la cual consiste en confiar la realización de algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración central una relación que no es la de jerarquía" y concluye: "el único carácter que se puede señalar como fundamental del régimen de descentralización es el de que los funcionarios y empleados que lo integran gozan de una autonomía orgánica y no están sujetos a los poderes jerárquicos".³

³ Fraga Gabino; *LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA*, Ed. IURIS, México 1994, pág. 56

La autonomía de los órganos descentralizados presupone no estar sujetos a la administración central, esto es, no estar sujetos a las decisiones jerárquicas de ésta. Dotar de personalidad jurídica y patrimonio propios, a los entes descentralizados es una forma de asegurar en parte esa autonomía, pero falta su autonomía económica consistente en la libre disposición de los bienes que forman su patrimonio propio y en la aprobación y ejecución que hagan de su presupuesto sin injerencia de ninguna autoridad central.

Así pues, el único carácter que se puede señalar como fundamental del régimen de descentralización es el de que los funcionarios y empleados que lo integran gozan de una autonomía orgánica y no están sujetos a los poderes jerárquicos característicos del régimen centralizado en el que las autoridades superiores tienen determinadas facultades con relación a las personas y a los actos de los empleados inferiores.

La insuficiencia de recursos públicos para atender todos los deseos y expectativas confiados por la sociedad al Estado en la búsqueda de eficiencia, nace atendiendo a la substitución del Estado gestor por el Estado orientador de las actividades vinculadas a concretizar el interés general. Fruto del principio de subsidiariedad, la regulación representa la disciplina jurídica de actividad económica privada en segmentos relevantes para el desarrollo social.

No resulta suficiente con un sistema de sanciones que puedan implicar suspensión, destitución e inhabilitación de servidores públicos que no respeten la vocación del servicio público. Creo que todo esfuerzo será inútil si la moral individual no se fortalece, ya que actualmente vivimos una etapa en la que se afirma que la pérdida de valores pareciera ser un signo distintivo de nuestro tiempo. Sin embargo, los valores no se pierden. Lo que podría perderse _y sería grave_, es el interés por alcanzarlos. Este enfoque podemos interpretarlos como un método para llegar a decisiones públicas, adoptadas por políticos sometidos al control y al escrutinio de la sociedad, lo que impide que la capacidad de coacción del Estado sea excesiva.

Administración es una consecuencia natural del estado social, como éste lo es de la sociedad natural del hombre, su naturaleza es un resultado de la comunidad, pues desde el momento en que existe el pacto social hay administración: así es que siempre encontramos la naturaleza, hasta en el despotismo. Es pues, evidente que la administración no toma su principio en convenios humanos, sino que es un fenómeno procedente de la existencia misma de la sociedad, sin que los convenios o leyes sirvan más que para organizarla, es decir, para determinar su modo de existir, pues su existencia procede de los mismos principios que la sociedad".

LA INCLUSIÓN DEL CONCEPTO "ACCOUNTABILITY" O RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La palabra, que no encuentra sinónimo en el español, tal vez por falta de costumbre, puede ser traducida como la transparencia en la gestión pública y la capacidad de rendir cuentas, concepto que ha entrado paulatinamente en las prácticas políticas de la Administración Pública en México. El concepto supera el tradicional de publicidad del acto, toda vez que abarca la agenda gubernamental. El desarrollo de dicho concepto depende de la madurez de la sociedad civil y de la superación de una tradición centenaria por la falta de incentivos y participación popular, características, tanto del modelo autoritario cuanto del clientelismo/populismo, que no se refiere a los reales intereses del pueblo. La implantación del modelo de Contralorías Generales, importado de la gestión pública anglosajona, introduce prácticas de audiencias públicas, para brindar resultados iniciales, tanto por la participación de la sociedad civil junto con el gobierno, como por la conducción de los procesos de rendición de cuentas.

En este sentido, una sociedad civil más madura exige una efectiva participación en la vigilancia del ejercicio del poder público. Su participación no puede ser reducida a la concepción tradicional de ser considerada como consumidora de servicios públicos ofrecidos directamente por el Estado. La existencia de una Accountability democrática constituye una conquista de la sociedad y no una concesión de la clase gobernante, porque ello representa la efectiva capacidad de ejercer un control de la sociedad sobre las actividades de sus representantes y gobernantes.

El desarrollo de los conceptos de participación y transparencia, ha sido ampliado por los conceptos tradicionales de control, al ser desarrollados sobre el aparato del Estado, La implementación de los avances tecnológicos en el área de control, dependen directamente del grado de exigencia y satisfacción de la sociedad para el funcionamiento de la máquina pública, en cuanto fortalece en los ciudadanos una nueva conciencia sobre los asuntos públicos, que presupone la implantación del concepto ofrecido.

EL CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL.

En el presente trabajo de investigación, es conveniente resaltar los conceptos fundamentales que posteriormente serán analizados y confrontados de una manera crítica y analítica, a efecto de justificar jurídicamente, en primer plano se definirá el Delito de Enriquecimiento Ilícito, desde su marco constitucional, así como a partir del artículo 224 Código Penal Federal; y de los principios fundamentales que consagra nuestra Carta Magna en materia penal, puesto que estas cuestiones dada su naturaleza por los derechos tutelados en

las mismas, deben tener relevancia especial y estricta observancia en la práctica cotidiana del derecho.

El Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se denomina “DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS”, en la cual se señalan, los conceptos de servidores públicos al señalarse en su artículo 108 que se reputarán como tales a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Asimismo dicho precepto del Título Cuarto, establece los ámbitos de competencias de las legislaturas, que tendrán a su cargo la expedición de las leyes en materia de responsabilidades, así como la existencia de la figura conocida como la responsabilidad administrativa y el juicio político.

Ahora bien, en el párrafo tercero de la fracción III del artículo 109 constitucional se establece una de las conductas de los servidores públicos cuya comisión implicará una sanción penal además de la sanción administrativa a que se hubiera dado lugar.

En efecto dicho párrafo refiere lo siguiente:

“Las Leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las Leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan”.⁴

En esa tesitura se puede observar, que en el párrafo transcrito se encuentran asentadas las bases generales de la conducta tipificada como enriquecimiento ilícito en el artículo 224 del Código Penal Federal

De ello se podría concluir, que el delito de enriquecimiento ilícito de ninguna manera puede ser inconstitucional, ya que la misma Carta Magna

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, México 2006

regula de manera clara y precisa, las bases generales de la conducta que constituye dicho tipo se debe considerar que la conducta se encuentra tipificada desde la Constitución Federal.

Es de manifestarse, que la conducta típica del Delito de Enriquecimiento ilícito, tiene su fundamento en la Constitución Federal, lo cual es una situación única, en virtud de que no existe otro delito que se encuentre prácticamente tipificado desde los textos constitucionales, máxime que en la especie como se verá en el desarrollo del presente trabajo de investigación, la situación en comento ha servido como fundamento medular para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación declarara que el artículo 224 del Código Penal Federal, no se contrapone con la Lex Legum.

CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Continuando con la conceptualización del Delito de Enriquecimiento Ilícito, cabe hacer mención respecto del artículo 224 del Código Penal Federal, dentro del cual se encuentra tipificado dicho tipo penal.

Artículo 224 del Código Penal Federal:

“Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos”⁵

Incorre en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiriera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma ley, a sabiendas de esta circunstancia.

De lo transcrito podemos desprender que el delito de enriquecimiento ilícito puede conceptualizarse como la conducta consistente en ***que el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.***

⁵ Código Penal Federal, Ed. PORRÚA, México 2005

Dicha conducta, se encuentra complementada por circunstancias específicas que serán analizadas posteriormente, mismas que no se especifican en otra diversidad de delitos que contempla nuestra legislación penal.

A lo expuesto cabe añadir, que de la lectura comparativa del párrafo tercero de la fracción III de la Constitución Federal y del diverso 224 del Código Penal Federal, se advierten notorias similitudes, lo cual como se ha remarcado es una situación singular, ya que si bien es cierto las normas penales tiene su fundamento en la Lex Legum, también lo es que en la especie nuestro máximo ordenamiento jurídico asienta de manera precisa los elementos fundamentales del tipo penal, en virtud de que su fundamento deviene de la propia constitución.

CAPITULO II

III.-ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL MUNDO.

EPOCA ANTIGUA.

En la época antigua, existe poca relativa a la preocupación de los gobernantes, para legislar en pos de moralizar la función o al menos de preservarla de los excesos, los abusos o la corrupción. Sin embargo en la antigua Babilonia, el Rey Hammurabi dictó un Código que autolimitada el poder del Estado, puesto que el rey asumía en si mismo la suma del poder público, por lo que autolimitó sus atribuciones dictando leyes que ponían un freno a los abusos y elevaba al mismo rango de autoridad un cuerpo de normas estrictas.⁶

ROMA.

El Derecho Romano como, como icono principal del Derecho escrito, reviste de suma relevancia en el presente tema de investigación, en virtud que desde entonces se puede apreciar una preocupación por parte los legisladores para regular las conductas que a la postre se les atribuyó el carácter de delitos, en los cuales se atentaba en contra de la seguridad del Estado; estos delitos se encontraban agrupados en una clasificación que se denominaba crimina o judicial pública.

En la Judicial publica se ubicaron dos delitos: el sacrilegum y el peculatus, y se decía que estos ilícitos menoscababan los bienes del Estado. A ello cabe señalarse, que los bienes del Estado eran considerados como bienes sacros, de ahí la trascendencia de la gravedad de los individuos que atentaban en contra de dicho haber, cometiendo las conductas referidas; Por tal razón es que en la llamada Lex Iulia de Peculatus, se preveían diversas disposiciones orientadas a ser castigadas.

Debe resaltarse, que si bien es cierto desde esas épocas existía la preocupación de velar por la seguridad de los bienes del Estado, también lo es que la comisión de dichos delitos no estaba sujeta a lo que hoy es conocida como calidad de sujeto activo, la cual resulta una cuestión sine qua non, necesaria para que se pueda perseguir legítimamente una conducta judicialmente punible; en efecto, según lo disponen nuestras leyes penales, para que una persona pueda ser sujeta a la instauración de un proceso penal por la comisión de un delito en contra de la administración pública, necesita contar con la calidad de servidor público.

Así se encuentra, que en el Derecho romano primitivo la sustracción del dinero público fue particularmente reprobada en razón de que la cosa

⁶ Jorge Luis Villada; DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PUBLICA; ED. Abeledo-Perrot; Ed,1ra.; Buenos Aires 1999; pp. 14 y 15.

sustraída, era considerada como Sacra. De ahí que los incursos en peculado fueran colocados en compañía de los sacrílegos.

La regulación de las conductas mencionadas, encuentra sustento en la preocupación del legislador de perseguir y castigar la corrupción, la cual constituye una de las prácticas que se ha presentado desde los inicios de la humanidad, misma que ha sido desde siempre un obstaculo para el desarrollo de todos los pueblos y naciones.

ESPAÑA.

En España, dentro de las llamadas siete Partidas, se exigía una condición personal especial en el sujeto activo, pues se hablaba del despensero del Rey, y se hacía referencia a la infidelidad de la misma, ya que aquel que realizase las conductas allí descritas “NON FASE FRUTO, PERO FAZE MUY GRAN YERRO, POSPONIENDO LA PRO DE SU SEÑOR POR LA SUYA MESMA

En la Novísima recopilación se vuelve a la protección del patrimonio público, sin exigir calidad especial en el sujeto activo que cometía la conducta ilícita.

Posteriormente tenemos el juicio de residencia, el cual diversas opiniones de expertos en la materia podría concebirse como el antecedente primario de lo que hoy se regula en nuestra legislación como el juicio político; dicho juicio de residencia que daba regulado en la Novísima Recopilación, en los Títulos XII y XIII, Libro VII como se reguló en las Leyes de Indias, para los vastos territorios de la Corona Española.

En la Ley I, de Don Fernando y Doña Juana, en Burgos, año de 1515 fet 7 y Don Carlos I y Doña Juana en Valladolid, año 1523 fet 94 y en Madrid año 1528 expresan:

“Mandamos que los Asistentes y Corregidores de nuestros Reynos, cumplido el tiempo de los dos años que hubieren tenido oficios, hagan residencia y antes, si viéremos que cumple a nuestro servicio, y al bien de la Ciudad o Villa donde estuviere el tal Asistente o Corregidor; y que no puedan ser proveídos por mas tiempo de los dichos oficios, hasta que hagan la residencia, aunque la dicha Ciudad o Villa, donde residen, los suplique (Ley 1.17, Titulos 7, lib 3 R).”⁷

En las XX Leyes de el referido Título, y en las XVI del Título XIII, se dan reglas sobre el juicio de residencia y sobre el procedimiento a seguir, y como

⁷ Cárdenas Raúl. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS; Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, México, Ed. Porrúa, 1982, P. 15.

tratándose de las Leyes de Indias, se disponía que los funcionarios, asistentes, Corregidores, Gobernadores, Alcaldes, Mayores, Tenientes etc., no podrían ser proveídos a otro oficio, mientras su residencia en el Consejo no sea vista, y consultada y exe. Es de resaltarse que el juicio de residencia no era motivo de deshonra para el servidor público sujeto al mismo.

En la Ley VI, escrita en Toledo, en el año de 1525, por Doña Juana, se disponía lo siguiente:

“Mandamos que, cuando quiera que se tomare residencia a los Corregidores y jueces, de nuestros Reynos, que á los que por residencia pareciere que han fecho bien sus oficios, se les diga en el nuestro Consejo, como nos tenemos de dellos por bien servidos, para que así lo lleven adelante en las cosas que mas dellos nos sirviéramos; Y á los que por las residencias pareciere no haber bien de sus oficios, mandamos, que no se les dé otro oficio: y que en las consultas que nos hicieren de las dichas residencias se nos faga relación de los méritos o deméritos, para proveer lo que conviene a nuestros servicios”.⁸

De la transcripción anterior se advierte, que en España ya se tenía contemplada la figura de la sanción administrativa de lo que hoy conocemos por inhabilitación del servidor público para desempeñarse en su empleo cargo o comisión por un periodo determinado.

LA LEGISLACION ARGENTINA.

La peculiaridad del delito de enriquecimiento ilícito es tal, que en los países de la Europa Occidental, así como en los que pertenecen al llamado Derecho Anglosajón o Derecho del Común Law, no encontramos una figura con la cual se pueda efectuar siquiera una lejana analogía, ya que en dichos regimenes jurídicos la represión y la corrupción de un servidor público se persigue a través de otros tipos penales como lo son el peculado, el cohecho, el prevaricato, el tráfico de influencias etc...

Es por ello que la citación de la legislación Argentina reviste singular importancia para nuestro tema, ya que es a dicho país al que se le atribuye la creación del delito del enriquecimiento ilícito.

La historia de este delito se remonta hacia el año de 1936 con el proyecto denominado Corominas Segura, sin embargo la figura del enriquecimiento aparece ya perfectamente delimitada en lo que se denominó

⁸ Cárdenas Raúl. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS; México, Ed. Porrúa, 1982, P. 15.

“Proyecto Peco de 1937. Aunque dicha iniciativa se edita formalmente en 1942 por la universidad de la Plata.

En el referido Proyecto Peco de 1937, se establecieron dos variantes del enriquecimiento ilícito que consistía en lucrar desde el cargo público; la primera era la presunción de enriquecimiento ilícito, que era representada por los acrecentamientos patrimoniales que no provinieran de fuentes específicas, como lo establecía el proyecto en los seis incisos que se transcriben a continuación:

De lo anterior se coligue, que en esa primera vertiente, se incriminaba al que desde su cargo o por la influencia del mismo lucrare. En la Segunda vertiente se incriminaba salvo prueba en contrario, a aquel cuyos acrecentamientos patrimoniales no provinieran de las fuentes específicas de canales de ingresos dinerarios especificados por la propia ley, de los cuales el servidor público pudiera obtener un lucro; es decir se castigaba a aquel servidor público que no pudiera acreditar que el acrecentamiento en su patrimonio devenía directamente de una de las formas que la ley consideraba lícita para que los servidores públicos percibieran ingresos.

Así podemos observar, que la delimitación clara y precisa de la conducta de lo que en la legislación nacional se denomina enriquecimiento ilícito, se ha visto plagada de conflictos, toda vez que no se logró delimitar desde un principio cual era en realidad la conducta que la ley penal tipificaba, ya que con las consideraciones relatadas se podía incluso arribar al supuesto, de que el solo hecho de que un servidor público acrecienta su patrimonio en una actividad distinta a la función pública sea motivo de una sanción penal.

El Doctor Soler consideró, que para que se pudiese integrar el delito de enriquecimiento ilícito, se debía crear una figura fundada en la “*presunción de ilicitud del enriquecimiento*” dada la dificultad práctica para probar en un procedimiento seguido en forma de juicio, hechos concretos de los cuales se desprendiera el deshonesto desempeño de un servidor público cuyo patrimonio se había acrecentado considerablemente, sin que pudiera justificar tal aumento en su haber.⁹

Dicha “presunción de ilicitud del enriquecimiento”, debía oponerse al hecho de que el servidor público impugnado, no pudiera probar la corrección de su incremento patrimonial.

Al respecto se manifiesta, que las vertientes del enriquecimiento ilícito desde pueden ser consideradas contrarias a la generalidad normativa del

⁹ Cárdenas Rioseco Raúl. F. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO; México, Ed. Porrúa, 2001, PP. 24 y 25.

derecho penal, ya que los principios imperantes en materia criminal, se oponen totalmente a que se sancione a partir de una presunción, independientemente de los bienes jurídicos que proteja un determinado tipo penal, ya que en el caso el bien jurídico tutelado es el buen ejercicio de la función pública.

Aun más, si se toma en cuenta que el fin del proceso penal es descubrir la verdad real y no a la verdad legal de lo acontecido, a través de los medios de convicción aportados por las partes, el delito de enriquecimiento ilícito al fundarse en una presunción por mas cierta que esta sea, nunca equivaldrá a la certeza necesaria de la verdad real; de esta forma, es claro que el tipo penal que nos ocupa tiene una naturaleza sumamente peculiar, lo cual también implica que para su comprobación se adopten métodos poco ortodoxos y que incluso para algunos juristas puedan llegar a ser aberrantes.

Posteriormente en 1963, año en el cual la República de Argentina vivía un golpe de Estado en el que el orden constitucional se había roto, por lo que era menester reestablecerlo al costo que fuera, de tal manera que en un Decreto-Ley en el que se asentó ya como norma positiva aplicable el delito de enriquecimiento ilícito. Dicho decreto tuvo una corta vigencia de un año, ya que en 1964 se estableció de forma definitiva y a través del proceso legislativo constitucional el artículo 268 en el que se estableció el tipo penal en estudio.

Es importante referir brevemente, las posturas de los ponentes tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores, ya que en los dictámenes que se elaboraron, hubo quienes se opusieron rotundamente a la inclusión del proyecto del referido artículo 2268, ya que consideraron que se incriminaba una conducta en la cual, existía una notoria e inconstitucional reversión de la carga de la prueba en el proceso criminal, situación que resultaba del todo inaceptable; asimismo la mayoría a favor de la inclusión de tal ilícito, incluso llegaron a jactarse de hacer una innovación extraordinaria, de la cual además no existía antecedente siquiera por analogía en ninguna otra legislación extranjera.

En opinión de los detractores, el Doctor Sebastián Soler fundamentaba la creación de esta figura en la necesidad de limitar la corrupción inmoral de los funcionarios públicos a través de una conducta que aunque se presentaba indeterminada y antipática a la dogmática general penal constitucional, resolvía la dificultad práctica que se presentaba para probar muchos hechos concretos contra funcionarios públicos contenidos en el Código Penal, es decir un sistema aleatorio con el cual se pudieren acreditar otros ilícitos, lo cual es por demás singular, ya que de seguir esta opinión se podría arribar a concluir que el delito de enriquecimiento ilícito no tipifica en sí mismo conducta alguna, sino es un método para descubrir otras cometidas, sin embargo la punición de dicho delito si será independiente de los otros cometidos lo cual no parece constitucionalmente aceptable pues tal afirmación se contrapone a los principios fundamentales del derecho punitivo. Una de las críticas mas duras a

la inclusión del delito en estudio, fue la que formuló el diputado Emilio Jofré, quien aseguró que en el enriquecimiento ilícito se introducían figuras jurídicas distintas de aquellas que regían en materia penal en su país, con lo cual lo único que se podía esperar era que tarde o temprano dicho ilícito fuera declarado inconstitucional.¹⁰

IV.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN MÉXICO

LA ÉPOCA PREHISPÁNICA

El derecho imperante en la América central de la Epoca Prehispánica era sumamente riguroso, dado que incluso en cuestiones civiles se establecían penas extremadamente severas, pues dicha situación era resultado de una larga evolución social y un producto de las creencias, de los hábitos populares y de las circunstancias por las que atravesaron. Gracias a la rigurosidad de su derecho pudieron sostenerse aquellas sociedades en un estado de orden y moralidad en sus relaciones jurídicas, no obstante los vicios radicales de su constitución política.

