

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho



**ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE
COHECHO.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ABRAHAM ANTONIO POLO PEREZ



**FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES**

Ciudad Universitaria, México, D. F.

1985



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 está 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.

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO
DE "COHECHO".

INTRODUCCION (p. 1).

CAPITULO PRIMERO: El delito, como manifestación cultural de una sociedad determinada en cuanto al tiempo y al espacio.- Un ejemplo: el caso concreto de los delitos cometidos por servidores públicos, en la legislación mexicana vigente. (p. 7)

a) El bien jurídico tutelado por los "tipos" en los que se prevén los hechos ilícitos que pueden ser cometidos por los servidores públicos en el desempeño de una actividad pública. (p. 11)

b) Antecedentes de los "delitos cometidos por servidores públicos" en la legislación mexicana. (p. 16)

c) Necesidad a la que se enfrentó el pueblo de México, en el año de 1982, de elaborar una legislación actual, acorde con la situación de corrupción prevaleciente en los cargos públicos, y con el anhelo popular de un cambio radical de dicha situación. (p. 23)

d) Las reformas del 5 de enero de 1983 al código penal del D.F., como elemento previsto en el programa político del actual régimen de gobierno. (p. 26)

e) Contenido de las reformas al código penal, del 5 de enero de 1983. (p. 31)

f) El concepto de servidor público. (p. 34)

g) Móviles y factores criminológicos de los delitos de servidores públicos. (p. 51)

CAPITULO SEGUNDO: (p. 55).

a) Definición de cohecho. (p. 56)

b) Cohecho de servidor y cohecho de particular. (p. 58)

c) Algo acerca de la denominación del delito de cohecho. (p. 62)

d) Antecedentes históricos del delito. (p. 65)

e) Antecedentes del delito en la legislación mexicana. (p. 83)

f) Diferencias entre el delito de cohecho, según lo establecía el código penal vigente antes de la reforma del 5 de enero de 1983, y el delito de cohecho, según se encuentra previsto en el texto vigente. (p. 102)

g)El delito de cohecho en el anteproyecto de código penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal, de 1983. (p. 104)

h)El cohecho en la legislación mexicana comparada. (p. 107)

i)Problemática del delito de cohecho. (p. 114)

j)Prevención. (p. 120)

CAPITULO TERCERO: El elemento Subjetivo. (p. 131)

a)La conducta. (p. 132).

b)Ausencia de conducta. (p. 151)

c)Imputabilidad. (p. 155)

d)Inimputabilidad. (p. 157)

e)Culpabilidad. (p. 163)

f)Inculparbilidad. (p. 175)

CAPITULO CUARTO: El Elemento Objetivo. (p. 181)

a)Tipicidad. (182)

b)Elemento negativo de la tipicidad. (p. 213)

c)Antijuridicidad. (p. 221)

d)Causas de Licitud o Justificación. (p. 226)

CAPITULO QUINTO: El elemento sancionador. (p. 229)

a)La punibilidad. (p. 230)

b)Excusas absolutorias. (p. 250)

CAPITULO SEXTO: (p. 256)

a)Iter criminis. (p. 257)

b)Concurso de personas. (p. 262)

c)Concurso de delitos. (p. 264)

CONCLUSIONES. (p. 267)

BIBLIOGRAFIA. (p. 281)

I N T R O D U C C I O N .

En la doctrina ius penalista ya ha sido señalada, con creces, la circunstancia de que la consideración de una conducta como delictiva, que hace una sociedad, depende de una serie innumera de factores, entre los que destacan, sin lugar a dudas, aquellos que se desprenden del ámbito social.

La religión, la moral, la educación, la idiosincrasia nacional, los usos y costumbres, e incluso los convencionalismos sociales vigentes en tiempo y territorio determinados, influyen de manera decisiva en el Derecho Penal; y, ello no ha de explicarse de otro modo sino en virtud a que el Derecho es en verdad producto social, y más aún, nos atrevemos a decir que ente cultural.

El Derecho es así reflejo de cultura latente en la sociedad, es expresión social a la cual cada cultura en particular imprime su sello propio, matiza de sus colores.

Dentro de este marco, una regla casi general de cultura de las sociedades humanas ha considerado como nocivas-- para la subsistencia social a ciertas conductas, que marcadas-- por su carácter antisocial, se enderezan contra la vida de las entidades que representan a la comunidad, atacan a la Administración del Estado; conductas tanto más reprehensibles cuanto a que son realizadas por, o en connivencia, con los individuos a quienes el Estado a escogido para desempeñarse como depositarios de la confianza social, quienes fueron elegidos para intentar-- el logro de los caros fines estatales: es decir, los empleados y funcionarios, los servidores públicos.

México, país de Independencia y revoluciones, de ideología mestiza y raza de bronce, no oculta a la Historia su democrático estandarte, aspiración de libertad, sed de igualdad, que no podía ser ajeno al anhelo universal de la sociedad perfecta, basada inobjetablemente en el Gobierno Honrado. Esa ansia, ese anhelo, no podían menos que plasmarse en sus leyes, así por ejemplo, sancionando a los funcionarios deshonestos; y, es precisamente al estudio de tales provisiones normativas que se dedica el tema de la presente tesis, en el entendido de que fueron dos los móviles que hicieron retornarme hacia los delitos-- de servidores públicos: por un lado, porque el mejoramiento del servidor redundará en la mejor convivencia y armonía sociales, si tomamos en cuenta que "el funcionario es uno de los actores de la actividad pública", de lo que se desprende que "si la Ad-

ministración ha funcionado bien o mal, incluso si no ha funcionado, si se manifiesta con sus aciertos y debilidades, ello es porque detrás de la fachada anónima del edificio administrativo se encuentran los agentes, hombres y mujeres, que actúan, administran, deciden" (1); y, en segundo lugar, en virtud a que los delitos cometidos en contra de la Administración Pública, son--- un tema de permanente actualidad, más aún cuando no ha mucho--- tiempo atrás nuestro derecho patrio sufriera, en relación al tó

ico que nos ocupa, ingentes reformas acordes con la realidad-- mexicana, mismas que merecen un detallado examen a fin de dilucidar sus pretensiones y alcances.