La eficacia y razón de las leyes penales se manifiestan en las costumbres indígenas. En la materia que nos atañe debe señalarse que el servicio público era una de las actividades mas respetadas y de mas alta envergadura, lo cual también acarreaba una gran responsabilidad al servidor público a tal grado de que dicha actividad estaba elevada al rango de sacra ya que en la mayoría de los casos los servidores públicos eran sacerdotes.

Así pues los funcionarios predominantes eran primordialmente civiles, ocupando el primer lugar después del rey el Cihuacoatl, que era una especie de alter ego de su rey, su gemelo hembra, ya que representaba la dualidad masculina y femenina que existía de origen desde la propia naturaleza. Las funciones del Cihuacoatl eran predominante judiciales; seguía el Tlacaelel, cercenador de hombres, especie de juez superior en asuntos civiles, el cual también emitía sentencias en materia penal las cuales podían apelarse al Cihuacoatl. Otros funcionarios judiciales eran el Exhuahuacatl, el que derrama sangre arañando; el Tlilancalqui, señor de la casa negra cuyos nombres no dejan duda del concepto terrorífico que se tenía de la alta justicia. El Cuauhnochtli y el Huitznahuacatl eran ejecutores de las sentencias de los jueces. El Atempanecatli, señor de las orillas de las aguas, se supone tenía a su

¹⁰ Sancinetti Marcelo A. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO PÚBLICO, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1994, PP. 45, 50 y 51

cuidado los lagos para prevenir las inundaciones, y la provisión de agua en la ciudad.¹¹

Dichos servidores públicos en ocasiones eran pertenecientes a la clase del sacerdocio, por lo que su calidad moral y pública debía ser óptima, de manera tal que si bien no existía un Código que castigara el mal actuar de los servidores públicos, lo cierto era que las sanciones que a estos se les llegaba a imponer, basadas en un altísimo conjunto de costumbres, eran de lo mas severas. Shagun da la noticia de que los casos mas arduos o aquellos en los que se juzgaba a altos personajes y funcionarios públicos, que se sometían al Monarca mismo asistido por un consejo de trece magistrados que se reunían en cámara especial. Asimismo funcionarios especiales conocían de las causas contra sacerdotes, cuyas penas eran verdaderamente severas. Los sumos sacerdotes, Hueiteopixqui o Teoteuctli, nombrados por el Rey designaban a su vez al Teohuatzin, cuya misión era velar por los ritos y la observancia de las ceremonias y la buena conducta de los sacerdotes y funcionarios públicos, así como castigar a los que lo merecían con mayor rigor que a los individuos comunes.¹²

LA EPOCA COLONIAL.

En opinión del Maestro Enrique Díaz Aranda, en nuestra época tanto colonial como independiente, si bien el legislador se ha preocupado por dictar preceptos tendientes a prevenir, en su caso sancionar el enriquecimiento de los funcionarios y empleados que utilizan indebidamente la función pública, la única constante con la que se cuenta para inquirir sobre los antecedentes del delito de enriquecimiento ilícito, es el incremento patrimonial del servidor público, por lo que dichos antecedentes pueden en muchos casos no ser análogos en su totalidad a la tipificación actual del ilícito referido.¹³

Así pues tenemos que durante la Epoca Colonial existieron dos grandes sistemas para sancionar a los servidores públicos que no actuaban con la probidad necesaria para su cargo; estos eran el juicio de residencia y la visita.

El juicio de residencia, se basaba en el procedimiento judicial romano, y tenía la finalidad de garantizar el cumplimiento de las disposiciones jurídicas emitidas por la Corona, con el fin de proteger al Estado y a los particulares. En

¹¹ Esquivel Obregón Toribio; APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO; ED. Porrúa; Ed, 2ra. México 1997; p 167.

¹² Rafael Sánchez Vázquez; GÉNESIS Y DESARROLLO DE LA CULTURA JURÍDICA MEXICANA; ED. Porrúa; Ed, 1ra. México 2001; p. 31 y 31.

¹³ Díaz Aranda Enrique, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO; Ed Cárdenas Editor; México 1999, P.5

un principio dicho juicio sólo era privativo de los jueces, sin embargo posteriormente se aplicación se extendió a todos los servidores públicos.

Los ordenamientos jurídicos que lo regularon fueron los siguientes:

- a).- Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, específicamente la III, destinada principalmente a los jueces.
- b).- El Ordenamiento de Alcalá de 1348.
- c).- La novísima Recopilación, en los Títulos XII y XIII, Libro VII, reforzada por la Pragmática de 9 de junio de 1500.
- d).- La Constitución Política de la Monarquía Española de marzo de 1812.

En caso de que el funcionario residenciado no obtuviera una sentencia favorable, no podía desempeñar ningún otro puesto estatal, lo cual se podría equiparar a la sanción de inhabilitación.

De lo expuesto se advierte que el Estado ponía especial interés, en la actuación del funcionario, sobre todo en los rubros siguientes: a) administración de los intereses hacendísticos; b) cumplimiento de instrucciones, ordenanzas, provisiones y cédulas reales, y c) actos de violencia o atropello a las elecciones eclesíásticas y secuelas de los cabildos y comunidades.

Por otra parte teníamos el procedimiento denominado visita, el cual surge a partir del siglo XVI y en resumen se hacía consistir en una inspección realizada a un organismo público, con el fin de revisar la gestión de los funcionarios que la componen, limitando su poder en beneficio de la Corona y los particulares, además de controlar la corrupción. Dicha figura puede equipararse a lo actualmente se conoce como la auditoría gubernamental, en la que funcionarios de la Secretaría de la Función Pública verifican el actuar de los servidores públicos adscritos a las diversas Entidades y Dependencias de la Administración Pública, sólo que la gran diferencia fundamental entre la visita y la auditoría, era que aquella estaba dirigida a un servidor público en específico, en tanto que la segunda es un acto entre autoridades dirigida a inspeccionar el actuar de las Unidades Administrativas de manera general.

Así tenemos que a través de las visitas se inspeccionaba periódicamente a cualquier funcionario o empleado público quien debía responder en materias específicas.

El procedimiento se iniciaba con la llegada del visitador, quien llevaba consigo las comisiones, poderes, quejas y demás información sobre el funcionario a visitar. A su llegada, siempre imprevista, se daba publicidad con

el fin de allegar información basada en denuncias, interrogatorios de testigos y revisión de libros.

Una vez terminada la visita, el visitador formulaba cargos contra el funcionario o contra todos los integrantes del órgano visitado, quienes al ser notificados formulaban sus descargos.

Posteriormente el *Consejo de Indias* estudiaba el asunto, lo sometía a votación y dictaba la resolución imponiendo sanciones que eran de diferente grado.

De las relatadas consideraciones se puede concluir que en la época colonial el enriquecimiento del funcionario revestía las peculiaridades siguientes: I) existía una disposición expresa que prohibía el enriquecimiento con el fin de evitar cualquier forma de corrupción pública; II) existía certeza jurídica sobre la materia de prohibición; III) la demostración o acreditación de la conducta a través de la cual se incrementaba el patrimonio era irrelevante; IV) sólo estaban sujetos a esta prohibición los miembros de las audiencias V) a través de la visita se hacía efectiva esta disposición; VI) se trataba propiamente de una falta administrativa, y VII) las sanciones impuestas eran estrictamente administrativas.

Existieron otras disposiciones jurídicas para fincar responsabilidad en los funcionarios, a saber:¹⁴

- 1) El proyecto de decreto para hacer efectiva la responsabilidad de los magistrados, jueces y empleados públicos presentados por la comisión de arreglo de tribunales el 27 de enero de 1813.
- 2) El decreto de 24/ de mayo de 1813, que establecía las reglas para hacer efectiva la responsabilidad de los empleados públicos.
- 3) El proyecto de ley referente a la responsabilidad de los infractores de la Constitución, que fue presentado en la sesión del 13 de julio de 1813. En este proyecto se regulaban los delitos contra el Estado, la libertad electoral, la división de poderes y la privación ilegal de la libertad, entre otros.
- 4) Por último, se expide el Reglamento para el gobierno interior de las Cortes de 1813, que regulaba la forma para exigir la responsabilidad de los secretarios de despacho.

Sin embargo, ninguno de ellos contiene alguna disposición que expresamente hiciera referencia al servidor que se enriquecía.

¹⁴ Op. Cit Enrique Díaz Aranda. P 16.

EPOCA INDEPENDIENTE.

Desde la consumación de la independencia (1821) hasta fines de la segunda década del presente siglo podemos observar la falta de continuidad de las constituciones y leyes a que dan origen, obedeciendo cada una de ellas a la tendencia política del momento.

En este contexto, el legislador se preocupó por regular los delitos con mayor tradición, como son el cohecho y peculado. No obstante, mayor atención se dio a los llamados delitos políticos u oficiales, sobre los cuales existen bastantes antecedentes.

Ordenamientos jurídicos sobre

Responsabilidad de funcionarios y empleados públicos (1814-1916)

Orden cronológico de los ordenamientos jurídicos más importantes, referente a la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos:

- I) Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, artículos 212 a 231.
- II) Proyecto de reglamento provisional del Imperio Mexicano de 1822, artículos 78 a 80.
- III) Reglamento del soberano Congreso de 1823, artículos 116 a 123, referentes al modo de exigir la responsabilidad a los secretarios de despacho
- IV) Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 24 de octubre de 1824, artículos 38, 39 y 40(para el Poder Legislativo); 107, 108, 109 y 118 (para el Poder Ejecutivo), y 137, 138 y 139 (para el Poder Judicial de la Federación). Estos ordenamientos se basaban en las disposiciones emitidas por los españoles, sobre todo en la *Constitución de Cádiz* y, por tanto, tenían gran influencia del juicio de residencia. Y no se encuentra disposición alguna en la que se haga referencia a la responsabilidad universal e ilimitada del servidor público. En consecuencia, el servidor que se enriquecía utilizando su función pública no podía ser sujeto de los citados ordenamientos de responsabilidad ministerial.
- V) Quinta Ley Constitucional de 1836, sobre todo al referirse al Poder Judicial.
- VI) *Bases Orgánicas de 1843*, cuyo Título IV trata del Poder Legislativo.
- VII) *Ley Penal para Empleados de Hacienda*, 28 de junio de 1853.
- VIII) *Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana*, de marzo de 1853.
- IX) *Constitución* de 5 de febrero de 1857.
- X) *Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal*, de 3 de noviembre de 1870.
- XI) *Código Penal* de 1872.

XII) *Ley Reglamentaria de los Artículos 104 y 105 de la Constitución Federal*, del 6 de junio de 1896.¹⁵

Ya en el presente siglo encontramos la regulación específica de la figura que nos ocupa. Para ello es necesario efectuar el estudio constitucional que sigue.

LA CONSTITUCIÓN DE 1917

La responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos también fue objeto de regulación en la Constitución de 1917. Entre los artículos más importantes sobre dicha materia se encontraban:

“Artículo 108. *Los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los secretarios del Despacho y el Procurador General de la República, son responsables por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo y para los delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo cargo.*

Los gobernantes de los Estados y los diputados a las Legislaturas locales, son responsables por violaciones a la Constitución y leyes federales.

El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.”

“Artículo 111. *El Congreso de la Unión expedirá, a la mayor brevedad, una ley de responsabilidad de todos los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, determinando como delitos o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, aun cuando hasta la fecha no hayan tenido carácter delictuoso. Estos delitos o faltas serán siempre juzgados por un Jurado Popular, en los términos que para los delitos de imprenta establece el artículo 20.”¹⁶*

Así las cosas, en la Constitución de 1917 se facultaba al Congreso de la Unión para expedir la ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados públicos, en la cual se debían establecer los delitos y faltas oficiales que afectarían el interés público y el buen desempeño de la función pública. Ahora bien, el artículo 16 transitorio señalaba el día primero de septiembre de 1917, para que se emitiera por el legislativo la referida ley, situación que no aconteció, por lo que en muchos casos se fincó responsabilidad administrativa, aplicando directamente la Constitución Política de 1917 en conjunción con la

¹⁵ Op Cit. Enrique Díaz Aranda. P 18 y 19

¹⁶ Op. Cit. Enrique Díaz Aranda. P 20 y 21.

Ley sobre Responsabilidad del 6 de junio de 1896, Reglamentaria de la Constitución de 1857”, situación que acarrearía múltiples problemas, pues sus disposiciones no eran homogéneas.

LA LEY SOBRE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE 1940

Dadas las problemáticas jurídicas relatadas, así como las pertinaces secuelas revolucionarias, las cuales provocaban un sin número de circunstancias impropias dentro de un servicio público que se encontraba continuamente sujeto a caudillismos y a intereses políticos.

Es así como en el año de 1936 el Presidente de la República Lázaro Cárdenas en uso de las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso de la Unión, decretó la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados, dando cumplimiento al mandato constitucional del artículo 111 párrafo 4o.

Sin embargo dicha Ley siguió los lineamientos de su antecesora (Ley de 1896), incurriendo en un sinnúmero de contradicciones con la Constitución de 1917.¹⁷

Es en la exposición de motivos de dicha Ley donde encontramos la incursión de la figura que entonces se denominó ” enriquecimiento inexplicable”. Al respecto se puntualizó por lo siguiente:

“El capítulo de mayor novedad que contiene la Ley es el que se refiere a las investigaciones que deben practicarse y al procedimiento que debe seguirse cuando exista denuncia respecto al enriquecimiento inexplicable de los funcionarios públicos.

Es ésta una delicada cuestión que el Gobierno de la República debe abordar con toda energía, para evitar que se consumen actos de esa naturaleza, que, a la vez que causen graves perjuicios a la economía, desprestigian a la Administración Pública y hieren profundamente el sentimiento popular; pues no debe tolerarse que dentro de un Gobierno Revolucionario que lucha vigorosamente por una equitativa distribución de la riqueza y por mejoramiento, siempre creciente, de las clases populares, se formen al amparo de los puestos públicos, fortunas cuantiosas que no tienen una explicación satisfactoria y sí, en cambio, permiten a quienes las disfrutan, llevar

¹⁷... González Oropeza Manuel, EXPERIENCIA PARLAMENTARIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE SERVIDORES PÚBLICOS (1919-1983), EN LAS RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS; Ed. Porrúa; México 1984. Instituto de Investigaciones Jurídicas. p.93.

una vida de contradicción constante con los principios que se pregonan.

Para la mayor efectividad de esta medida, no se ha atendido exclusivamente al caso en que pueda probarse que el enriquecimiento indebido es fruto de un delito, supuesto este, previsto en otra parte de la Ley y en el cual se observan las reglas relativas a la reparación civil, sino aquellos en los que no es posible lograr la prueba del acto origen del enriquecimiento, a pesar de que la naturaleza de las cosas indique que se ha cometido un hecho delictuoso, bien porque no se haya dejado huella de él o porque el enriquecimiento provenga de otros medios que aunque no constituyen delito, no sean los legítimamente idóneos para adquirir”.¹⁸

De la exposición de motivos transcrita se puede observar, que desde un principio la figura del enriquecimiento inexplicable podía suponerse como contradictoria del orden penal constitucional, ya que para la configuración de dicho enriquecimiento no era necesario que se diera como presupuesto, la comisión de una conducta delictiva que, ni mucho menos la comisión de una de las conductas tipificadas como los delitos de los funcionarios públicos, sino que en todo momento, la razón fundamental para que el enriquecimiento se considerara como falta, era precisamente la imposibilidad de comprobar la fuente del mismo.

Ahora bien, la evidentemente razón de considerar el enriquecimiento inexplicable como una falta administrativa era la afectación que con el mismo se pudiera producir al buen ejercicio de la función pública y al interés social, por lo que con regulación de este tipo se pretendía evitar la corrupción de los funcionarios y empleados públicos, pues las medidas de política criminal habían sido insuficientes para erradicar la corrupción y las conductas indeseables y poco comprometidas de los servidores públicos para con su función.

Dentro de las disposiciones de la Ley en estudio, en el Título Sexto, Capítulo II, denominado “Investigaciones del enriquecimiento inexplicable de los funcionarios y empleados públicos”, se establecía:

Art. 103. Si durante el tiempo en que algún funcionario o empleado público se encuentre en el desempeño de su cargo o al separarse de él por haber terminado el periodo de sus funciones, o por cualquier otro motivo, se encontrare en posesión de bienes sea por sí o por interpósita persona, que sobrepasen notoriamente a sus posibilidades económicas, tomando en consideración sus

¹⁸ Op. Cit.. Enrique Díaz Aranda. PP. 20 y 21.

circunstancias personales y la cuantía de dichos bienes, en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios, dando motivo a presumir, fundadamente, la falta de probidad de su actuación, el Ministerio Público Federal y del Distrito y Territorio Federales, en su caso, deberán atender con toda eficacia y diligencia a las denuncias que se les hagan a este respecto, investigando las conductas del funcionario o empleado de que se trate, quien, por su parte, estará obligado a justificar debidamente la legítima procedencia de dichos bienes. No se tomarán en consideración las denuncias anónimas.¹⁹

Cabe puntualizar que de acuerdo con el referido precepto el enriquecimiento inexplicable del funcionario o empleado público daba lugar a un procedimiento en el que las características fundamentales eran las siguientes:

- I) cualquiera podía realizar la denuncia respectiva.
- II) sólo el Ministerio Público era el órgano facultado para realizar las investigaciones (artículo 103 y 104 *LRFE*);
- III) todos los altos funcionarios, funcionarios y empleados públicos podían ser sujetos a dicho procedimiento de investigación.

VI) era obligación del Ministerio Público investigar con eficacia y diligencia las conductas a través de las cuales se había enriquecido el funcionario o empleado y, en su caso, consignar el asunto al Juez respectivo para que este depurara dicha conducta (artículos 103, 104 y 109 *LRFE*); VI) el funcionario o empleado, por su parte debía justificar la legítima procedencia de los bienes (tal y como ocurre actualmente).

Las sanciones aplicables al funcionario o empleado público que incurría en enriquecimiento ilícito, eran:

- I) La pérdida de los bienes cuya legítima procedencia no justificara plenamente. Así lo disponía el párrafo tercero del artículo 106 *LFRE*.

Como se observa, la figura del enriquecimiento inexplicable, (hoy indudablemente denominada enriquecimiento) presentaba de origen diversas problemáticas que hasta la fecha no se han podido erradicar de una manera clara y concreta que se ajuste plenamente al orden constitucional, y que no deje lugar a dudas entre los gobernados y en específico entre los servidores públicos. Ello es así, el enriquecimiento inexplicable se erigía sobre una presunción de culpabilidad que daba lugar a la posible inversión de la carga de la prueba, contrario al principio del *onus probandi*.

¹⁹ Diario Oficial. 21-II-1940. pp. 14-15.

Asimismo, la omisión de acreditar la legítima procedencia de los bienes que habían incrementado el patrimonio del funcionario o empleado público, era la conducta sancionada en el enriquecimiento inexplicable de la Ley de 1940.

LAS REFORMAS DE 1974 A LA LEY DE 1940

Los artículos relativos al procedimiento de investigación del enriquecimiento inexplicable fueron objeto de reformas, publicadas en el Diario Oficial de 23 de diciembre de 1974, quedando su redacción en la forma siguiente:

*“Si durante el tiempo en que algún funcionario o empleado público se encuentra en el desempeño de su cargo; o al separarse de él por haber terminado el periodo de sus funciones o por cualquier otro motivo se encontrara en posesión de bienes, sea por sí o por interpósita persona, que sobrepasen notoriamente a sus posibilidades económicas, tomando en consideración sus circunstancias personales y la cuantía de dichos bienes, en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios, **dando motivo a presumir fundadamente** la falta de probidad de su actuación, el Ministerio Público Federal o el del Distrito Federal en su caso, de oficio en virtud de denuncia, deberán proceder con toda eficacia y diligencia a investigar la procedencia de dichos bienes; y el funcionario o empleado de que se trate estará obligado a justificar que es legítima”.*²⁰

Con las reformas el Ministerio Público podía iniciar la averiguación previa de oficio y no sólo por denuncia.

Además, con dichas reformas, las investigaciones del Ministerio Público se debían dirigir fundamentalmente a la procedencia de los bienes, sin embargo nuevamente encontramos que el presupuesto para la iniciación de la acción correspondiente era lo que el propio legislador denominó **la presunción fundada** de la falta de probidad en el actuar de un servidor público, cuyo incremento patrimonial fuera notorio, lo cual como se abundará mas adelante, puede importar contradicciones para con el principio de legalidad y de literalidad en materia penal, dadas las connotaciones criminales que dicha conducta revestía independientemente de su calidad de falta administrativa, pues dicha conducta fue incorporada al orden penal hasta 1980.

Sin embargo es importante dejar claro que el orden penal tiene como fin supremo el sancionar conductas a partir de hechos concretos que representen una ofensa a la sociedad, no a partir de presunciones sobre el hecho mismo de la comisión; es decir, no se investiga un delito de homicidio si no se cuenta con la existencia del finado el cual es el objeto material de dicho delito; asimismo no se puede sancionar a partir de presunciones, pues el fin del proceso penal

²⁰ Diario Oficial. 21-II-1974. pp. 25-26.

es el de descubrir la verdad real de los hechos, y no la verdad legal surgida dentro de dicho procedimiento.

LA LEY DE 1980

Al respecto hay poco que apuntar, pues, la *Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados*, del 4 de enero de 1980, siguió los lineamientos fundamentales de su antecesora, la Ley de 1940.

CAPITULO III

EL PROGRAMA DE LA RENOVACIÓN MORAL DE LA SOCIEDAD.

El Licenciado Miguel de la Madrid inspiró su plataforma electoral en siete tesis fundamentales para poder reestructurar al país, las cuales fueron:

- La renovación Moral
- La Planeación
- La Sanción Jurídica de la Rectoría Económica del Estado
- El Fortalecimiento del Federalismo
- La Democratización
- La Descentralización
- El Desarrollo Rural Integral

Haciendo notar pertinentemente la inclusión de programas que se reunieron, y revisaron permanentemente para la intervención en la procuración e impartición de justicia, así como la selección, capacitación y desempeño de quienes en ellas laboraban, para corresponder con objetividad, honradez y eficiencia a las expectativas de la misma, a demás dar una útil orientación global de acciones de estos organismos bajo conceptos integradores que sistematizaran cada vez mejor la operación de todo el conjunto de instituciones, siendo una de ellas el punto central de nuestra investigación la cual es conocida como la renovación moral de la sociedad.

A lo cual dijo:

“...la renovación moral de la sociedad ha sido urgente necesidad política y una enfática demanda popular que requiere del cumplimiento escrupuloso de nuestras leyes, de la intransigencia de todos frente a la inmoralidad pública o privada y de la reacción oportuna contra los fenómenos de corrupción en sus orígenes. Renovación moral significa gobernar con el ejemplo.”²¹

“La renovación moral es la conciencia popular hecha gobierno. Es nuestra creencia en la justicia, en la igualdad, en la dignidad, en el derecho. No puede ni debe estar supeditada al interés de nadie en particular, al afán de lucro personal o gremial a costa del empobrecimiento nacional.”²²

Dentro de los cambios infundidos en la renovación moral de la sociedad se encontraba el anhelo de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores

²¹ México. Secretaría de la Contraloría General de la Federación, RENOVACIÓN MORAL. Cuadernos de renovación nacional. T. IX. Fondo de cultura Económica. 1988. p. 18.

²² México. Partido Revolucionario Institucional. HISTORIA DOCUMENTAL DEL PARTIDO DE LA REVOLUCIÓN (1981-1983). T. 11. 1984. p. 174.

públicos, sobre lo cual destaco el programa; la firma de voluntad de reordenar, depurar y actualizar órganos y procedimientos, ajustando sus actuaciones a las normas aplicables, estrictamente conforme a las respectivas competencias, con reciproco apoyo legal, para lo cual fue necesario la modernización de métodos y recursos así como la incorporación de el esfuerzo de participación de la comunidad en forma organizada y sistematizada.

Al respecto, la renovación moral de la sociedad exige que el Estado asuma tres responsabilidades:

Primera: Que prevenga la deshonestidad en sus relaciones con la sociedad. Para ello, la administración pública debe ser honesta, profesional y eficaz; se deben remover cargas burocráticas que agobien a la sociedad. Es indispensable poner a disposición del pueblo el poder del Estado, para que sea él mismo la gran fuente de protección de sus derechos y de su control sobre la arbitrariedad y la corrupción

Segunda: Que identifique, investigue, procese y sancione con legalidad, eficiencia, severidad e imparcialidad, la corrupción pública y privada.

Tercera: Que utilice todos los medios a su alcance para que la sociedad, en especial la niñez y la juventud, refuercen su formación en los valores fundamentales de la nación y en las responsabilidades individuales y sociales que ellos imponen.

Una vez que el Licenciado Miguel de la Madrid arribó al mando de la Federación, anunció cambios en el sistema de responsabilidades de servidores públicos, que se reflejaron en:

- I) las reformas a la Constitución;*
- II) las reformas al Código Penal;*
- III) la nueva Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos, y*
- IV) la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.²³*

²³ Op. Cit. Enrique Díaz Aranda. P 51 y 51

LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Las reformas a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1982, se encaminaron principalmente a dar nuevos instrumentos al nuevo sistema de responsabilidades, contenido fundamentalmente en el Título Cuarto de la Carta Magna

Al respecto, encontramos las siguientes reformas constitucionales

“Art. 22. ...

*No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuesto o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109”.*²⁴

Con este precepto se terminó con la anticonstitucionalidad de la confiscación de los bienes impuesta al servidor que incurría en enriquecimiento inexplicable en el aumento sustancial de su patrimonio, hipótesis que fue prevista en la Leyes de 1940 y 1980.

Por otra parte, si el servidor que incurre en enriquecimiento ilícito goza de inmunidad, para procederse penalmente en su contra debe realizarse la declaración de procedencia, prevista en el artículo 74 de la *Carta Magna*.

El fundamento constitucional del delito que nos ocupa se ubica en el párrafo tercero, fracción III, del artículo 109 en los términos descritos con antelación.

Así la Carta Magna consagra en ordenar al legislador la regulación de los casos y circunstancias en que se deba considerar de forma penal y relevante el enriquecimiento del servidor público. Empero, el tipo de enriquecimiento ilícito no cumple con dicho mandato constitucional.

El fundamento constitucional del delito que ubicamos se plasma en el párrafo tercero, fracción III, del diverso 109, en los términos siguientes:

Art. 109. ...

²⁴ Orozco Henríquez, José de Jesús. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL, Ed. Gasca Sicco, pp. 110-112.

Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar.

Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo.²⁵

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES A LOS ARTÍCULOS 108 Y 109 CONSTITUCIONALES, PUBLICADAS EN DICIEMBRE DE 1982.

Es de suma relevancia para nuestra investigación, el retomar la exposición de motivos otorgada por el Congreso de la Unión, para realizar las reformas a los preceptos señalados en el año de 1982, ya que a partir de los datos pragmáticos que se expusieron, es posible reconocer en líneas generales sucintas, los objetivos que incumbieron a los rubros básicos de la procuración y la impartición de justicia.

La exposición de motivos de la reforma al artículo 108 constitucional publicada el 28 de diciembre de 1982.

Propuso nuevos principios constitucionales para determinar el alcance personal y federal sobre responsabilidades de los servidores públicos. Para ello fue necesario sujetar a responsabilidades a todo servidor público y asentar un principio general de responsabilidad por el manejo de fondos y recursos federales, para evitar el menoscabo del patrimonio de la Federación.

Son las bases constitucionales para establecer la realización de justicia, asegurada por normas pertinentes, instituciones publicas eficaces y servidores honorables y preparados, lo cual constituye uno de los ideales consagrados por nuestra Ley Fundamental, que compromete decisiones y acciones del Gobierno de la República.

Por ello la reforma jurídica y la impartición de justicia, que recíprocamente se condicionan, ocupan un lugar importante como vinculo para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

²⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, art. 109, ed. Porrúa. 2005

Se propone, de acuerdo con el principio de equilibrio e igualdad de los poderes constituidos, que los magistrados de Tribunales locales, estén también sujetos a responsabilidad por violaciones al Pacto Federal y a sus leyes, como actualmente lo están los gobernadores de los Estados y los diputados a las legislaturas locales.

Por lo que se presenta, junto con la proposición de reforma, del artículo 134 cubrir la laguna sobre las responsabilidades por el uso y manejo indebido de partidas y recursos federales, sujetándolos al mismo principio.

Por lo que se trata de que nadie que maneje recursos económicos de la Federación sea inmune de las obligaciones que se tienen para aplicarlos como es debido, por lo que en esa línea a de acción se trata de perfeccionar la marcha de la instituciones y de exigir el buen desempeño de quienes en ellas prestan sus servicios.

Por lo que debe verse correspondida en la realidad con la comprensión y el trabajo de los servidores públicos y de los particulares, en sus respectivos campos de actuación con un elevado objetivo común.

Debemos descentralizar la vida nacional con base en una responsabilidad eficiente de los gobiernos estatales y municipales para gobernar democráticamente el destino de sus comunidades. por lo que es necesario someter iniciativas de reformas constitucionales consecuentes. Pero es inaceptable, tanto para la renovación moral la sociedad nacional, como para el fortalecimiento de las responsabilidades gubernamentales estatales, confundir la descentralización con una excusa que inmune de responsabilidad por el manejo de fondos y recursos federales.”²⁶

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL PUBLICADA EL 28 DE DICIEMBRE DE 1982.

La Carta Magna consagra la soberanía de los Estados y la libertad de los municipios para gobernar sobre los asuntos dentro sus comunidades locales. De acuerdo con ella, corresponde a los gobiernos estatales y municipales, dentro de sus respectivas competencias, hacer propias las demandas de sus comunidades que exigen prevenir y sancionar la corrupción de sus servidores públicos en abuso de sus funciones y facultades conferidas por el mismo ordenamiento, así como preservar los valores nacionales en sus vidas comunitarias.

²⁶ COMPILA VII.

Respecto a las responsabilidades, la iniciativa propone la eliminación de la confusión derivada de la terminología que estaba enfocada a otorgar un fuero de hecho al distinguir entre "delitos y faltas oficiales" y "delitos comunes".

Se establece la correspondencia a la legislación penal para determinar las sanciones y procedimientos de aplicación por cualquier delito cometido por un servidor público, sea con motivo de su empleo, cargo o comisión o no.

Con ello da una exposición para acabar cualquier forma de tratamiento discriminatorio entre el régimen penal aplicable a los gobernantes y a los gobernados. lo cual no implica que la legislación penal no deba atender la demanda popular para establecer un régimen adecuado para prevenir y sancionar la corrupción de servidores públicos, según lo establecido en el diverso 111 Constitucional.

Por otro lado, se propone el establecimiento de procedimientos alternativos como los políticos y administrativos distintos, y autónomos entre sí para la exigencia las responsabilidades mediante el juicio político sustanciado en el Congreso de la Unión, y mediante un procedimiento administrativo para la sanción del incumplimiento de las obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia a cargo de los servidores públicos, dentro del dos distintos ámbitos de Gobierno.

La iniciativa retoma la necesidad de ubicar procedimientos políticos, penales y administrativos adecuados para la prevención así como la sanción de la corrupción pública, pero por otro lado evitar la confusión entre ellas estableciendo la autonomía de los procedimientos respectivos.

Proponer configurar constitucionalmente el "enriquecimiento ilícito" de los servidores públicos como base de sanción para terminar con cualquier cuestionamiento que existiera sobre el imperativo de su sanción. El régimen actual ofrece bases para pretender combatirla con efectividad por lagunas que permiten el enriquecimiento y por tanto el aumento sustancial con cargo al servicio público, sin la obligación jurídica de la comprobación de los medios obtenidos para dicho enriquecimiento.

La vida social actual muestra que esta deficiencia del régimen jurídico debilita la voluntad política cuando se busca sancionar las conductas corruptas y reintegrar a la sociedad los bienes que se sustraen del patrimonio nacional. Perseguir y sancionar el enriquecimiento ilícito de servidores públicos, cualquiera que sea su fuente, es exigencia ineludible del pueblo.

Como se puede apreciar, la exposición de motivos de la reforma del artículo 109 constitucional está claramente dirigida a ubicar las bases desde la propia constitución, por lo que dentro de la estructura constitucional no existe otra cuestión similar, en la que se ordene la tipificación de una conducta dentro del orden penal.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA AL ARTICULO 224 DEL CÓDIGO PENAL PRESENTADA POR EL EJECUTIVO FEDERAL EN DICIEMBRE DE 1982.

Dada la importancia que vierte en la investigación como punto fundamental retomo la exposición de motivos que presentó el Ejecutivo Federal, de la reforma al artículo 224 del actual Código Penal Federal, la cual fue publicada el 5 de enero de 1983, y constituyó una más de las reformas orientadas a concretar el programa del ejecutivo denominado "Renovación Moral de la Sociedad".

"CC. Secretarios de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Presentes.

Con el presente envío a usted, por instrucciones del C. Presidente de la República y para los efectos constitucionales, Iniciativa de Decreto de Reformas al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

...

La renovación moral de la sociedad no es concebible sin un régimen eficaz para prevenir y sancionar la corrupción del servicio público. Establecerlo es columna vertebral para ese mandato del pueblo.

El ejercicio de la acción penal es el recurso de última instancia con que cuenta la sociedad para protegerse de la inmoralidad que infringe la Ley, que daña sus legítimos intereses y los de sus miembros, Sólo procede cuando han fallado la adhesión convenida a los valores nacionales, la solidaridad con la patria y otras políticas y mecanismos para prevenir la delincuencia. La persecución eficaz de la corrupción de los servidores públicos utilizando su empleo, cargo o comisión, es sólo una parte de la política de renovación moral. Exige antes que nada que la legislación penal contemple como delito de las conductas a través de las que se manifiesta la corrupción pública y establezca las sanciones efectivas para prevenirla y castigarla.

La legislación penal en el ámbito federal y del Distrito Federal fue definida hace más de medio siglo. Hay una gran tarea por delante para actualizarla y modernizarla de acuerdo con las exigencias generales de seguridad pública y de rehabilitación social que surgen del desarrollo del país durante los últimos 50 años. Pero esa tarea futura no puede ser obstáculo para posponer la prioridad impostergable de establecer las reglas penales eficaces a fin de prevenir y sancionar la corrupción de servidores públicos en el México de nuestros días.

Esto es el objeto de esta iniciativa de Ley que reforma y adiciona el Título Décimo del Código Penal, en vigor en el Distrito Federal y que rigen en materia federal.

...

La iniciativa propone tipificar conductas que ostensiblemente sustentan la corrupción pública, pero que hasta hoy han sido soslayadas por la legislación penal vigente. Establece seis delitos nuevos en que puede incurrir la conducta de los servidores públicos: el de 'Uso indebido de atribuciones y facultades' el de 'Intimidación', el de 'Ejercicio abusivo de funciones', el de 'Tráfico de influencias', el de 'Deslealtad', y el de 'Enriquecimiento ilícito'.

...

El delito de 'Enriquecimiento ilícito' sanciona la adquisición de bienes cuyo valor exceda notoriamente el monto de los ingresos de los servidores públicos y cuya procedencia legítima no puede justificar. ...” (SIC)²⁷

Es así, como el Ejecutivo Federal presentó su propuesta de modificación al diverso 224 del Código Penal, siendo que de tal exposición de motivos se demuestra que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, tiene como finalidad principal el sancionar a aquel servidor público, que haciendo mal uso de su cargo, se enriquezca indebidamente perjudicando con ello al buen ejercicio de la función pública, la cual es una cuestión de orden público e interés social.

REFORMA ADMINISTRATIVA.

El decreto presidencial publicado el 29 de diciembre de 1982, reformó y adicionó la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, lo que dio origen a la entonces Secretaría General de la Federación, cuya misión era abatir los niveles de corrupción en el país y dar absoluta transparencia a la gestión y el desempeño de las instituciones y los servidores públicos de la Administración Pública Federal. Entre sus objetivos más importantes se encontraban:

- a).- Prevenir y abatir prácticas de corrupción e impunidad, e impulsar la mejora de la calidad en la gestión pública.
- b).- Controlar y detectar prácticas de corrupción.
- C).- Sancionar las prácticas de corrupción e impunidad.
- d).- Dar transparencia a la gestión pública y lograr la participación de la sociedad. Asimismo en las reformas a la Ley Orgánica de la Administración

²⁷ COMPILA VII.

Pública Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 28 de diciembre de 1994.²⁸

Respecto a la Reforma Administrativa, el Presidente de la República promulgó en fecha 31 de diciembre de 1982 la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, la cual en sus artículos 84 y 85 establece lo relativo a la presente investigación, que es la facultad de la entonces Secretaría de la Contraloría General de la Federación (hoy Secretaría de la Función Pública), para que en caso de que la riqueza de un servidor público sea notoriamente superior a sus ingresos lícitos, y que así mismo pueda ordenar la práctica de visitas de inspección y auditorías. Asimismo se le otorga la calidad de delito a esa conducta para que el mismo sea tipificado por el Código Penal.

Posteriormente el 28 de diciembre de 1994 la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, cambió su denominación por la de Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, y entre sus y entre sus nuevas atribuciones se ubico el crear un registro de declaraciones patrimoniales de Servidores Públicos, asimismo se estableció en el artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, la facultad de dicha Secretaría, para emitir la declaratoria de que el funcionario sujeto a investigación no justificó la procedencia lícita del incremento sustancial de su patrimonio.

Las facultades que corresponden a la investigación de un ilícito, no es indebido ya que esta potestad es única ya que al respecto es ejercida por el Ministerio Público, sin que se convierta en violación al artículo 21 de la Lex Legum, puesto que, la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, hoy Secretaría de la Función Pública, no realiza investigación criminal ni configura los elementos del tipo penal, solo da parte de los hechos al Ministerio Público para que proceda conforme a la ley.

Por lo que se puede observar que la entonces SECODAM, (Hoy Secretaria de la Función Pública) obtuvo la facultad para coadyuvar con el Ministerio Público en el ámbito de su respectiva competencia administrativa, para hacerle llegar, los elementos probatorios con los cuales contara, dada la naturaleza de sus archivos obtenidos por ella.

De las reformas transcritas se puede concluir que tal programa de Renovación Moral de la Sociedad arrojó, un sistema de responsabilidad de los servidores públicos que esta conformado por cuatro vertientes, a saber:

A).- La responsabilidad política para ciertas categorías de servidores públicos de alto rango, por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

²⁸ Baena Paz, Guillermina. ESTRUCTURA SOCIOECONÓMICA DE MÉXICO; México, Publicaciones Cultural, México 1994, Pág. 185.

B).- La responsabilidad penal para los servidores públicos que incurran en delito.

C).- La responsabilidad administrativa para los que falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública.

D).- La responsabilidad civil para los servidores públicos que con su actuación ilícita causen daños patrimoniales.²⁹

²⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Abril de 1996, P LX/96, Pag 128 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ANÁLISIS DEL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL, EN RELACIÓN CON EL DIVERSO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y POSIBLE CONTRAPOSICIÓN CON LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES DEL ORDEN PENAL.

Análisis del Párrafo Tercero de la Fracción III del Artículo 109 Constitucional, desde el punto de vista, de de la tipificación y encuadramiento del delito de Enriquecimiento Ilícito.

Párrafo tercero fracción III del artículo 109 constitucional:

“Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.”³⁰

Primer párrafo del Artículo 224 del Código Penal Federal:

“Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.”³¹

De la lectura del párrafo transcrito del artículo 109 Constitucional, y de su comparación con lo referido en el artículo 224 del Código Penal Federal, se pueden observar coincidencias que podrían desembarcar en la idea, de que la Carta Magna, prácticamente tipifique el delito de enriquecimiento ilícito, lo cual es situación única dentro de nuestra legislación vigente, ya que no existe ningún otro supuesto ubicado dentro de nuestro máximo ordenamiento que ubique los elementos del tipo penal.

Además de lo anterior, cabe hacer mención, que de considerar que dentro de la Constitución una vez ubicado y tipificando el delito del enriquecimiento ilícito, se tendría que aceptar en consecuencia la transcripción que se ha realizado en el Código Penal Federal, resulta de imposible impugnación a través del juicio de garantías, puesto que cualquier argumento que se formulase en sentido que el ilícito se contraponen con las garantías individuales sería válidamente desechado, dada la razón de que el mismo ha sido formulado en términos desde la propia Carta Magna.

³⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, art. 109, ed. Porrúa. 2005

³¹ Código Penal Federal

Aunado a lo anterior, se arribaría a la conclusión, de que todas a aquellas posibles contradicciones que se pudieran desprender de la Constitución, el tipo de enriquecimiento ilícito, no constituyen sino un régimen de excepción de garantías individuales en materia penal, respecto de los servidores públicos que incurran en tal hipótesis.

Hasta la fecha ningún estudioso del derecho en nuestro país se ha dado a la tarea de realizar un análisis de lo que parece ser el único delito que se podría encontrar tipificado desde la propia Constitución, lo cual de manera innegable resulta ser una cuestión sumamente peculiar.

Al respecto nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció el siguiente estudio comparativo entre el precepto constitucional y el precepto 224 ordinario:

Del texto del artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Federal se desprenden los siguientes elementos:

- 1.- Que las leyes secundarias determinarán los casos y las circunstancias en que se deba sancionar penalmente el enriquecimiento ilícito.
- 2.- Que la sanción penal correspondiente recaerá sobre los servidores públicos.
- 3.- Que el enriquecimiento ilícito se dará exclusivamente durante el tiempo del encargo que desarrolle el servidor público.
- 4.- Que el enriquecimiento se dará exclusivamente con motivo del cargo público que se desempeñe.
- 5.- Que el ilícito penal puede darse de manera directa o a través de interpósita persona (un tercero).
- 6.- Que el enriquecimiento ilícito se dará cuando aumente sustancialmente el patrimonio del servidor público, en una forma desproporcionada en relación con los ingresos que obtiene con motivo de su trabajo.
- 7.- Que también se actualizará el enriquecimiento ilícito cuando el servidor público adquiera bienes o se conduzca como dueño de ellos.
- 8.- Que el servidor público no puede justificar la procedencia lícita del aumento de su patrimonio o de sus bienes.
- 9.- Que las leyes penales que se emitan sancionarán el enriquecimiento ilícito con el decomiso y la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las penas correspondientes (privación de la libertad personal).

Asimismo, se advierte que el último párrafo de la fracción III, del artículo en cuestión, prevé que cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia con motivo del delito de enriquecimiento ilícito en que incurra cualquier servidor público (acción popular).

Por su parte el artículo 224 del Código Penal Federal, se puede desglosar de la siguiente manera:

1.- Que se sancionara al servidor público que con motivo de su empleo, cargo o comisión se haya enriquecido de manera ilícita.

2.- Que existe el enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

3.- Que también incurre en responsabilidad penal, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiriera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la propia ley, a sabiendas de esa circunstancia (parientes, familiares, amigos, empleados etc.).

4.- Que las sanciones o penas que se impongan con motivo del enriquecimiento ilícito son las siguientes:

a).- Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

b).- Pena privativa de libertad de uno a cuatro años de prisión, multa de treinta a trescientos días y destitución e inhabilitación de uno a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, si el monto del ilícito no excede del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal.

c).- Pena privativa de libertad de cuatro a catorce años de prisión, multa de trescientos a quinientos días multa y destitución e inhabilitación de diez a veinte años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, si el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente a cinco mil veces al salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal.

Del desglose de ambos preceptos constitucional y legal, se puede desprender que los dos resultan coincidentes en cuanto a su redacción, en virtud de que la Constitución se refiere a que se sancionará penalmente, por causa de enriquecimiento ilícito, a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o con motivos del mismo, por sí o por interpósita persona aumenten sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar; por su parte, el Código sustantivo de la materia señala que se sancionará a quien con

motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito..

Lo anterior se evidencia si se tiene en cuenta los siguientes elementos del tipo penal previstos en ambos preceptos:

Sujeto activo: el servidor público

Sujeto pasivo: la sociedad en general y el Estado (Federación, Estado o Municipio).

Circunstancia de ocasión: con motivo del empleo, cargo o comisión del servidor público.

Conducta: enriquecimiento ilegítimo

Objeto material: la hacienda pública.

Bien jurídico tutelado: la correcta administración del estado y la honestidad de sus servidores públicos.

Resultado: aumento del patrimonio del servidor público.

Así, el Constituyente, atendiendo a la naturaleza del sujeto activo y a la naturaleza de las conductas desplegadas por éste, plasmó en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, una conducta delictiva, esto es, un tipo penal; por tal motivo, lo que hizo en el artículo 224 del Código Penal Federal, fue recoger los elementos integradores de la conducta delictiva descrita en el precepto constitucional de referencia, adaptándolos a lo que ya concretamente corresponde al ámbito de la materia penal.”³².

De seguir el criterio expuesto, que como ya se vio quedó sustentado por el Pleno de nuestro Máximo Tribunal, estaríamos ante el único delito tipificado en la Constitución al precepto 109 de la misma, únicamente le hace falta el elemento punitivo, sin embargo la realidad es que tal situación convierte al precepto 224 del Código Penal Federal en ininapugnable.

³² Ejecutoria dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de Revisión, en el Toca R.A. 1293/2000; PP. 406-409

ANÁLISIS DE LA REDACCIÓN DEL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE QUE DICHO PRECEPTO, ÚNICAMENTE ESTABLECE LAS BASES GENERALES EN LOS QUE SE BASÓ EL CÓDIGO PENAL FEDERAL, PARA REGULAR EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

Contrario a lo anterior, la peculiaridad del párrafo tercero de la Fracción III del artículo 109 Constitucional, puede entenderse desde el punto de en donde dicho precepto únicamente concreta las bases y proporciona los elementos generales para que a su vez, el legislador redacte los elementos el tipo penal del delito del enriquecimiento ilícito.

Dicha postura es entendible, si se considera, que no existe ningún precepto constitucional que se concrete a tipificar un ilícito, sin embargo resulta evidente la similitud existente entre el texto de la Carta Magna y el texto del artículo 224 del Código Penal Federal como se describe a continuación:

La Constitución sólo enmarca las bases generales que el legislador debe seguir para redactar el delito enmarcado en la investigación, entonces cabe la posibilidad de que el mismo se impugnable a través del amparo, en tanto se contraponga a esas bases; sin embargo la problemática persiste ya que la realidad de las cosas, es que desde la propia redacción Constitucional se advierten las posibles contraposiciones de un ilícito, con las garantías individuales imperantes en materia penal.

En efecto se puede considerar, que el artículo 109 de la Constitución Federal no tipifica ningún ilícito penal por no ser su objetivo, sino que lo único que hace es establecer diversas obligaciones para los legisladores Federales y Locales, como son: expedir las leyes de la responsabilidad de los servidores públicos; expedir las normas conducentes para sancionar a quienes siendo servidores públicos incurran en responsabilidad; establecer las leyes que determinen los casos y circunstancias en que deba sancionarse a los servidores públicos por causa de enriquecimiento ilícito, durante el tiempo de su encargo o con motivo del mismo, cuando no puedan los servidores públicos justificar la procedencia de sus bienes; que las leyes penales sancionen ese delito con el decomiso o privación de la propiedad de los bienes; *mas no establecer ningún régimen de excepción a las garantías individuales ni modificar el sistema acusatorio previsto en los artículos 21 y 102 de la Constitución Federal, que obliga al Ministerio Público a probar la responsabilidad de los inculpados.*

En tal virtud, podríamos afirmar que el artículo 109, fracción III, tercer párrafo, de la Constitución sólo obliga a los legisladores a tipificar y sancionar el enriquecimiento ilícito; situación que de ninguna manera implicaría, encontrarnos frente a una situación excepcional en donde la propia Carta Magna se encuentre tipificando una conducta ilícita.

Ahora bien, debemos tener sumamente en cuenta, y no perder de vista, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la Ley Suprema del País, por lo que nada ni nadie puede estar en contra de sus principios.

CAPITULO IV

SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE LA SECRETARIA DE LA FUNCION PÚBLICA, ANTERIORMENTE SECRETARIA DE CONTRALORIA Y DESARROLLO ADMINISTRATIVO.

La Secretaría de la Función Pública, anteriormente denominada Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, es la Dependencia del Ejecutivo Federal que tiene a su cargo la vigilancia del circunspecto desempeño de la Función Pública, y quien a través de sus Órganos de Control Interno podrá perseguir las conductas que sean motivo de Responsabilidad, en términos de las leyes aplicables a cada caso concreto.

En decreto presidencial publicado 29 de diciembre de 1982, a través del cual se reformaron y adicionaron diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fundamentalmente el Título (artículo 108 a 114), así mismo se reformó y adicionó la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se creó la entonces Secretaría de la Contraloría General de la Federación, cuya principal finalidad era prescribir la corrupción que había caracterizado al Sistema Político Mexicano. Así como el que la sociedad tuviera confianza y credibilidad en la Administración Pública Federal.

Entre sus objetivos más importantes se encontraban:

- a).- Prevenir y abatir prácticas de corrupción e impunidad, e impulsar la mejora de la calidad en la gestión pública.
- b).- Controlar y detectar prácticas de corrupción.
- c).- Sancionar las prácticas de corrupción e impunidad.
- d).- Dar transparencia a la gestión pública y lograr la participación de la sociedad.

De acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 32 bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal se desglosan las siguientes que son acordes al tema las cuales consisten en :

“ARTICULO 32 BIS.- A la Secretaría de la Contraloría General de la Federación corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

- I. Planear, organizar y coordinar el sistema de control y evaluación gubernamental. Inspeccionar el ejercicio del gasto público federal y su congruencia con los presupuestos de egresos;
- II. Expedir las normas que regulen el funcionamiento de los instrumentos y procedimientos de control de la Administración Pública Federal. La Secretaría, discrecionalmente, podrá requerir de las dependencias competentes, la instrumentación de normas complementarias para el ejercicio de facultades que aseguren el control;

III. Vigilar el cumplimiento de las normas de control y fiscalización, así como asesorar y apoyar a los órganos de control interno de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;

IV. Establecer las bases generales para la realización de auditorías en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como realizar las auditorías que se requieran a las dependencias y entidades en sustitución o apoyo de sus propios órganos de control;

XV. Recibir y registrar las declaraciones patrimoniales que deban presentar los servidores de la Administración Pública Federal y verificar y practicar las investigaciones que fueren pertinentes de acuerdo con las leyes y reglamentos;

XVII. Conocer e investigar los actos, omisiones o conductas de los servidores públicos para constituir responsabilidades administrativas aplicar las sanciones que correspondan en los términos que las leyes señalen, y en su caso, hacer las denuncias correspondientes ante el Ministerio Público prestándole para tal efecto la colaboración que le fuere requerida;

XVIII. Vigilar el cumplimiento de las normas internas de la Secretaría, constituir las responsabilidades administrativas de su personal aplicándole las sanciones que correspondan y hacer al efecto las denuncias a que hubiere lugar, y....”

De las fracciones citadas, se advierte la relevancia que para nuestro tema tiene la entonces Secretaría de la Contraloría General de la Federación, hoy Secretaría de la Función Pública, toda vez que es dicha dependencia quien tendrá las facultades de sancionar administrativamente, la cual no estaba antes prevista constitucionalmente, para proceder por aquellos actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, resaltando que la lealtad que demanda dicha fracción se refiere hacia las instituciones jurídicas del Estado, así como de emitir en términos del artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y del artículo 46 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

De lo expuesto tenemos que el sustento constitucional de la hoy Secretaría de la Función Pública (antes Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo), lo tenemos en el artículo 71 fracción 1, que faculta al Presidente de la República para presentar iniciativas de leyes o decretos y en el diverso 90, así como establecer las responsabilidades y sanciones administrativas

A lo cual es necesario también resaltar un concepto fundamental para el tema en desarrollo como lo es el de “Fiscalización”, a lo cual ello se refiere a una acción por medio de la cual se evalúan y revisan las acciones de gobierno considerando su veracidad, razonabilidad y apego a la Ley.

Se trata de analizar el fondo y contenido de lo que esta simple definición se considera, se encuentra que cubre, en términos generales, todos los aspectos importantes de lo que es la función de fiscalización como se entiende y conoce dentro del sistema legal mexicano, lo cual implica:

- Motivar una acción, es decir el hecho o ejecutar una serie de movimientos, ejercicios o trabajos.
- Evaluar y revisar para que existen estas acciones, debe suponerse la existencia de documentación, información, bienes, derechos y obligaciones, cuales quiera que sea su naturaleza así como sistemas y mecanismos por medio de los cuales como móviles de constructores de ejercicios planificados previamente en los planes y programas, para después traducirse en documentos gráficos.
- La evaluación y revisión pueden llevarse a efecto de de las siguiente formas como son:
 - Estudio, analisis y evaluación de documentos e informes
 - Estudio, analisis y evaluación de mecanismos y procedimientos
 - Estudio, analisis y evaluación de hechos y operaciones.

Todo ello en referencia a situaciones concretas tales como:

- Acciones de gobierno: debiendo entenderse como tales, aquellas actividades que el representante de una institución gubernamental ejecuta en razón de su existencia y que puede resumirse en:
 - obtención de ingresos y recursos necesarios para hacer frente a sus funciones.
 - administración y ejercicio o gasto de dichos recursos, aplicándolo en forma congruente y eficiente en la prestación de servicios.
 - administración de bienes y recursos.
- Veracidad y Razonabilidad: conceptos que representan los requisitos mínimos que deben atender en las acciones de gobierno.
- Apego a la Ley: al respecto conviene destacar que en todo gobierno los requisitos, mecanismo, instrucciones, mandato y controles, se encuentran plasmados y contenidos en una normatividad que abarca las leyes, reglamentos, decretos y acuerdos de carácter general los que se completan con ordenamientos expedidos en forma interna por lo órganos que integran el Gobierno Federal.

La función Principal de la Secretaria de la Función Pública (antes SECODAM) es revisar y ejercer sobre las acciones que realizan las dependencias y entidades e la Administración Pública tanto centralizada como paraestatal, vigilando la actuación de los funcionarios y empleados que la integren.

CIRCUNSTANCIAS POLÍTICAS QUE MOTIVARON AL LEGISLADOR A TIPIFICAR EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

En el año de 1982 aquejaba a México una de las más severas crisis económicas, propiciada sobre todo por la excesiva canalización de recursos económicos, es claro que los funcionarios que recibían dinero por fuera del sistema legal vigente cometían delitos que debían ser juzgados, lo cual no ocurría, puesto que no existía un sistema ni procedimientos determinados para cada caso.

Efectos como la devaluación del peso frente al dólar, con la consiguiente alza de precios y la disminución del nivel de vida de la población; la decreciente producción agrícola, el desempleo y la fuga masiva de capitales, fueron claro ejemplo de la nueva situación económica del país.

El anterior secretario de programación y presupuesto (Miguel de la Madrid Hurtado), fue postulado como candidato presidencial del Partido Revolucionario Institucional. La aversión a los servidores públicos, a quienes se imputaba la situación económica por la que atravesaba el país, constituía el mas grande obstáculo para asegurar su triunfo en las elecciones, y el postular a el anterior secretario fue un arma eficaz que utilizaron sus contendientes como estrategia política a fin de desvirtuar la credibilidad ciudadana en dicho Partido.³³

En conclusión, debe manifestarse que las circunstancias políticas que imperaban en el año de 1982, constituyeron una justificación histórica y real, para realizar las reformas constitucionales, administrativas y penales, que motivadas por la llamada “Renovación Moral de la Sociedad”, las cuales fueron propuestas por el presidente entrante a la presidencia de la República el Licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, haciendo referencia concretamente a la tipificación voluntaria o involuntaria del delito de enriquecimiento ilícito desde la Carta Magna. Sin embargo, de todos es conocido que las circunstancias políticas actuales son sumamente diversas, y que dada la alternancia en el poder y la pluralidad del origen político de los servidores públicos, tales como representantes de elección popular, funcionarios del Poder Judicial Federal y del Ejecutivo Federal, por lo que la aplicación de sanciones a servidores públicos pudiera servir de ejemplo para que los demás no incurrieran en

³³ Enrique Díaz Aranda Op. Cit. pp, 46 y 47

conductas indebidas y la Administración Pública Federal cumpliera con su función primordial que es el correcto desempeño de las responsabilidades asignadas, respecto de su adecuación a los principios generales del orden penal.

Al respecto creo conveniente hacer referencia a lo expresado por el Lic. Miguel de la Madrid Hurtado, en relación a la serie de reformas que tuvieron como origen el programa de renovación moral:

“El pueblo de México sabe que es a través del Derecho como debe plantearse y llevarse a cabo un proceso ordenado de cambio, transformación y evolución social, ya que sólo las sociedades fosilizadas o decadentes pueden considerar que las leyes son estáticas o inmutables, y por ello, convertirse en comunidades pasivas o conformistas.”

“...”

“La Nación Mexicana ha encontrado siempre en nuestras instituciones jurídicas a la vez que una fuente y testimonio histórico, un proyecto nacional viviente y en permanente evolución y perfeccionamiento.”

“La renovación ordenada de la sociedad, ha contado en todo momento con el vigor de nuestras instituciones y la fortaleza de los mexicanos, quienes han demostrado su solidaridad para enfrentarse a las circunstancias difíciles, adversas y en ocasiones críticas que ha afrontado el país para, con entrega y capacidad de respuesta, defender los intereses vitales de la Nación.”³⁴

PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA INTEGRAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

Desde que el hombre se organizó en sociedad, ha sido preocupación constante que las autoridades que los representen se rijan por el respeto a la normatividad existente con la finalidad de que no cometan abusos en el desempeño de sus funciones o cargos, existen al respecto pocos pronunciamientos y opiniones al tema en comento, sin embargo a fin de entrar en materia es conveniente referir que en el año de 1995, el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, emitió un criterio Jurisprudencial, tendiente a marcar ciertas reglas para que el Ministerio Público puede acreditar la comisión del delito de enriquecimiento ilícito; dicho criterio a la letra señala lo siguiente:

“ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, DELITO DE, PROCESO PARA DETERMINAR EL. Un proceso lógico para concluir que un servidor público se ha enriquecido ilícitamente, consiste en determinar previamente con qué bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a éstos el total de sus ingresos recibidos por el desempeño de su función, así

³⁴ El Marco Reglamentario Para el Cambio, Diciembre 1982-Noviembre 1985, Tomo 1, Miguel de la Madrid Hurtado; Dirección de Documentación y Publicaciones, pp. 2 y 3.

como todos los demás recibidos por cualquier concepto, llámense premios, donaciones, herencias, préstamos y otros similares, tomándose en cuenta además aquellos factores económicos que tiendan a aumentar o disminuir el valor, como podrían ser la plusvalía, devaluación de la moneda o el proceso inflacionario. Después de esto deberán cuantificarse los bienes con que cuenta actualmente, y una vez obtenidos los resultados de ambas operaciones hacer una comparación entre éstas para poder establecer si existe alguna diferencia a su favor, y en su caso, si constituye un enriquecimiento ilícito, si se prueba que la obtuvo con motivo del empleo, cargo o comisión del servicio público, o si éste no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, conforme lo exige el artículo 224, del Código Penal Federal.³⁵

Ahora bien, que por la forma de redacción del delito de Enriquecimiento Ilícito, el Ministerio Público se encuentra en una crisis fatal para integrar los elementos del tipo penal, integración que se basa en presunciones y en actuare que no son comunes en la investigación de otros delitos.

Así pues, de la lectura de la Jurisprudencia citada se puede advertir que en la integración del delito en estudio, el Ministerio Público se encuentra obligado a probar las siguientes cuestiones:

- 1.- Que el sujeto activo es servidor público.
- 2.- Que contaba con ciertos bienes antes de empezar su cargo.
- 3.- Que la suma de dichos bienes y de los ingresos recibidos por el desempeño de su función, no corresponden a los haberes que en un supuesto de normalidad deberían obrar en el patrimonio del servidor público.
- 4.- Que se sumen los demás ingresos recibidos por el sujeto activo, por cualquier concepto, siempre y cuando se demuestre su licitud.
- 5.- Que cuantifique los bienes con que cuenta actualmente.
- 6.- Realizar la comparación entre los resultados obtenidos, para poder establecer si existe una diferencia a su favor.
- 7.- Que el sujeto activo no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio.

En este contexto, resulta que el Ministerio Público se encuentra obligado a demostrar, que se reúnen los requisitos para la configuración del ilícito, entre

³⁵ Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XV-II, Febrero de 1995, p. 333 Tesis: IV.3o.130.

los que se encuentra que el sujeto activo incumplió con la obligación constitucional de acreditar el aumento lícito de su patrimonio, sin embargo no se le impone la obligación de comprobar con plenitud que el origen de dicho enriquecimiento fue el deshonesto ejercicio de la función pública, de lo cual deviene la incertidumbre respecto de si esos actuantes en realidad representaron un detrimento en los recursos públicos, o simplemente constituyeron impropias conductas del servidor público.

Así el Ministerio Público, debe demostrar simplemente que el servidor público, cometió un ilícito por abstenerse de hacer lo que debía ejecutar, pues la subsidiariedad del tipo no permite que la prueba del nexo causal, entre el cargo público o las funciones propias de éste y el enriquecimiento no justificado sea directa, porque entonces “se estructuraría no el tipo subsidiario del enriquecimiento, sino cualquiera otro de los tipos principales ya nombrados”.³⁶

La ocultación de la fuente de donde proviene el dinero es total en el comportamiento del enriquecido.

Cierto es que el enriquecido, no deja tantas huellas materiales que apunten al delito, como sucede con el homicida, pero propicia objetividades que impresionan mentalmente. En el homicidio, por ejemplo, la fuerza muscular deja huellas y predomina; en cambio en el enriquecimiento, generalmente las huellas no son estampaciones de la acción, por ello, exige un gran empleo de las reglas de la experiencia.³⁷

Así pues, la única manera de mostrar el enriquecimiento ilícito, es desafortunadamente a través de las presunciones “iuris tantum”, pues si en el caso existiera una prueba directa que acreditara la comisión del delito de peculado, no sería necesario acreditar el enriquecimiento ilícito, pues de condenarlo por aquel delito que con precisión se le demostró.

Sin embargo en el caso, ello no es posible pues es a partir de una realidad incierta, que obliga al Ministerio Público a recurrir a vestigios, huellas, rastros, manejados con la utilización de las reglas de la experiencia, que le permitan en su caso establecer si hubo o no enriquecimiento ilícito, constituyendo tal situación una prueba presuncional, a partir de la cual se cimienta una investigación procesal, dudando desde un principio sobre la inocencia del inculcado, situación que no debería de suceder.

Para el Dr. Jairo Parra Quijano, el comentario de que de poder “penetrar la disposición espiritual” de una persona a través de objetividades, también quizá con una menor dificultad, estamos en disposición de establecer el nexo causal entre el cargo público y el enriquecimiento a partir de objetividades que nos permitan inferirla. “La razón permitirá decir si la

³⁶ Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal, Volumen II Número 21-22 1997, Artículo “ALGUNOS ASPECTOS PROBATORIOS DEL ENRIQUECIMIENTO ILICITO”, Dr. Jairo Parra Quijano, pag. 139.

³⁷ Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal, Volumen II Número 21-22 1997. Pag. 141.

interpretación que se haga resulta avalada por objetividades y reglas de experiencia, o si por el contrario deviene en arbitraria.”³⁸

Ello significa que la dificultad en la investigación e integración del delito de Enriquecimiento ilícito, se supera (simplista y parcialmente), por el hecho de que el enriquecimiento se “delata” pues el servidor público “muestra” los dineros que adquiere.

Continúa afirmando el Doctor Parra Quijano, que quien se enriquece generalmente se delata, se traiciona en alguna forma: compra muebles e inmuebles, realiza viajes, abre cuentas corrientes, obtiene tarjetas de crédito; mejora las condiciones económicas de sus parientes más cercanos; disminuye los pasivos, etc.

Consecuentemente tenemos, que el Ministerio Público se encontrará seguramente con las negaciones del inculpado, como la de “no haberse enriquecido utilizando ilícitamente la función”, con lo cual estaría afirmando, que se tiene una fuente ilícita de enriquecimiento, lo cual es una afirmación definida, que obliga al inculpado a demostrar la actividad y los rendimientos lícitos.

Las distintas explicaciones que dé el implicado deben ser verificadas por el Ministerio Público, de una forma superficial a fin de acreditar simplemente que las explicaciones dadas no permiten justificar el enriquecimiento, o por el contrario resultan en el mejor de los casos mentirosas, lo cual genera sólo una presunción que tipifica por sí misma el enriquecimiento ilícito, pues es de suponerse que todo aumento patrimonial lícito debe tener una fuente que por ende permita explicarla sin mayores dificultades.

Ahora bien, en caso de que el inculpado se niegue a dar explicación alguna, el Ministerio Público se enfrenta a una nueva problemática, pues teniendo establecido en incremento patrimonial, habrá que verificar si con los salarios o con las demás actividades lícitas que aparezcan probadas sea posible que se de ese incremento.

Al respecto el Doctor Jairo Parra Quijano refiere que en caso de que esa búsqueda no permita identificar la fuente del aumento patrimonial, se habrá capturado un indicio del enriquecimiento ilícito, ya que las reglas de la experiencia, manejadas bajo el yugo de la racionalidad, nos indican que si la persona tiene una fuente ilícita de enriquecimiento no hubiera adoptado la actitud anterior.³⁹

En ese sentido el Ministerio Público, deberá hacer algunas indagaciones sobre el manejo de la prueba presuncional, pues es claro que esta no es más que un hecho, un signo, o un acontecimiento, que debidamente probado en el proceso,

³⁸ Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal, Volumen II Número 21-22 1997. Pag. 141.

³⁹ Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal, Volumen II Número 21-22 1997. Pag. 142.

y con el empleo de las reglas de la experiencia, nos parece mostrar el hecho fundamental que interesa para la investigación.

Por lo tanto, con base en esa presunción, debemos entender que si un servidor público se enriqueció utilizando una fuente lícita, le será fácil mostrar la habilidad que tiene para otras actividades y podrá desvalorizar las imputaciones que se le atribuyen.

No resulta lógico y racional suponer que quien tiene una fuente lícita para aumentar su patrimonio no la pueda explicar; sin embargo ello no implica que sea válido dejar esa responsabilidad al inculpado, cuando el Ministerio Público es el encargado de acreditar los elementos del tipo penal.

Como se ve el incremento patrimonial es sintomático, despierta explicaciones y las explicaciones que son hechos en teoría, se conectan con el incremento patrimonial y lo desvanecen.

De esa forma, el Ministerio Público tiene hechos que observa, que captura, y que complementa utilizando las reglas de la experiencia, por ejemplo, cuando se dice por un inculpado de enriquecimiento ilícito, que le prestaron un dinero, sin plazo para devolverlo, sin intereses, sin ninguna garantía ni siquiera la quirografaria, el Ministerio Público estará en posibilidad válida de afirmar que eso no es normal en el tráfico jurídico y la conclusión sería la integración de dicho Tipo penal.

Cabe manifestar, que si bien no se puede pretender clasificar los indicios, que dan lugar a las referidas presunciones ya que cada averiguación previa es sumamente diversa, los que a continuación se refieren, son aquellos que más frecuentemente se presentan en los procedimientos de investigación

- Los ingresos ilícitos no le permiten ese incremento: Debe aparecer probado que no es posible, con los ingresos ilícitos que recibe, obtener ese incremento. Ese hecho nos está mostrando que debe existir una fuente distinta a esos ingresos (regla de la experiencia)

- Incremento patrimonial: Debe estar demostrado el incremento patrimonial. Probado ese hecho se tendrá que utilizar la regla de la experiencia que indique que todo incremento patrimonial debe tener una causa.

- Mala justificación: Surge de la manera como el acusado del enriquecimiento ilícito explica su incremento patrimonial. Si su justificación es plausible y es comprobada hace desaparecer el indicio y prácticamente la comisión del delito que nos ocupa; en caso contrario o cuando resultan poco veraces refuerzan la tonalidad de los otros indicios.⁴⁰

⁴⁰ Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal, Volumen II Número 21-22 1997. Pag. 148 y 149.

Asimismo estos indicios se apreciarán en la forma siguiente:

Teniendo en cuenta su gravedad: Es decir teniendo en cuenta su mayor tonalidad, la cual surge de la idoneidad que tenga para hacer probable el hecho investigado “enriquecimiento ilícito”.

Se aprecian en conjunto: Esto significa que los indicios se deben unir íntimamente como formando un tapiz. Dentro del conjunto es que adquieren significación. Unos afectan a otros dándoles mayor significación y viceversa. El incremento patrimonial, tiene colorido, pero a su vez le da mayor tonalidad a la mala o no justificación y viceversa.

Apreciando su concordancia: Como se trata de reconstruir un acontecimiento, los hechos indicadores son parte de un todo. Si efectivamente, hacen parte de un todo deben ensamblar para constituir un hecho “natural, lógico, coherente.

Su convergencia: Los hechos anteriores junto con las reglas de la experiencia, concurren a un mismo punto, obligan a la razón a concluir que el servidor público se enriqueció utilizando en de manera ímproba la función pública.⁴¹

POSIBLE CONTRAPOSICIÓN CON EL PRINCIPIO ACUSATORIO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 21-A Y 102-A CONSTITUCIONALES.

Al respecto debe resaltarse en primer término que en el desarrollo del procedimiento penal, se ha observado la alternancia de dos sistemas: El acusatorio y el Inquisitivo.⁴²

Así , los elementos esenciales del principio acusatorio consisten en que un órgano del Estado, entre nosotros el Ministerio Público, ejercite y sostenga la acción penal y la separación que debe existir entre el órgano que acusa y el órgano que juzga cuestiones que se desprenden de las garantías contenidas en los artículos 16 y 21 constitucionales.

Además este principio abarca o comprende los llamados principio de contradicción, prohibición de indefensión, derecho de conocer de la acusación formulada y deber de correlación entre la acusatoria y la sentencia, derechos

⁴¹ Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal, Volumen II Número 21-22 1997. pp. 149 y 150.

⁴²Cárdenas Rioseco Raúl. F. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO; México, Ed. Porrúa, 2001. P. 43

fundamentales, mismos que se deben respetar invariablemente en todo proceso penal.

Así las cosas, si el proceso acusatorio lleva implícito, como sostiene la doctrina, el derecho de defensa y el conocimiento de la acusación, además de los artículos 21 y 102 constitucionales, debe mencionarse, como otro fundamento del principio acusatorio, las fracciones relativas del artículo 20 constitucional.

Entre nosotros la litis se establece en el auto de formal prisión, sin que sea factible que las sentencias abarquen o se refieran a hechos que no fueron motivo de dicho auto, ya que es en éste donde se fija el tema del proceso, o como dice el maestro Ribera Silva “el delito por el que debe seguirse el proceso, permitiendo así que todo desenvolvimiento posterior (defensa, acusación y decisión se desarrolle de manera ordenada)”.⁴³

De lo anterior tenemos, que el párrafo tercero de la fracción III del artículo 109 constitucional, así como el diverso 224 del Código Penal Federal, pueden resultar contradictorios del principio de acusación relatado, pues de acuerdo con los artículos anteriores, corresponde únicamente al Ministerio Público Federal, investigar y perseguir ante los Tribunales, todos los delitos del orden federal.

Ahora bien, de la confusa redacción de los preceptos 109 y 224 referidos, se podría arribar a la conclusión de que en este delito, quien investiga no es el Ministerio Público, sino la hoy Secretaría de la Función Pública, la cual determina a través de presunciones, según la propia lectura de los artículos 84 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y 41 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, a qué funcionario se le han detectado signos riqueza ostensibles y/o notoriamente superiores a sus ingresos lícitos, procediendo esta autoridad a requerir que se justifique el origen del patrimonio, para que de no justificarse se emita la declaratoria prevista en los artículos 90 y 46 de los ordenamientos legales invocados respectivamente.

En ese sentido, el Maestro Raúl F. Cárdenas Rioseco ha afirmado que con el sólo hecho de que ante la Secretaría de la Función Pública no se acredite el origen lícito del patrimonio ostensible, se configura el delito de enriquecimiento ilícito, formulándose la declaratoria a la que se refiere el artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y precluyendo la oportunidad de justificar la procedencia de dichos bienes.⁴⁴

De aceptar lo expuesto, sería evidente que las facultades de investigación, por lo que se refiere al delito de enriquecimiento ilícito, se le otorgan a una entidad administrativa, violándose flagrantemente los artículos 21 A y 102 A Constitucionales, pues si el delito se configurara por el hecho de no justificar, ante dicha Secretaría, no sería posible que se diera la

⁴³ Ribera Silva, Manuel, EL PROCEDIMIENTO PENAL, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 1970, p. 166.

⁴⁴ Raúl F. Cárdenas Rioseco Op. Cit. p. 147.

contradicción, el derecho de defensa o el conocimiento integral de la acusación, que son, como ya se expuso, los elementos inherentes al principio acusatorio, además de que según añade Cárdenas Rioseco en la obra multicitada la grave y errónea la forma en que se redactó la estructura de este delito, al establecerse que la no justificación en el procedimiento administrativo es lo que configura este ilícito, provocaría que el proceso penal prácticamente ya no tiene razón de tramitarse, puesto que esa no justificación ya no se puede revertir en el curso del proceso penal.

Es importante resaltar, que de la lectura de los preceptos 84, 85, 86, 87, 88, 89 y 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y de los diversos 40, 41, 42, 43, 44m 45, y 46de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, en ningún momento se advierte que el legislador haya regulado de manera expresa, que la no justificación de la procedencia lícita de los bienes ante la autoridad competente de la Secretaría de la Función Pública, implique la integración del delito de Enriquecimiento Ilícito, ya que las leyes de responsabilidades nunca hacen referencia a la configuración de dicho ilícito; con ello se podría afirmar, de manera contraria a lo manifestado por el Maestro Cárdenas Rioseco, que la declaratoria del 90, sólo se limita a constituir la “noticia criminis” que efectúa la Dependencia que tiene en su poder las declaraciones de evolución patrimonial, a fin de que el Ministerio Público, tenga conocimiento de la posible comisión del delito de Enriquecimiento ilícito, e investigue lo conducente, con lo que no se produciría la violación al principio acusatorio.

En esa tesitura, también se podría afirmar que el requerimiento que efectúa la Secretaría de la Función Pública, al servidor público, para que este acredite la procedencia lícita de su incremento patrimonial, constituye una oportunidad de defensa, que de manera previa al proceso penal, pueda detener esa “noticia criminis” a fin de que el Ministerio Público no ejercite la acción correspondiente.

No obstante lo anterior, el problema claro que observamos, es la notoria e irrefutable confusión que origina la redacción de los preceptos 109 de la Carta Magna y 224 del Código Penal Federal, siendo que ello no debería ocurrir, máxime en tratándose de la tipificación de un ilícito, pues como ya se ha visto la redacción de la definición de un delito, así como de sus elementos debe ser por demás clara y precisa, a fin de evitar vaguedades que puedan contravenir el principio de seguridad jurídica.

ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LA DECLARATORIA REGULADA EN EL ARTÍCULO 90 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

La declaratoria prevista en el artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, constituye una figura cuyo análisis ha sido casi nulo, resultando de trascendencia para nuestro trabajo, que dada la confusa redacción del artículo 109 constitucional, 224 del Código Penal Federal y diversos 85, 86, 87 de la ley en cita, se pueden originar serias

confusiones en el sentido de no tener certeza jurídica respecto a que si dicha declaratoria, constituye o no un requisito de procedibilidad, en los términos del artículo 118 del referido Código Punitivo.

Lo anterior es así, atendiendo a que es el propio artículo 224 del Código Penal Federal, el precepto que hace la confusa remisión a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos al señalar que: “Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores públicos”.

La Ley Federal de los servidores públicos, vigente, fue publicada en el Diario Oficial de la federación el día 31 de diciembre de 1982 y ha sido modificada por últimas veces mediante decretos los días 10 de enero de 1994 y 12 de diciembre de 1995.

La Ley Federal de Responsabilidades De los Servidores Públicos (LFRSP), señala en su artículo primero que tiene por objeto reglamentar el Título cuarto constitucional en materia de:

- Los sujetos de responsabilidades en el servicio público:
- I.- Obligaciones en el servicio Público
- II.- Las responsabilidades y sanciones administrativas en el servicio público, así como las que deban de resolver mediante juicio político.
- Las autoridades competentes y los procedimientos para aplicar sanciones.
- las autoridades competentes y procedimientos para declarar la procedencia del tipo penal de los servidores públicos que gozan de fuero, y
- El registro de los servidores públicos.

Son sujetos de la Ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales.

La ley dispone que las autoridades competentes para aplicar la presente ley sean:

- I.- La cámara de Senadores y Diputados al Congreso de la Unión:
- bis. La asamblea de Representantes del Distrito Federal.
- II.- La Secretaria de la hoy Función Pública;
- III.- Las dependencias del Ejecutivo Federal,
- IV.- El Departamento del Distrito Federal,
- V.- El Consejo de la Judicatura del Distrito Federal,
- VI.- Los tribunales de trabajo, en los términos de la Legislación Respectiva;
- los demás órganos jurisdiccionales que determinen las leyes.

Por otro lado, cuando los actos u omisiones materia de las acusaciones queden comprendidos en mas de uno de los casos sujetos a sanción y previstos en el artículo 109 Constitucional, los procedimientos respectivos se desarrollaran en forma autónoma e independiente según su naturaleza y por la vía procesal que corresponda, debiendo las autoridades que alude al artículo anterior turnar las denuncias a quien deba conocer de ellas.

No podrán imponerse dos veces por una sola conducta, sanciones de la misma naturaleza.

Así pues, de la lectura de los preceptos 84, 85, 86, 87, 88 y 89 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se advierte que en ningún momento se hace alusión a que el hecho de no acreditar ante la hoy Secretaría de la Función Pública el legítimo aumento del patrimonio implica un elemento presupuestal para la configuración del delito en estudio.

No obstante lo anterior, el precepto 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos establece una declaratoria formal, cuya ubicación en la dogmática penal es por demás imprecisa, ya que se le podría considerar como un requisito de procedibilidad para la investigación del delito, como una condición objetiva de punibilidad, o simplemente como una “notitia criminis” a través de la cual el Ministerio Público conoce de la posible comisión del delito en comento.

El Doctor Raúl F. Cárdenas Rioseco afirma, que la declaratoria del 90 constituye un requisito de procedibilidad sine qua non, ya que afirma que es un acto prejudicial a la iniciación de la etapa penal, que de no agotarse impide al Ministerio Público iniciar de oficio una averiguación previa por el delito de enriquecimiento ilícito. 45

En lo particular, de trabajo de investigación no coincido con este criterio atendiendo a las siguientes razones:

a).- Por una parte, si bien es cierto que el artículo 224 realiza una remisión a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, también es cierto que ello podría referirse a los bienes que dicho ordenamiento jurídico en términos de su precepto 87 reputa como propiedad de un determinado servidor público, limitándose entonces dicha remisión a esta cuestión en específico.

b).- Asimismo de la simple lectura de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y en específico de sus artículos 84, 85, 86, 87, 88, 89 y 90, no se advierte que el hecho de que no se acredite el aumento legítimo de los bienes de un servidor público, constituya un presupuesto de comisión del delito de Enriquecimiento Ilícito, situación que no debe por ningún motivo inferirse, máxime si tenemos en cuenta el principio reconocido por nuestro Máximo Tribunal de que donde la Ley no distingue no es dable distinguir.

⁴⁵ Raul F. Cárdenas Rioseco Op. Cit. p.

“LEYES, APLICACIÓN DE LAS. Para aplicar las leyes, debe tenerse en cuenta que, donde la ley no distingue, nadie debe distinguir.⁴⁶

c).- También creemos, como ya lo manifestamos anteriormente, que la declaratoria del 90 sólo es un método de notitia criminis, con el cual el Ministerio Público conoce la posible comisión de un delito, máxime si tomamos en cuenta que el buen ejercicio de la función pública como bien jurídico tutelado por el derecho penal, es de altísima importancia para la sociedad, por lo que aun las confusiones evidentes de los artículos referidos, la voluntad del legislador no pudo orientarse a establecer un impedimento burocrático de tal magnitud como lo podría ser dicha declaratoria, para que en su caso la Representación Social iniciara la averiguación que en derecho procediera.

d).- Por último y como se abundará mas adelante, creemos que si bien es cierto, el artículo 118 del Código Penal Federal establece como requisitos de procedibilidad los siguientes, no debe pasarse por alto que la Constitución Política sólo exige que para la persecución de un delito debe mediar denuncia o querrela, de manera que los requisitos de procedibilidad relativos a delitos especiales, no podrían ser considerados como un requisito que emane de la propia Carta Magna, lo cual origina que en el caso la declaratoria del 90 no constituya un requisito de procedibilidad sine qua non el Ministerio Público, pueda iniciar una investigación por la comisión del delito de Enriquecimiento Ilícito.

Finalmente, la declaratoria del artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, tampoco puede considerarse como una condición objetiva de punibilidad pues, en dicha declaratoria no se vincula de manera directa con el hecho injusto, ni afecta la propia acción delictiva, no constituyendo por ende, el resultado de la acción, ya que cuando esta se formula, ya se produjeron en el pasado las acciones que pudieron haber vulnerado al bien jurídico tutelado por el delito de Enriquecimiento Ilícito.

CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RESPECTO DE LA FIGURA DE LA DECLARATORIA REGULADA EN EL ARTÍCULO 90 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Al respecto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en agosto de 2002 la Tesis Jurisprudencial, número P. XXXIV/2002, visible en la página 12 del Tomo XVI, Agosto de 2002 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, que a la letra enseña:

⁴⁶ Tomo: XIX del Semanario Judicial de la Federación p. 54 Pleno Quinta Epoca

“ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. LA DECLARATORIA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 90 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, NO CONSTITUYE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA INICIAR LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y EJERCER LA ACCIÓN PENAL POR ESE DELITO. De conformidad con el precepto de la ley mencionada, la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo hará al Ministerio Público, en su caso, declaratoria de que el servidor público sujeto a investigación no justificó la procedencia lícita del incremento sustancial de su patrimonio de los bienes adquiridos o de aquellos sobre los que se conduzca como dueño, durante el tiempo de su encargo o por motivos del mismo. Ahora bien, la circunstancia de que la secretaria referida pueda emitir la resolución correspondiente en la que se establezca que el servidor público no comprobó la licitud de su actuación, no implica que el Ministerio Público, al tener conocimiento de la probable comisión de un delito, por fuente diversa, no pueda llevar a cabo las diligencias de la averiguación previa sin la emisión de esa declaratoria por parte de la autoridad administrativa, ya que constitucionalmente a este representante social le han sido conferidas dichas facultades, las cuales se rigen por el principio de oficiosidad. Por lo tanto, la citada declaratoria es una cuestión totalmente diferente a la configuración del delito de enriquecimiento ilícito, previsto y sancionado en el artículo 224 del Código Penal Federal que no depende necesariamente de la declaratoria en sí misma considerada, sino del acervo probatorio que en ejercicio de sus funciones recabe el Ministerio Público y con el cual habrán de advertirse todos los elementos integradores del delito. La presencia de la declaratoria de mérito, por consiguiente, viene a constituir simplemente un elemento más de prueba que puede tener en cuenta el representante social para efectos de la integración de la averiguación previa correspondiente y, en su caso, para el ejercicio de la acción penal.”⁴⁷

Al respecto debe puntualizarse, que estamos de acuerdo con el criterio sustancial sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis Jurisprudencial que se analiza, ya que refiere que la declaratoria del 90 es considerada como un elemento más de prueba que puede tener en cuenta el representante social para efectos de la integración de la averiguación previa correspondiente y, en su caso, para el ejercicio de la acción penal, sin embargo creemos, que también dicha declaratoria en principio sólo constituye una ayuda al Ministerio Público, a través de la cual la Secretaría de la Función Pública le proporciona la noticia criminis de la existencia de hechos que pueden derivarse en la comisión del delito de Enriquecimiento Ilícito.

⁴⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI agosto de 2002 p. 12.

En otra cuestión, conviene hacer la acotación en el sentido de que de acuerdo con el artículo sexto transitorio de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, La antigua Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos seguirá siendo aplicable, a aquellos procedimientos que se iniciaron con motivo de actos cometidos en la época en que el último ordenamiento citado era vigente, así como respecto de los hechos que infractores que hayan sido realizado bajo su vigencia.

De lo expuesto deviene inconcuso, que es de suma importancia el criterio jurisprudencial en estudio, ya que el mismo esclarece la naturaleza de la declaratoria prevista en el artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, afirmándose que la misma no tiene el carácter de un requisito de procedibilidad sine que non, el Ministerio Público pueda iniciar la averiguación previa correspondiente. Así pues, el hecho de que la entonces Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, hoy Secretaría de la Función Pública pudiera emitir resolución en el sentido de que el servidor público sujeto a investigación, no haya justificado la procedencia lícita del incremento sustancial de su patrimonio, de los bienes adquiridos o de aquellos sobre los que se conduzca como dueño, no implica que el Ministerio Público esté imposibilitado para llevar a cabo las diligencias de la averiguación previa, atendiendo a la fundamental razón de que la propia Carta Magna es clara en establecer, que a dicho representante social le han sido conferidas las facultades de perseguir el delito y de incoar la acción penal mismas que se rigen por el llamado principio de oficiosidad, en caso de que tenga conocimiento de hechos que pudieron ser constitutivos de delito.

Al respecto debe precisarse, que los criterios citados son acertados, pues a juicio de este tesista los Artículos 16, 17, 18 y 21 constitucionales, reservan exclusivamente al Ministerio Público la facultad y obligación de perseguir el delito, no exigiéndose mayores requisitos que el que exista una denuncia, querrela o acusación, por lo que en caso de que dicha Representación Social, tuviera conocimiento de hechos posiblemente delictivos, tendrá la obligación constitucional de iniciar el procedimiento correspondiente, así como de allegarse de todos los elementos probatorios que acrediten el cuerpo del delito.

En esa tesitura, también se concuerda con el criterio sostenido en la Tesis Jurisprudencial en análisis, en el sentido de que la declaratoria prevista en el artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, puede constituir simplemente en un elemento mas de prueba, con el cual pudiera contar el Representante Social, para los efectos de la debida integración de la averiguación previa.

POSTURA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO DE LA POSIBILIDAD DE QUE EL ARTICULO 109 CONSTITUCIONAL, ESTABLEZCA UN SISTEMA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL ORDEN PENAL, PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Al respecto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en agosto de 2002 la Tesis Jurisprudencial, número P. XXXVI/2002, visible en la página 7 del Tomo XVI, Agosto de 2002 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época que a la letra enseña:

“ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL QUE LO PREVÉ, NO CONTIENE UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. La interpretación genético teleológica de la reforma al título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que comprende los artículos del 108 al 114, publicada en el Diario Oficial de la Federación de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, revela que las causas generadoras de la misma, se sustentan en la necesidad de establecer nuevas bases constitucionales para sancionar adecuadamente y con mayor rigor las responsabilidades de los servidores públicos. Así mismo, del análisis minucioso de la exposición de motivos y de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de su debate, en lo que se refiere al artículo 109, fracción III, párrafo tercero, que contiene la intención expresa de sancionar penalmente a los servidores públicos por causa de enriquecimiento ilícito, no se advierte la voluntad del Poder Reformador de la Constitución de establecer un régimen de excepción a las garantías individuales. Efectivamente, si bien del precepto mencionado se desprende que el servidor público debe acreditar la legítima procedencia de su patrimonio, ello no debe entenderse como un desplazamiento de la carga probatoria al inculpado, sino como el derecho de defensa que goza para desvirtuar los elementos de prueba en su contra. Por lo tanto, es al Ministerio Público conforme a las reglas generales contenidas en los artículos 21 y 102 constitucionales, a quien corresponde comprobar los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del imputado. Para determinar que un servidor público se ha enriquecido ilícitamente (núcleo esencial del delito), se requiere la comprobación previa de determinados hechos o circunstancias, como son la calidad del acusado como servidor público (sujeto calificado), la situación patrimonial del mismo al iniciar y al concluir sus funciones, la remuneración percibida durante el desempeño de su cargo, y la circunstancia real del patrimonio que en la actualidad cuente el sujeto, para poder de esa forma arribar a

un proceso lógico y natural en el que se advierte con nitidez y con un mínimo de sentido común que existe una desproporción sustancial entre lo percibido por el servidor público con motivo de su empleo, cargo o comisión y lo que realmente cuenta en su haber patrimonial. Estos hechos y circunstancias concatenados entre sí, generan la presunción iuris tantum de que el sujeto activo se ha enriquecido de manera ilícita, lo que constituye prueba circunstancial que acredita el cuerpo del delito y la responsabilidad del mismo, los cuales en todo caso pueden ser desvirtuados a través del acreditamiento por parte del servidor público, de la licitud del aumento sustancial de su patrimonio.⁴⁸

Respecto del criterio jurisprudencial citado se formularan las siguientes críticas y observaciones:

1.- De la lectura del criterio jurisprudencial transcrito se advierte, que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que no era voluntad del legislador el establecer un régimen de excepción de garantías para los servidores públicos, sin embargo se deja abierta la posibilidad de una persona que cuente con la calidad de servidor público pueda ser sancionado por no acreditar la procedencia lícita de sus bienes, sin que exista la plena certeza de que el enriquecimiento haya tenido como origen una conducta impropia en su carácter de servidor público, que por ende fuera atentatoria de la función pública, de manera tal que se esta en presencia de un tipo que sanciona n base a presunciones, además de que su peculiar redacción provoca una evidente dificultad lógica y practica en su persecución y acreditamiento.

Ahora bien, de lo expuesto tenemos que si el propio criterio jurisprudencial en análisis, deja abierta la posibilidad de que sancione penalmente a un servidor público, con base en una presunción iuris tantum de que el mismo se ha enriquecido injustificadamente, nos encontramos ante una excepción en el orden penal mexicano, mismo que como ya se ha visto condena el hecho de alguien sea sancionado en atención a meras presunciones, máxime si se toma en cuenta que el proceso penal debe concluir en el esclarecimiento de la verdad real y no de la verdad legal de los hechos sujetos a la decisión del juzgador.

2.- Por otra parte, debe resaltarse que una de las afirmaciones contenidas en el criterio jurisprudencial en análisis, se contrapone con el diverso criterio jurisprudencial estudiado en primer término cuyo rubro es el siguiente: **“ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECER LA CONDUCTA DELICTIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”**.

⁴⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Agosto de 2002, p. 7 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Epoca.

En efecto, en la primera tesis en estudio cuyo rubro se citó en el párrafo anterior, podemos observar como es que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideró que la conducta típica del delito de enriquecimiento ilícito, era precisamente el “enriquecerse”, agregando el electo normativo “ilícitamente”. Por el contrario, en el criterio jurisprudencial en estudio el Pleno de nuestro Máximo Tribunal considera, que el “enriquecerse ilícitamente” es sólo la prueba circunstancial que acredita el cuerpo del delito, situación que no es jurídicamente aceptable, ya que resulta generador de incertidumbres que en la redacción de un tipo penal, coincida la prueba fundamental y circunstancial para acreditarlo, con la conducta generadora del mismo, ya que ello equivale a que el Ministerio Público pueda consignar por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, con el sólo hecho de que el servidor público no haya podido comprobar la procedencia de sus bienes, sin que dicho Representante Social aporte mayor probanza que en su caso acreditara la procedencia ilícita de esos bienes.

Además la tesis en estudio, afirma que el Ministerio Público para determinar que un servidor público se ha enriquecido ilícitamente, sólo deberá acreditar el desproporcionado aumento en el patrimonio de dicho servidor al iniciar y al concluir su cargo, quedando a cargo del inculpado acreditar la procedencia lícita del incremento de su patrimonio, sin embargo en nuestra opinión, dicha afirmación es causante de un estado de inseguridad jurídica, pues si bien es cierto que el servidor público no acreditara el lícito origen de su incremento patrimonial, ello únicamente arrojaría la presunción de que el mismo es ilícito, siendo ello suficiente para sancionar, sin que se haya acreditado fehacientemente por el Ministerio público ante el Juez del conocimiento, la verdadera ilicitud del patrimonio incrementado.

A efecto de evidenciar la contradicción que se ha producido respecto de esta cuestión, en las diversas instancias de nuestros Máximos Tribunales es menester citar el fragmento de la sentencia dictada en el Juicio Penal número 40/99, por el Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito, que refiere:

DETERMINACIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y CRITICA DE LAS MISMAS RESPECTO DE LAS PROBLEMÁTICAS PLANTEADAS EN EL CAPITULO ANTERIOR.

Postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la delimitación imprecisa de la conducta típica en el delito de enriquecimiento ilícito

Al respecto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en agosto de 2002 la Tesis Jurisprudencial, número P. XXXIX/2002, visible en la página 9 del Tomo XVI, Agosto de 2002 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época que a la letra enseña:

“ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECER LA CONDUCTA DELICTIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Del análisis comparativo de los artículos 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 224 del Código Penal Federal, se advierte que ambos resultan coincidentes, y que el último precepto en realidad reprodujo o trasladó de manera esencial los elementos que el Poder Reformador de la Constitución estimó necesarios para proteger el patrimonio del Estado, combatir la corrupción y reforzar la moral dentro de la administración pública. La preocupación del Constituyente de regular, en los diferentes ámbitos, las conductas desplegadas por los servidores públicos, lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal del enriquecimiento ilícito, el cual, con todos sus elementos integradores, en forma similar fue reiterado en el Código Penal Federal. El numeral ordinario de referencia colma la función jurídica de su tipo penal, a saber, la individualización de la conducta humana que prohíbe el enriquecimiento de manera ilícita, que se encuentra comprendido en la primera parte de su redacción: "Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito.". La redacción de este precepto revela que el tipo penal que prevé no es abierto, sino cerrado, porque su texto establece de manera exacta los supuestos de individualización de la conducta reprochable, a saber, el enriquecimiento ilícito. Así, la pura descripción objetiva del tipo en cuestión encuentra su núcleo en el empleo del verbo principal: "enriquecerse", agregándole la palabra "ilegalmente", como un elemento normativo que entraña una valoración, con lo cual se significa el sentido antijurídico del delito, que consiste en la acción de enriquecerse ilícitamente. En cambio, la segunda parte del propio precepto, relativa a que "Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.", se refiere a las reglas procesales, específicamente relacionadas con los medios de prueba para esta clase de delito, con la finalidad de desvanecer la imputación correspondiente; es decir, la remisión que el precepto impugnado realiza a la referida ley, para que el servidor público acredite el legítimo aumento de su patrimonio, no constituye un complemento del tipo penal, sino debe entenderse como su derecho de defensa, que prevé tanto la Constitución como la legislación secundaria como medio concreto de adoptar su defensa y desvirtuar los

elementos de prueba que recaen en su contra. Por tanto, la redacción del artículo 224 citado no infringe la garantía de legalidad contenida en el artículo 14 constitucional, al prever de manera clara y precisa cuál es la conducta a sancionar, que para el caso la constituye el enriquecimiento ilícito, conducta que indudablemente es la que conforma el núcleo esencial del delito.”⁴⁹

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

Respecto del criterio Jurisprudencial transcrito se formularán las siguientes críticas y observaciones:

“Del análisis comparativo de los artículos 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 224 del Código Penal Federal, se advierte que ambos resultan coincidentes, y que el último precepto en realidad reprodujo o trasladó de manera esencial los elementos que el Poder Reformador de la Constitución estimó necesarios para proteger el patrimonio del Estado, combatir la corrupción y reforzar la moral dentro de la administración pública. La preocupación del Constituyente de regular, en los diferentes ámbitos, las conductas desplegadas por los servidores públicos, lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal del enriquecimiento ilícito, el cual, con todos sus elementos integradores, en forma similar fue reiterado en el Código Penal Federal...”

1.- Del fragmento citado se aprecia, como es que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado a favor del criterio en el sentido de que el delito de enriquecimiento ilícito, es la única conducta criminal que se encuentra prácticamente tipificada desde la propia Constitución, lo cual es una situación por demás especial que podría considerarse atentatoria del principio de seguridad jurídica, ya que la fracción III del Párrafo tercero del artículo 109 constitucional, al establecer (como el propio Pleno lo afirma) todos los elementos integradores del tipo penal del enriquecimiento ilícito, provoca que el artículo 224 del Código Penal Federal, sea de imposible impugnación pues el mismo constituye una repetición del texto constitucional, el cual no puede ser combatido por la vía del amparo.

Además debe señalarse, que de la transcripción de la exposición de motivos tanto de las reformas constitucionales de 1982 así como de la creación del artículo 224 del Código punitivo, no se advierte explicación alguna que justifique la incursión de un tipo penal, desde la propia constitución.

Dicha situación provoca una contradicción con el orden penal constitucional, pues quizás la intención real del legislador fue la de establecer un “candado jurídico” para imposibilitar la impugnación a través del amparo, del

⁴⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Agosto de 2002, p. 9 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época.

artículo 224 del Código Penal Federal, puesto que aún de considerar que el delito de enriquecimiento ilícito contiene elementos que no concuerdan con los elementos generales de los tipos penales en general, y que ello es contrario a derecho, no podrían llegar a estimarse como inconstitucionales, pues la propia Carta Magna prevé desde su texto, los elementos de un tipo penal, que por ende representa un régimen de excepción al orden penal que la propia Constitución establece.

2.- Como segunda observación, tenemos que en la tesis de referencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación apunta que el tipo del enriquecimiento ilícito no es abierto, sino cerrado, ya que de su texto se advierte que el núcleo de dicho ilícito lo es el verbo “enriquecerse”, a lo cual debe agregarse la palabra “ilegalmente” la cual se significa como un elemento normativo que entraña una valoración con lo cual se puede definir que la conducta a perseguir es la de enriquecerse ilegalmente. Al respecto es de señalarse que en nuestra opinión, dicha consideración es errónea en razón de que el hecho de que se defina la conducta del tipo en estudio como la de enriquecerse ilegalmente, es una posición que deja abierta la posibilidad de un sin número de causas, que pudieron dar origen a dicho enriquecimiento, las cuales si bien pueden ser ilegales, también pueden obedecer a cuestiones totalmente diversas al ejercicio de un empleo, cargo o comisión dentro del servicio público, de donde se observa una notoria contradicción con la exposición de motivos de la creación del artículo 224 del Código Penal Federal, ya que en dicha exposición se afirmó que el fin de dicho ilícito era el de perseguir las conductas que atentaran en contra de la función pública, en las cuales los servidores públicos se enriquecieran utilizando de manera ímproba sus funciones.

Así pues de seguir el criterio de nuestro Máximo Tribunal, y considerar que la conducta a perseguir en el enriquecimiento ilícito es la de enriquecerse ilegalmente, sin considerar que se deba de realizar una investigación exhaustiva para esclarecer de manera total el origen de dicho enriquecimiento, no se estaría cumpliendo con el fin de la tipificación contenida en el referido precepto 224, pues se sancionaría a un individuo que no acreditó la procedencia ilícita de su incremento patrimonial, sin delimitar si tal enriquecimiento tuvo su origen en un indebido uso de sus funciones como servidor público, lo cual atenta a la garantía de seguridad jurídica constitucional, máxime que el fin de un proceso penal es juzgar y sancionar un hecho atendiendo a la verdad real y no jurídica de las cosas, y no sancionar a partir de presunciones que nunca se llegan a esclarecer del todo.

Por ello es que se puede presentar el caso de que un servidor público sea sancionado por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, al no haber acreditado el legítimo aumento en su patrimonio; incremento que pudo haber tenido su origen quizás en otras conductas, que si bien también pueden ser o no delictivas, no tienen relación alguna con la función realzada por el inculpado en su calidad de servidor público, y por ende no atentan en contra del buen ejercicio de la función pública, no cumpliéndose entonces con el fin del tipo penal en estudio.

3.- En la Tesis Jurisprudencial comentada la Corte señala que la segunda parte del precepto 224 del Código Penal Federal que refiere que: "Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.", contiene únicamente las reglas procesales, específicamente relacionadas con los medios de prueba para esta clase de delito, con la finalidad de desvanecer la imputación correspondiente, por lo que ello, no constituye un complemento del tipo penal, sino el derecho de defensa, que prevé tanto la Constitución como la legislación secundaria como medio concreto de adoptar su defensa y desvirtuar los elementos de prueba que recaen en su contra

Al respecto se considera que, tal pronunciamiento provoca un estado de inseguridad jurídica para el servidor público, ya que este con el sólo hecho de no acreditar su enriquecimiento estaría incurriendo en el tipo penal comentado, cuando el origen de su enriquecimiento pudo haber sido totalmente independiente a la función pública que desempeñaba, incluso pudo obedecer a otro ilícito como lo puede ser la comisión de un fraude o robo, pero en su carácter de particular, de manera que si bien puede atentar con su conducta en contra de bienes jurídicos protegidos por la ley penal, no atenta (o al menos no se tiene tal certeza, lo cual no es concebible en el derecho penal), en contra de la función pública y si se castiga por la comisión del enriquecimiento ilícito, situación que evidentemente se contrapone con el principio de literalidad y de seguridad jurídica del derecho penal.

Además la afirmación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, da por cierto el hecho de que las reglas de defensa para aquel que le imputa el delito de enriquecimiento ilícito, son distintas a las reglas de defensa de los diferentes tipos penales, lo cual puede entenderse como la existencia de un régimen en materia penal para los servidores públicos, lo que evidentemente se contrapondría con la garantía de igualdad, la cual debe ser aún mas estricta en materia penal.

Con ello tenemos que las consideraciones de la Corte, en vez de esclarecer e interpretar el sentido del artículo 224 del Código Penal Federal, deja en el aire mas cuestionamientos que a la postre podrían volver insostenible la defensa constitucional en términos lógicos y jurídicos de un tipo penal que presenta serias problemáticas desde su definición, hasta su persecución y sanción.

“ya que según manifiesta textualmente la sentencia en paginas anteriores que respecto del artículo 224 del Código Penal Federal es 'Uno de los casos de excepción a las garantías individuales a la que la propia Constitución se refiere en su primer numeral; pues si de la forma fundamental dimanar las garantías individuales, y entre ellas se reconocen ciertos principios

rectores del derecho; pero es esta misma Norma Fundamental quien las restringe o excepciona, no tiene por qué presuponerse la inconstitucionalidad de la Constitución.” 50

POSIBLE CONTRADICCIÓN DE LA FINALIDAD DEL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL Y DEL DIVERSO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, EN RELACIÓN CON LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PODER LEGISLATIVO, AL EFECTUAR LAS REFORMAS DE DICHO PRECEPTO EN DICIEMBRE 1982.

A fin de caer en repeticiones ociosas, es menester hacer alusión a la exposición de motivos citada en el capítulo anterior de esta tesis, tanto de la reforma al artículo 109, así como del artículo de 224 del Código Penal Federal ambas expuestas en el mes de diciembre de 1982.

Partiendo desde la postura que afirma, que el delito de Enriquecimiento Ilícito se encuentra tipificado desde el propio artículo 109 constitucional, que finalmente es la postura adoptada por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación como se verá mas adelante, es de afirmarse que formalmente tal ilícito, no puede tener el carácter de inconstitucional; sin embargo ello no es objeto para que en el presente trabajo de investigación se viertan manifestaciones, en el sentido de que el ilícito en estudio no cumple cabalmente con el fin para el cual fue creado, esto decir, que aún de que se sancione a un servidor público por su comisión, jamás se sabrá con la plena certeza exigida por el orden penal, si el bien jurídico que se lesionó con la conducta de “enriquecerse” fue precisamente el buen ejercicio de la función pública, por lo que podríamos estar frente a un precepto que además de no cumplir con la misión para la cual fue creado por el Constituyente, se encuentra redactado de tal manera, que se hace presumible que el mismo se originó atendiendo, a razones que en nada atañen a la misión jurídica de proteger la correcta administración pública, lo cual originaría la ausencia total de nexo causal entre conducta y resultado.

Asimismo debe destacarse, que no existe ninguna publicación nacional en la que se aborde esta problemática, pues si bien es cierto, el Doctor Raúl F. Cárdenas Rioseco formula en la obra multicitada, una serie de razonamientos tendientes a demostrar la supuesta contraposición del delito de Enriquecimiento Ilícito con diversas garantías del orden penal, no menos cierto es que de considerarse que el artículo 109 constitucional está tipificando dicho ilícito, esos razonamientos resultarían por demás inoperantes; sin embargo que sucedería si el precepto en estudio no cumpliera con el fin legislativo para el que fue creado, apartándose así de la Ratio Legis, que le dio origen, evidentemente se estaría demostrando la ineficacia de un enunciado normativo.

A efecto de entrar en materia conviene destacar, que el Doctor Enrique Díaz Aranda en su obra Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos,

⁵⁰ Sentencia emitida por la Magistrado del Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito, en el Juicio Penal número 40/99-II, p. 66.

Cárdenas Editor y Distribuidor, México, Distrito Federal, 1999, página 105; 'la conducta típica sólo puede ser aquella que lesiona a dicho bien'.⁵¹

Ahora bien, de acuerdo con la citada exposición de motivos, el aspecto teleológico del delito de enriquecimiento ilícito no es otro que la sanción al servidor público por la adquisición de bienes cuyo valor exceda notoriamente el monto de sus ingresos y cuya procedencia legítima no se pueda justificar, ello siempre que se actúe en perjuicio del buen ejercicio de la función pública.

El Maestro Enrique Díaz Aranda por su parte ha señalado que "la incorruptibilidad de la función pública y la confianza pública son los bienes jurídicos tutelados en delito de enriquecimiento ilícito".⁵²

Asimismo, los profesores Javier Augusto De Luca y Julio E. López Casariego, han concluido que el bien jurídico que se protege, es la imagen de transparencia gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan.⁵³

Por otra parte, Carlos A. Manfroni miembro del grupo de trabajo que redactó la Convención Interamericana contra la Corrupción se refiere respecto del bien jurídico tutelado del delito de Enriquecimiento Ilícito en los términos que a continuación se citarán, de los cuales no debe perderse de vista que dicha persona da por un hecho que el simple hecho de no acreditar el legítimo aumento patrimonial tipifica el delito, sin necesidad de que el Ministerio Público acceda a las causas primeras de dicho enriquecimiento, no siendo excusa para ello la posible dificultad que tal investigación representaría.

Al respecto Manfroni señala lo siguiente: "La realidad es que el enriquecimiento ilícito es un delito autónomo, y mediante la norma que define esa figura jurídica el Estado reprime la falta de transparencia de sus funcionarios. La comunidad tiene derecho a exigir que exista una correspondencia exacta o, al menos aproximada, entre los bienes que poseen quienes administran recursos y los que esos administradores pueden justificar. Cuando esa correspondencia no existe, se daña la imagen de la función pública y la confianza que la autoridad debe inspirar entre los gobernados, y eso es precisamente lo que se pena, ya que al descrédito de los gobernados sobrevienen muchos males, tales como el desaliento para el esfuerzo, la evasión y la anarquía.... No es verdad que el funcionario deba justificar sus bienes para librarse de ser condenado por otro delito, sino que precisamente la falta de justificación de los bienes constituye el delito. La transparencia es el bien jurídico protegido"⁵⁴.

Consecuentemente, de considerar que el bien jurídico tutelado es el patrimonio de la administración pública o la incorruptibilidad de la función pública y la confianza pública, estaríamos ante un tipo que no cumple con su

⁵¹Díaz Aranda Enrique, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO; Ed Cárdenas Editor; México 1999. Pág. 105.

⁵² Díaz Aranda Enrique Op cit. p. 71

⁵³ Javier Augusto De Luca y Julio E. López Casariego, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal de 25 de febrero de 2000, p.13.

⁵⁴ Diario La Nación, 5 de Marzo de 1998, Buenos Aires Argentina.

finalidad, pues se sancionaría el sólo hecho de que un servidor público se enriquezca sin mediar justificación alguna, independientemente de la certeza de la causa de dicho enriquecimiento sea una conducta que haya causado un menoscabo al patrimonio de la administración pública.

Por otra parte, de aceptar que el bien jurídico tutelado lo es un concepto tan ambiguo como la transparencia de la función pública, se arribaría a la conclusión de que el hecho de que un servidor público sea condenado por el delito de enriquecimiento ilícito, sin que el Ministerio Público acredite con plenitud que en realidad ese servidor se haya enriquecido de manera ilícita, pues tan sólo no justificar el incremento patrimonial sustancial sería delito, independientemente de que se haya lesionado el correcto ejercicio de la función pública; dicha situación interpretada a contrario sensu se traduce en que si el servidor público se enriquece lícitamente pero no justifica esa situación, igualmente está cometiendo el delito de enriquecimiento ilícito, porque el bien jurídicamente tutelado se vería afectado ya que todos los ciudadanos no confiarían en la transparencia de la función pública. Así pues esta conclusión nos parece incorrecta, ya que se atentaría notoriamente en contra de las garantías de seguridad jurídica en materia penal, pues se podría castigar una conducta carente de total nexo causal con el fin del ilícito en estudio, por ende creemos que la explicación mas convincente se hace consistir en que lo que el legislador quiso punir, fue la corrupción en el servicio público.

En esa tesitura, es dable considerar que el espíritu del legislador, al crear el delito de enriquecimiento ilícito, fue el brindar la mayor cobertura posible a la incorruptibilidad del servicio público, buscando con una desafortunada redacción captar todas aquellas conductas que no encuadraran en los dispositivos legales especiales, pero que finalmente trastocarán el buen ejercicio de la función pública. De este razonamiento podríamos concluir que es menester indispensable para la configuración del delito de Enriquecimiento Ilícito, el que el Juzgador de los autos tenga plena certeza, de que la existencia de un nexo subjetivo y objetivo de la conducta cometida, con el resultado material, que debe traducirse necesariamente en un perjuicio causado al bien jurídico de dicho ilícito el cual como ya vimos, es el buen ejercicio de la función pública.

No obstante lo anterior, la realidad de las cosas es que de conformidad con la redacción de los preceptos 109 constitucional y 224 del Código Penal Federal, al investigar la integración del delito de Enriquecimiento Ilícito, el simple hecho de que el indiciado no acredite la procedencia lícita de los bienes objeto del enriquecimiento, es razón suficiente para sancionarlo, sin que se llegue a tener la certeza jurídica necesaria en el derecho penal, de que ese enriquecimiento se haya producido con motivo del mal ejercicio de la función pública, lo cual desembocaría en la conclusión de que no se cumple con el fin de la ratio legis de las reformas de 1982 y en específico de la exposición de motivos citada.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse la peculiar situación de que el delito de Enriquecimiento Ilícito, es la única figura delictiva que se encuentra

plasmada desde la propia Carta Magna, lo cual nos hace suponer que el verdadero fin del legislador al elaborar las reformas de 1982, fue el de establecer un poco ortodoxo pero eficaz método para perseguir la corrupción en el ámbito penal, en el que desafortunadamente no se observen con la rigurosidad exigida los principios generales del orden penal; Es decir, el delito en estudio en directo apoyo de lo dispuesto en el precepto 109 Constitucional, es el último y mecanismo con el que cuenta el Estado de Derecho para perseguir la corrupción en el servicio público, sin embargo no obstante a la importancia de tan altísimo objetivo, la realidad es que en la mayoría de los casos no se tendrá nunca la certeza plena, de que el enriquecimiento no explicado se haya producido por motivo de conductas infractoras en perjuicio del servicio público, con lo que evidentemente no se cumple con la exposición de motivos de la reforma al precepto constitucional en cita.

CAPITULO V

CRITICA FINAL A LA CONFUSA REGULACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL, RESPECTO DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y PROPUESTA DE REFORMA.

Finalmente hemos iniciado en una rama del derecho, que si bien existe y tiene vigencia, esta ha avanzado con tal lentitud que parece no haber despertado por completo del sueño tan prolongado que mantenía desde antes de las reformas del sexenio presidencial del Lic. Miguel de la Madrid.

Lo anterior carecería de explicación, salvo si se considera, que han sido las propias autoridades quienes han cerrado el paso a los grandes abusos y altos niveles de corrupción que han imperado durante mucho tiempo dentro de nuestro esquema político, esto aunado a que no existía órgano alguno de regulación dentro de la administración Pública Federal, es decir que existiera una forma de someterse al análisis de sus propios actos, que es lo corresponde a la Institución mencionada durante el desarrollo del presente trabajo, como lo es Secretaria de la Función Pública, (SFP), antes SECODAM Y SECOGEF.

Mejorar la gestión gubernamental y la calidad de los servicios públicos y combatir la corrupción son premisas fundamentales para alcanzar los objetivos planteados dentro de dicha Institución, por lo que se han impulsado grandes acciones para el mejor funcionamiento de dicho órgano.

La prevención y la lucha contra la corrupción son prioridades gubernamentales que la SFP (Secretaria de la Función Pública), ha asumido al promover en todos los ámbitos sociales, por una verdadera cruzada por la legalidad, el respeto a los derechos y la corresponsabilidad social.

Con las reformas del Estado que se impulsan por parte del propio Gobierno de la Republica, se han adoptado medidas de gran envergadura que intentan modificar aspectos inoperantes del concepto de Función pública para potenciar la iniciativa individual e impulsar con ello la expansión de las libertades propias de un estado que intenta revolucionar su plataforma gubernamental para el optimo desempeño de quienes en ella laboran, con una finalidad de adoptar nuevas ideologías encaminadas al desarrollo de una prosperidad y de un mejor país.

Por lo que es un instrumento esencial que el ejecutivo Federal ha fortalecido para garantizar la eficiencia y la productividad dentro de la APF, un sistema de Control y evaluación Gubernamental coordinado por dicha Secretaria y operado por una serie de órganos de control interno dentro de la dependencias y entidades correspondientes, para actuar de manera conjunta, coordinada y concurrente, con sus instancias de control y evaluación, en la verificación del adecuado ejercicio de los Recursos Federales que son asignados dentro del esquema político de la Federación.

La operación de instrumentos de control confiables en todo el aparato público provoca efectos disuasivos para la comisión de hechos ilícitos y es factor determinante para la observancia de las disposiciones jurídicas relativas al uso del patrimonio social.

Es por ello que esgrimo una serie de críticas que tienen como base, aquellos razonamientos contenidos en los capítulos anteriores, siendo la primera de ellas, que ya ha quedado aceptado por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, el delito de Enriquecimiento Ilícito tipificado de manera casi total desde el párrafo tercero de la fracción III del artículo 109 Constitucional.

Por lo que refiero que el delito en estudio ha sido tipificado de manera “casi total”, dentro del precepto citado con antelación, el cual no ha establecido el elemento punitivo de tal conducta que desde ese precepto ha quedado definido, por lo que es el diverso 224 del Código Penal Federal el cual ha establecido al respecto lo siguiente:

“Artículo 224....

“Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones:

Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”

Es de manifestarse que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la norma fundamental que rige todo el esquema de derecho en nuestra nación, por lo que, en dicha norma deben quedar establecidas las garantías individuales, el esquema del estado, su división de poderes, y todas las cuestiones que se consideren como derechos fundamentales de los gobernados, así como los lineamientos bajo los cuales habrá de organizarse y regirse la vida del estado Nacional.

Destacando que Para Seydel, el Derecho Constitucional es "...la determinación de los órganos por medio de los cuales el soberano provee a las funciones estatales, abarcando su materia la organización de la legislación, de la administración, del ejercicio y de las Relaciones exteriores del Estado"

Para Orlando el Derecho Constitucional constituye, "el que tiene por objeto a la entidad estatal y que su campo de estudio es el "Ordenamiento Jurídico" del Estado representativo moderno, con particular consideración a la Constitución Positiva del Estado Italiano".

Para Linares Quintana es "la garantía de la libertad y la dignidad del individuo mediante la sumisión o acomodación del Estado, íntegramente considerado, al derecho".

Para Posada constituye lo siguiente: "el Derecho Constitucional ha de definirse de modo esencial, jurídico, por su contenido: este abarca en todo el derecho relativo:

a).- a la determinación del soberano en el Estado;

b).- al ejercicio de la soberanía política mediante la organización social que constituye el Estado no Oficial y Oficial o Gobierno;

C.- a las relaciones del Estado, en cuanto estas relaciones aclaran por modo indirecto el criterio práctico que preside el ejercicio de la soberanía política: comprende esta última parte la doctrina de los derechos de la personalidad".

Esmein considera que "...el Derecho Constitucional es la forma de Estado, la forma y los órganos de gobierno y los límites de los Derechos del Estado"

Para Pietro Garófalo "el Derecho Constitucional estudia la constitución DEL Estado, o sea el ordenamiento de los órganos constitucionales del Estado y las relaciones fundamentales entre el Estado y los ciudadanos".

Para Felipe Tena Ramírez "el Derecho Constitucional es la doctrina individual y específica de determinado régimen de Estado", y agrega, el referido autor "no podemos inventar un derecho constitucional contrario a la libertad, frustráneo del fenómeno histórico que mereció aquella denominación

específica. Cuantas veces se encubren con tal denominación regímenes de dictadura, se hace un mal uso de la expresión y, lo que es peor, se comete un fraude en los conceptos. No siempre el derecho del Estado es constitucional; a riesgo de aparentar un juego de palabras, podemos decir que El Derecho Constitucional es el Derecho del Estado, cuando el Estado es de Derecho”.

Bielsa define al Derecho Constitucional como “...La rama del Derecho Público que regla el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, su estructura y atribuciones, y que establece o reconoce, en principios, declaraciones o garantías, los derechos y deberes privados y públicos de los habitantes, como miembros de la sociedad referida al Estado y como miembros del cuerpo político”.

Respecto de lo que diversos autores han manifestado como su definición de Constitución, el Doctor Baez Martínez recopila en su obra de referencia, las siguientes manifestaciones:

Félix Fulgencio Palavicini opina que: “Todo Estado precisa y tiene siempre una organización determinada por medio de la cual se manifiesta y realiza sus funciones. Esta organización se determina por una regla, que tiene carácter jurídico, y que recibe el nombre de Constitución, pudiéndose, en consecuencia, definir esta, desde tal punto de vista como la regla o norma jurídica que determina la organización fundamental del Estado”.

Palma refiere a la Constitución como “un conjunto de leyes y de usos que hacen de una sociedad humana un cuerpo político, con voluntad y acción propias, para conservarse y para vivir”.

Contuzzi la define diciendo que la Constitución es el conjunto de todas las leyes, mediante las que se establecen no sólo la forma de gobierno, sino las modalidades precisas para funcionar los diversos Poderes públicos.⁵⁵

De todas las opiniones arriba citadas, puedo concluir de manera certera, que los doctrinarios constitucionales, consideran que la Constitución y sus normas constituyen en esencia de un Estado, en la que se deben de establecer las dos cuestiones fundamentales para su organización como son por una parte, las garantías individuales, encaminadas a la protección de sus ciudadanos y por otra el régimen de organización del Estado, su división de poderes, forma de gobierno y residencia de la soberanía.

Sin embargo ninguna de las teorías referidas acepta que la Constitución pueda hacer extensiva su normatividad, hacia cuestiones reservadas al legislativo como lo son, la creación de las leyes penales, de lo cual tenemos

⁵⁵ Roberto Baez Martínez, DERECHO CONSTITUCIONAL. (La Crisis de las Estructuras Políticas en el Mundo), Ed Cárdenas Editor y Distribuidor, Ed. 1ª México Distrito Federal 1979.

que desde el punto de vista doctrinal es inaceptable que en nuestra Carta Magna se tipifiquen delitos.

Ahora bien, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación a señalado en la Jurisprudencia número P./J. 61/2000, visible en la página 13 del Tomo XI, Junio de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Novena Epoca lo siguiente:

“INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN. Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio.⁵⁶

⁵⁶ .- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Página 13 del Tomo XI, Junio de 2000, Jurisprudencia número P./J. 61/2000, Pleno, Novena Epoca.

Independientemente de la importancia que pudiera tener un bien jurídico tutelado para la nación, ello no es un justificante para que el delito quede definido y tipificado desde la propia Carta Magna, pues ni siquiera el terrorismo, el homicidio, el secuestro, o la traición a la patria, cuya comisión atenta en contra de bienes jurídicos tutelados de altísima importancia y de evidente trascendencia, que el combate a la corrupción o la transparencia en el buen ejercicio de la función pública, se encuentran definidos con tal precisión desde la Constitución, ya que esa función es encomendada a los legisladores ordinarios y a la Normas Sustantivas Penales Federales y Estatales.

De lo señalado y de todo el trabajo realizado, se advierte que no se encuentra texto alguno en el cual el Constituyente justifique siquiera de manera superficial, las razones que lo llevaron a redactar el texto del párrafo tercero de la fracción III del artículo 109 Constitucional tal y como lo hizo, lo cual provoca que necesariamente surja la duda respecto de que si dicha redacción fue de manera voluntaria o en el peor de los casos involuntaria, situación que es por demás que resulta por demás confusa.

Máxime si se toma en consideración que no existe en la Lex Legum otro precepto en el se pueda siquiera inferir que se define una conducta delictiva tal y como sucede en el caso, en cual además ni siquiera existe una definición concreta y uniforme del bien jurídico que se procura tutelar con la tipificación constitucional del delito de Enriquecimiento Ilícito, que emane directamente de la ley, del exposición de motivos de la reforma al precepto constitucional multicitado, de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los doctrinarios, investigadores, y juristas, quienes por el contrario han expresado sus conclusiones divergentes al respecto.

Por lo que desde un punto objetivo personal, parece que los delitos cometidos en contra de la correcta administración de los recursos públicos en efecto, deben ser castigados con suma severidad y que ello representa una cuestión de suma importancia para el interés de social, tomando en cuenta el desafortunado retraso en que se ha sumergido nuestro país, originado en gran medida por el deshonesto y corrupto actuar de los servidores públicos.

Sin embargo, también creo que dicha cuestión no es una justificación suficientemente razonable para que el Constituyente redactara de la forma en que lo hizo, el párrafo tercero de la fracción tercera del precepto 109 referido, debiéndose además tomar en consideración que al tipificarse un delito desde la propia Carta Magna, los legisladores debieron actuar con la mayor atingencia a fin de no dejar lugar a suspicacias y a lagunas jurídicas, en la definición y tipificación de un ilícito.

En esa tesitura quiero decir, que con la regulación constitucional del Enriquecimiento Ilícito, el Estado creo un último método, eficaz y poco ortodoxo, para perseguir y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública, un método que desafortunadamente también puede utilizarse con fines meramente políticos, para perseguir y hostigar a un determina persona, quien se encontraría ante una dogmática penal incuestionable a través del sistema de control constitucional mexicano, tal y como se observa en las jurisprudencias que justifican la redacción del ilícito en estudio.

En consecuencia creo, que en un país como México en donde la corrupción dentro del servicio público, ha significado una constante a través de la historia, en la cual efectivamente se deben implementar métodos eficaces, y estritos para sancionar las conductas de los servidores públicos deshonestos y corruptos.

Además, dados los tiempos difíciles que en materia política vive nuestro país, y el proceso de alternancia en el poder que necesariamente deben recorrer los Estados democráticos, existe el riesgo latente de que los mecanismos permitidos por el párrafo tercero de la fracción III del precepto 109 constitucional, sean utilizados por los gobernantes en turno, como un método de persecución a enemigos políticos, lo cual resulta deleznable y poco ético, máxime si se toma en consideración, que tales mecanismos no pueden ser considerados de inconstitucionales si la propia Carta Magna los legitima, y que por ende los mismos no cumplen con la finalidad para la cual fueron creados.

PROPUESTA DE REFORMA AL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 109 PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA INTEGRAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

Encontramos así finalmente, que del análisis efectuado al párrafo tercero de la fracción III del artículo 109 de la Carta Magna, se advierte la existencia de un delito poco común, delito que además al estar elevado a rango constitucional, queda fuera de toda posibilidad de impugnación, dando lugar de manera paradójica, a un sistema poco transparente, para combatir la transparencia en el ejercicio de la función pública.

Por lo que es necesario la existencia de operaciones de instrumentos de control confiables en todo el aparato público como medios de respaldo cuya finalidad sea provocar efectos disuasivos para la comisión de hechos ilícitos y sea factor determinante para la observancia de las disposiciones jurídicas relativas al patrimonio social.

Es por ello, que surge la necesidad de una reforma integral, que permita un mejor sistema para la persecución de los delitos atentatorios contra la transparencia y honestidad en el desempeño de la función pública, sin dar lugar a métodos que si bien en una época se pudieran considerar necesarios, actualmente den lugar a una serie de innecesarias suspicacias respecto de su eficacia y finalidad, así como de su adecuación con los principios generales en el orden penal.

Por lo que conviniendo retomar la opinión que al respecto formuló el Maestro Mariano Jiménez Huerta en el sentido de que el delito de enriquecimiento ilícito es una figura que dejó de lado la dogmática penal y la seguridad jurídica, para convertirse en un método eficaz de persecución a la corrupción de los servidores públicos.⁵⁷

⁵⁷ Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, Ed. Porrúa; Mexico 2000, pp. 440 y 441.

Ahora bien, el presente trabajo tiene como objeto realizar una propuesta de reforma, fundamenta en dos puntos de vista, los cuales están fundamentados en conceptos jurídicos así como planes y programas mencionados y desarrollados a lo largo de la presente investigación los cuales consisten en:

PRIMER PUNTO DE VISTA.

El cual consiste en que la corrupción es una desviación de los funcionarios públicos, que se apartan de las normas establecidas para ponerse al servicio de los intereses particulares, puesto que esta consiste en la obtención de beneficios mediante la utilización de la influencia otorgada por cargos públicos que generan un enriquecimiento ilícito, esto en conjunción con la obtención de intereses personales por sobre todas las personas y los ideales que esta comprometido a servir.

Así la corrupción es traducida como un sistema de comportamiento de una red en la que participa principalmente una persona con un cargo dentro de la Administración pública, dentro de sus tres ámbitos, (ya sea Federal, estatal o municipal), con intereses particulares y con poder de influencia para garantizar condiciones de impunidad, a fin de lograr que este sea investido con actos que atentan contra los valores económicos, sociales, así como los éticos consistentes en honradez, probidad y justicia, al violentar las normas legales para obtener beneficios económicos o sociales que son en perjuicio del bien común y social dentro de nuestra vida social como País.

Por una parte tenemos que de considerarse necesaria la tipificación de un delito a nivel constitucional, a través del cual se pueda perseguir de manera presumiblemente inquisitiva pero a la vez eficaz, el deshonesto e intransparente desempeño de los servidores públicos, creo necesario que desde la propia Carta Magna se establezca la condición objetiva de punibilidad, la causa necesaria que permita sancionar a un individuo por el delito de enriquecimiento ilícito, el cual como, fue regulado a fin de combatir una problemática que en esencia se traduce como el incorrecto desempeño de la función pública.

En efecto, desde este primer punto de vista la reforma se plantea atendiendo a la propia finalidad del delito de enriquecimiento ilícito, así como a la creencia de que actualmente, dadas las situaciones políticas imperantes en nuestro País, persista la necesidad de que la Máxima Norma prevea un sistema y en concreto un delito inimpugnable, a través del cual se persiga de forma si bien eficaz, pero poco ortodoxa el deshonesto y poco transparente desempeño de los servidores públicos en detrimento del correcto desempeño de la función pública.

SEGUNDO PUNTO DE VISTA.

Desde este supuesto, se considera excesivo tipificar un delito desde la propia Carta Magna, dada la peculiar redacción del delito de enriquecimiento ilícito, puesto que se estaría dejando de lado la obligación del Ministerio Público de acreditar la comisión de un ilícito, mas aún que es evidente que a través de la figura redactada en el párrafo tercero fracción III del artículo 109 de la Constitución, se intercambia la eficacia en la persecución de un ilícito, por la seguridad jurídica que debe imperar sin excepción alguna en la investigación y sanción de delitos.

Durante la elaboración del presente trabajo y la reflexión al respecto surgieron las siguientes interrogantes derivadas de manera concisa por las determinaciones de nuestro Máximo Tribunal, siendo ello la razón fundamental del sentido de la reforma como se plantea en este punto de vista.

- Representar la tipificación constitucional del delito de enriquecimiento ilícito, como un sistema eficaz de combate a la corrupción y la falta de transparencia en el servicio público.
- La insuficiencia de las conductas tipificadas en el Título Décimo del Código Penal Federal para perseguir a los servidores públicos en su deshonesto función de labores, lo cual hace necesaria la creación de un tipo penal que exija al Ministerio Público acreditar las causas primeras y originarias de la conducta infractora.
- La existencia de eficiencia por parte del Ministerio Público, para acreditar las causas primeras y originarias de los delitos cometidos por los servidores públicos, y por ende proceder a sancionarlos con certeza por la comisión de ilícitos que atenten contra la función Pública.
- La existencia de la necesidad social, de establecer a nivel constitucional el último mecanismo del Estado para perseguir el deshonesto actuar en el servicio público sin dejar de lado principios elementales del orden penal.
- Prever nuevos procedimientos administrativos que permitan al gobierno proteger y preservar el adecuado y transparente ejercicio de la función pública.
- Destinar recursos para la creación de planes y programas de profesionalización y modernización del Servicio Público.

En ese sentido, la reforma que se plantea en este segundo punto de vista, se encuentra orientada a que dicha figura dejara de estar tipificada como un delito autónomo desde la propia Carta Magna, dejando entonces al legislador quien en la normatividad ordinaria penal, la regulara como un circunstancia agravante a la comisión de las conductas concretas que atentan contra la Administración Pública y el óptimo ejercicio de quienes laboran dentro de ella.

Desde este punto de vista, la redacción del texto original en estudio es la siguiente:

“Las Leyes determinaran los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo o por motivo del mismo, por si o por interpósita persona aumenten sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan”.

Ahora desde este punto de vista, la redacción del texto completo que abarcara con ello los puntos que fueron puestos en controversia quedaría de la siguiente forma:

“Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente a los servidores públicos, por la comisión de las conductas delictivas, que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, atenten y causen con ello un perjuicio contra el honesto y transparente ejercicio de la función pública. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de los bienes adquiridos por motivo de la comisión de tales ilícitos, además de las otras penas que correspondan”.

Como se aprecia del texto que se adiciona al párrafo en comento, se intenta buscar con ello la regulación de una condición objetiva de punibilidad, con lo que se pueda establecer con mayor certeza y convicción, un nexo causal entre la conducta infractora con el daño causado al bien jurídico tutelado.

En donde el conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los servidores públicos, antes que una carga constituye un principio que debe gobernar sus actuaciones y con ello se pretende proteger la transparencia y la honestidad en el desempeño del servicio público,, a lo cual debe aclararse que nadie está obligado a ejercer la función pública; ya que esta se trata de una labor en la que los ciudadanos deciden participar libremente; pero al aceptarla están asumiendo no solo las cargas y responsabilidades que deriven el ejercicio del cargo, sino que además se están colocando en un situación permanente de exigibilidad por parte del estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes.

De manera que la reforma se podría entender como una reforma parcial, en la cual simplemente si bien se acepte tipificar un delito a nivel Constitucional, lo cual para muchos sería ya en si mismo un exceso, se mejoren aspectos concretos en su tipificación como lo sería en concreto, la regulación en el sentido de que se establezca un nexo causal entre el enriquecimiento, con el bien jurídico que se pretende salvaguardar.

No basta sin embargo que la ley defina los elementos que integran el hecho punible. Es menester que la ley lo haga de manera clara e inequívoca de suerte que los jueces puedan derivar la premisa legal de modo preciso y que igualmente, las personas puedan conocer los comportamientos reprochables sancionados y abstenerse de incurrir en ellos. para lo cual con esta propuesta de reforma se intenta subsanar esta deficiencia que se ubica dentro de nuestra legislación, mas aún, las aserciones deben ser tales que las mismas sean capaces de ser sometidos a un procedimiento lógico de verificación.

De tal manera que el enriquecimiento ilícito no es ni puede ser protegido por la constitución, por el contrario sancionar directamente a las personas que detenten patrimonios signados por ese origen, con lo que se ha señalado que la constitución prefigura el delito de enriquecimiento ilícito y mal pueden, entonces, considerarse inconstitucionales las leyes que en perfecta consonancia con ella y con su filosofía, sancionan penalmente la conductas que lo evidencian.

Por lo que la propuesta de modificación ahora no puede aducirse que respecto a las normas acusadoras utilicen un lenguaje impreciso y equívoco y que éste a su vez, entrañe una violación a la presunción de inocencia.

En esas circunstancias, con la reforma propuesta se obligaría al Ministerio Público y al Juez penal a cumplir con la finalidad del legislador al elaborar la reforma de 1982 al artículo constitucional en estudio.

Otorgando así mayor certeza jurídica al indiciado respecto de ser sancionado por conductas que redundaron en un perjuicio al correcto desempeño de la función pública, y protegiéndose así de manera más eficaz, el bien jurídico que se busca tutelar con la tipificación del enriquecimiento ilícito.

De otro lado la creación de un tipo penal, en principio, corresponde al ámbito de configuración normativa, perteneciente al legislador, siempre que en esta materia no se superen los límites que nacen de las garantías sustanciales y procesales dispuesta por las leyes correspondientes y no se violen los derechos fundamentales, el legislador puede establecer los tipos penales que juzgue necesarios con el objeto de reprimir los comportamientos que lesionan las bases de la convivencia, buscando desde luego, que el sacrificio de la libertad y la autonomía sean los menores posibles, como conviene a un sistema fundado en la libertad y en el ejercicio de los derechos.

CONCLUSIONES.

Al término de la presente investigación puedo concluir con seis ideas a partir de los planteamientos presentados dentro de cada capítulo, las cuales consisten en:

Primero: que la construcción del México que la sociedad demanda, requiere de un esfuerzo conjunto, diseñar un proyecto a seguir, un proyecto del país que satisfaga las expectativas de la sociedad, Esta visión no debe ser aislada ni alejada de los principios rectores de nuestra Nación, sin embargo es de reconocer la necesidad de instrumentar cambios para responder a las aspiraciones del México de Hoy, para lo cual es claro que el gobierno debe actuar con una visión de largo plazo para evitar en lo posible que las circunstancias inmediatas o los tiempos que marcan los ciclos y las actividades de la Administración Pública terminen por imponer sus condiciones.

De ahí que todo proceso de transformación lleve implícita una combinación compleja de continuidad e innovación; es necesario conocer cabalmente nuestra realidad para saber a ciencia cierta que debemos preservar y que modificar.

La prevención y la lucha contra la corrupción son prioridades gubernamentales que la hoy Secretaria de la Función Pública (SFP) ha asumido, al promover en todos los ámbitos sociales como resultado de la lucha por una legalidad y respeto hacia el núcleo social como forma de corresponsabilidad que este merece.

Segundo: Durante el desarrollo de la presente investigación, he otorgado especial importancia en que el desempeño de los servidores públicos se realice con estricto apego a las normas y lineamientos que regulan la marcha en el quehacer gubernamental, Siendo la SFP el organismo que ha tomado las riendas dentro de la materia, actualizando y modernizando los procedimientos de rendición de cuentas, como instrumento esencial de fortalecimiento para garantizar una adecuada productividad dentro de la APF.

En donde el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, como ya se anotó este tiene un claro origen constitucional que se refleja en el intereses que le asiste al estado no solo de legitimar la adquisición de la propiedad sino además de sanear la Administración pública, cuyo patrimonio se ve afectado por la conducta indebida de aquellos servidores que por el ejercicio de su cargo incrementa de manera injustificada su propio pecunio con grave detrimento de la Función Pública.

Puesto el país necesita aprovechar de mejor manera los recursos que tiene a su alcance, ya que no debemos de olvidar que uno de los elementos que debe caracterizar al buen gobierno que reclama la población es la austeridad.

Los recursos deben ser reorientados a cumplir programas sustantivos y contribuir al fortalecimiento de una estructura solidada en la administración pública reduciendo el gasto excesivo y burocrático.

En ese sentido, los programas de combate a la corrupción y fomento a la transparencia y el desarrollo Administrativo, reconoce que es urgente la actualización de reformas tendientes a desarrollar de manera óptima el servicio público y de quienes en él participan, y por lo tanto su atención y cuidado deben ser una prioridad para los actuales gobiernos en beneficio de la vida colectiva nacional.

En donde la moralidad y la ética profesional ha sido concebida de manera muy especial en relación con la corrupción pública administrativa, por lo que es necesario salvaguardar el probo ejercicio de transparencia en la gestión y función pública, los cambios fundamentales que se pretenden realizar en relación a la misma respecto de la finalidad ofrecen mayor claridad con la función moral y mas aun con la obligación de corresponder al adecuado ejercicio que se desempeña dentro de la Administración Pública.

Siendo así la pretensión que resalto del trabajo sosteniendo como eje central de la misma, el poder tener un efectivo control, protección y administración de la estructura gubernamental y las funciones de parte de quienes en ella laboran, todo ello encaminado a un beneficio de la sociedad, por lo que para cumplir con este propósito se requiere contar con un marco jurídico adecuado al tiempo y circunstancias de vida en que nos desarrollamos.

Tercero: De esta manera la propuesta de modificación al artículo 109 Constitucional, fracción tercera, párrafo tercero se sustenta principalmente los propósitos siguientes:

Contar con un ordenamiento legal que tenga claridad en sus conceptos:

- Precisar las facultades de las dependencias que intervienen en la Administración Pública Federal y Local.

- Establecer mecanismos que coadyuven a la adopción de criterios uniformes que permitan resolver problemáticas que afecten el adecuado ejercicio de la Función Pública.

Tomando en cuenta lo anterior, al realizar una profunda revisión del marco jurídico actual en la materia y atendiendo a la necesidad de lograr un mejor aprovechamiento, control, conservación y administración de los servicios públicos, es menester fundamental determinar las atribuciones que deben asumir las dependencias relacionadas con la estructura de la Administración Pública Federal.

Por lo que se requiere entonces una permanente comunicación, una adecuada coordinación de acciones y la adopción de criterios homogéneos entre las dependencias de la estructura administrativa gubernamental.

Y para ello establezco una reforma pertinente que puede ser un punto medular dentro de nuestro País, al realizar un cambio dentro del precepto Constitucional multicitado, pretendiendo realizar de fondo un cambio a nivel constitucional conveniente en dar un fundamento que hasta el día de hoy no ha sido considerado en beneficio de la impartición adecuada del Servicio Público como resultado de la transparente y honesta Función Pública.

Con lo que se describe el delito planteado con puntos basados en la descripción teórica antes desarrollada y ahora de forma practica que se manifiesta de la siguiente forma:

- El delito, es decir que la existencia del hecho delictivo en si sea un Hecho público y notorio, que no necesita demostración en el proceso.
- Está plenamente demostrado el aumento patrimonial no justificado, pues este no se presume legalmente.
- Está plenamente demostrada en el proceso la relación entre el delito que se califica como hecho público y notorio y los bienes cuya adquisición es el elemento del delito.
- Está plenamente probado en el proceso que la persona a quien se acusa de haberse enriquecido ilícitamente, conocía el origen e los bienes, en donde tal conocimiento tiene que haber sido anterior a la adquisición de los bienes que origina el enriquecimiento ilícito.

Cuarto: De lo anterior se advierte la existencia de dos vertiente consistentes primero; de manera teórica en que con ese cambio de forma, se engloban una serie de protecciones de posibles conductas que salvaguardan la integridad de la estructura Administrativa, tendiendo como bien jurídico tutelado el transparente ejercicio de la función pública, dentro de nuestra carta Magna,

y segunda, que es de manera práctica o de fondo, el poner un freno a los altos niveles de corrupción que tanto nos han aquejado siendo una causa principal de ello los trabajadores que laboran dentro de la estructura misma.

Debe hacerse notar, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido su criterio, en el sentido de que el delito de enriquecimiento ilícito se encuentra tipificado en el artículo 109 fracción III párrafo tercero de la Constitución, situación que se considera un exceso normativo, pues ello en todo caso debe ser materia de la norma penal secundaria, en donde el legislador ordinario deberá invariablemente ajustar las conductas delictivas, a los principios generales del orden penal consagrados en la propia Carta Magna y contemplados como garantías individuales. Aunado a lo anterior, dicho ilícito es el único que se encuentra regulado (salvo su punibilidad) desde el cuerpo jurídico supremo, cuestión que no ha sido abordada con profundidad por los estudiosos de la materia.

Quinto: Un Estado democrático y una Constitución tan avanzada como la nuestra, no puede permitirse establecer mecanismos orientados a perseguir la corrupción en el servicio público, que sacrifiquen seguridad jurídica por eficacia pragmática, en la persecución de las conductas que perjudiquen el probo ejercicio de la función pública, pues en ello estriba una grave contradicción dogmática que debe ser subsanada, pues no considero aceptable, combatir la falta de transparencia con métodos poco transparentes.

Así mismo considero también, que los métodos que el Estado implemente para perseguir las conductas transgresoras del honesto y transparente ejercicio de la función pública, deben ser igual de transparentes, claros y objetivos, por lo que la incursión constitucional de un delito en este nivel son de suma relevancia para que todo se torne como ejemplo prioritario de justicia en un estado democrático como lo es el nuestro.

Lo anterior destacando la notoria discrepancia y por ende la laguna jurídica que no fue subsanada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de cual es el bien jurídico tutelado con la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, pues dependiendo del bien que se considere necesario proteger en beneficio de la sociedad, el legislador determina la tipificación de una conducta humana reprobada.

No obstante lo anterior, me permito afirmar que la mejor opción que tendría nuestro Máximo Tribunal, sería la de orientarse con la opinión del Doctor en Derecho por la Universidad de Colombia, Jairo Parra Castillo, quien en su Artículo "*ALGUNOS ASPECTOS PROBATORIOS DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO*", contenido en la Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal, Volumen II Número 21-22 1997,"consideró

que el bien jurídico que se tutela, lo es la transparencia y la honestidad en el desempeño del servicio público.

Sexto: La propuesta de modificación que de la presente investigación expuse, respecto del ordenamiento jurídico multicitado, intento dar una respuesta a los solicitudes que una comunidad reclama en protesta a la creciente corrupción originada desde la estructura gubernamental, a través de medidas de carácter jurídico profundo que permita hacer mas eficiente las tareas de control en el ámbito en que el desempeño de la función pública requiere ser renovada con prontitud y acciones correctivas que impidan toda desviación de conductas que dañen la dignidad de la misión y deberes de los servidores públicos.

Señalando por ultimo, que la corrupción y el deshonesto ejercicio de la función pública tristemente ha sido y es un lastre en el sano desarrollo nacional, por lo que los estudiosos del derecho deben enfocarse a la búsqueda incesante de métodos que de manera efectiva combatan tales conductas, como instrumento fundamental en la defensa e nuestra soberanía y la promoción de los intereses nacionales.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFÍA

- 1 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, ACTUALIZACIÓN JURÍDICA, Serie G, Estudios doctrinales, México 1994, Num. 166.
- 2.- Fraga Gabino; *LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA*, Ed. IURIS, México 1994, pág. 45
- 3.- Cárdenas Raúl. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS; México, Ed. Porrúa, 1982.
- 4.- Cárdenas Rioseco Raúl. F. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO; México, Ed. Porrúa, 2001.
- 5.- Claría Olmedo, Jorge A., DERECHO PROCESAL PENAL, tomo I, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.
- 6.- Creus, Carlos, Derecho Penal parte especial; Ed Aestra; 2a edición; Buenos Aires Argentina, 1983.
- 7.- Díaz Aranda Enrique, ENRIQUECIMIENTO ILICITO; Ed Cárdenas Editor; México 1999.
- 8.- De la Madrid Hurtado Miguel; EL MARCO REGLAMENTARIO PARA EL CAMBIO, Diciembre 1982-Noviembre 1985, Tomo 1,; Dirección de Documentación y Publicaciones, pp. 2 y 3.
- 9.- Del Castillo Del Valle Alberto; LA DEFENSA JURIDICA DE LA CONSTITUCION EN MEXICO; México 1994.
- 10.- Díaz de León Marco Antonio, CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS Ed. Porrúa, México 1998.
- 11.- Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. Porrúa, México 1992, Tomo D-H.

12.- González Oropeza Manuel, EXPERIENCIA PARLAMENTARIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE SERVIDORES PUBLICOS (1919-1983), EN LAS RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS; Ed. Porrúa; México 1984. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

13.- México. Partido Revolucionario Institucional. HISTORIA DOCUMENTAL DEL PARTIDO DE LA REVOLUCIÓN (1981-1983). T. 11. 1984.

14.- México. Secretaría de la Contraloría General de la Federación, RENOVACIÓN MORAL. CUADERNOS DE RENOVACIÓN NACIONAL. T. IX. Fondo de cultura Económica. 1988.

15.- Núñez Ricardo, DERECHO PENAL ARGENTINO, tomo VII, Buenos Aires, 1974.

16.- Orozco Henríquez, José de Jesús. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN LAS RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. México Ed. Porrúa. 1984 (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios doctrinales.

17.- Pavón Vasconcelos, DICCIONARIO DE DERECHO PENAL, México Ed. Porrúa , 1999.

18.- Sánchez Vázquez Rafael; GENESIS Y DESARROLLO DE LA CULTURA JURIDICA MEXICANA; ED. Porrúa; Ed, 1a. México 2001.

19.- Sancinetti Marcelo A. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO PÚBLICO; Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1994.

20.- Sancinetti Marcelo, EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO PÚBLICO. UN TIPO PENAL VIOLATORIO DEL ESTADO DE DERECHO', Ed. Talleres Gráficos Edigraf, S. A., 1ª ed, Buenos Aires, Noviembre 1994.

21.- Villada Jorge Luis; DELITOS CONTRA LA FUNCION PUBLICA; ED. Abeledo-Perrot; Ed, 1ra.; Buenos Aires 1999.

22.- Washington Rodríguez, Agustín, CORRUPCIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (HOMICIDIO POR ENCARGO), Argentina, Ed. Iuris, 1998.

HEMEROGRAFÍA

1.- Héctor G. Vidal-La Ley, (Suplemento de Jurisprudencia Penal); 31 agosto de 2000.

2.- Diario La Nación, 5 de Marzo de 1998, Buenos Aires Argentina.

3.- Javier Augusto de Luca y Julio E. López Casariego, revista La Ley (Suplemento de Jurisprudencia Penal) 25 de febrero 2000.

4.- Parra Quijano Jairo Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Volumen II, Números 21-22, 1997, "Algunos Aspectos probatorios del Enriquecimiento Ilícito".

LEGISLACIÓN UTILIZADA.

1.- Ejecutoria dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de Revisión, en el Toca R.A. 1293/2000; PP. 308.

2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa 2006

3.- Código Penal Federal, editorial Porrúa 2006

4.- Código Federal de Procedimientos Penales editorial Porrúa 2006.

5.- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

6.- Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

7.- Reglamento Interior de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.

8.- Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública.

13.- Diario Oficial de la Federación 21-II-1940.

14.- Toca Penal 524/98-IV. Cuarto Tribunal Unitario del Primer Circuito.

CIBEROGRAFÍA

1.- IUS 2003 y IUS 2004.

2.- COMPILA VIII.