Pero a fuer de sinceros debemos señalar que el-- tema sería muy basto si finalmente no nos concretamos al análisis jurídico de un sólo delito, estudiado éste por supuesto dentro del contexto de los delitos de servidores públicos, ya como ente histórico-sociológico, ya como figura del Derecho. Es por ello que hemos centrado nuestra atención en el delito de cohecho, cuya elección no es el resultado del azar, sino de la idea de que se trata de una conducta de lo más difundida en tiempo y espacio en la sociedad mexicana, y que, paradójicamente, es uno de los delitos menos perseguidos, procesal-penalmente hablando.

Congruente con lo expuesto líneas atrás, hemos-- dividido la presente tesis en dos partes, en la primera de las-- cuales se tratan diversos aspectos de carácter histórico y so--

(1) Loc. cit. Marcel Piquenal; "Le fonctionnaire", t. I, p. 15; Ed. Berger-Levrault, 2a. ed. París, Francia, 1979.

ciológico de los llamados delitos de servidores públicos, y--- particularmente del cohecho; se señalan causas y factores de--- los mismos, y se precisan las medidas que a nuestro juicio son las más adecuadas para su prevención. En la segunda parte, con fundamento en la importancia que ha adquirido en nuestros días la dogmática penal como método de análisis de las normas penales, se pretende la elaboración de un concienzudo estudio dogmático del ilícito elegido, plasmando al lado de las teorías consagradas nuestra opinión personal, cotejando nuestras normas escritas con el derecho de otros países, y en fin señalando los errores de nuestro legislador, así como alabando sus muchos aciertos, todo ello, con la pretensión de contribuir, aunque sea mínimamente, a la comprensión de los delitos cometidos contra la Administración Pública, especialmente por lo que ve al cohecho, como único medio para proveer a su posible eliminación en la vida diaria.

Concluida la presente tesis, esperamos que la--- misma cumpla con los objetivos fijados al conocimiento universitario y con las obligaciones señaladas al estudiante; objetivos y obligaciones remarcados por Don Justo Sierra en su discurso--- pronunciado con motivo de la inauguración de la Universidad Nacional de México, en que declaraba:

"...no, no será la Universidad una persona destinada a no separar los ojos del telescopio o del microscopio,--- aunque en torno de ella una nación se desorganice; no la sorprenderá la toma de Constantinopla, discutiendo sobre la naturaleza de la luz de Tabor".

De tal modo "...que no es lícito al universita--

rio pensar exclusivamente para sí mismo, y que si se puede olvidar en las puertas del laboratorio al espíritu y la materia, como Claude Bernard decía, no podemos moralmente, olvidarnos-- nunca ni de la humanidad, ni de la Patria"(2).

POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU
Ciudad Universitaria, 1985.

A.A.P.P.

(2) En "Latinoamerica" Cuadernos de Cultura Latinoamericana # 5, p.p. 6 a 7 y 11
Coordinación de Humanidades, UNAM: México, 1978.

CAPITULO I.

CAPITULO I.

El delito, como manifestación cultural de una sociedad en cuanto al tiempo y al espacio.- Un ejemplo: el caso concreto de los delitos cometidos por ser vidores públicos, en la legislación me xicana vigente.

CONSIDERACIONES PREVIAS: A nuestro modo de ver-- las cosas, el delito, conducta antisocial, es la expresión de-- cultura de una sociedad en particular que se manifiesta en dos momentos existenciales diversos.

En un primer momento, la consideración de una con ducta ya no sólo como antisocial, sino incluso como delictiva,-- no es otra cosa que la manifestación cultural de un sentimiento de repudio social a la misma conducta; gracias a esta manifesta ción surgen los delitos en su acepción actual de "tipos", de le yes penales sancionadoras.

Ese repudio social, sin embargo, no se demuestra en todos los lugares, en todas las sociedades, y en todos los-- tiempos, de idéntica manera, sino que se trata de una realiza-- ción del espíritu propia de época y sitio determinados; así por ejemplo, en nuestro país no sabría reprimirse un delito de "su-- percheria" o brujería como el previsto en la legislación brasi-- leña (art 157), puesto que tales conductas no constituyen una--

lacra de la sociedad mexicana; así, tampoco podríamos pensar--- en la existencia de delitos como el de "crueldad ejercida en--- contra de animales", o en el "estupro cometido en agravio de un menor del sexo masculino", previstos en algunas legislaciones-- europeas, pues o bien la sociedad de nuestro país aún no ha alcanzado un grado de desarrollo tal, suficiente a prevenir el--- ilícito mencionado en primer término, o bien la conducta descrita en segundo lugar no ha sido vista como verdadero problema de nuestra realidad. Del mismo modo, debido a logros constitucio- nales de la intelectualidad mexicana, no cabe en nuestro país-- la especial protección penal respecto a una religión en particu- lar (como sucede en España, por ejemplo, en relación a la reli- gión católica: arts. 205 y s.s.), porque dicha previsión sería- contraria a nuestros principios de libre pensamiento y laicismo; de igual manera, tampoco son dables en nuestro orden jurídico-- penas tan lesivas como las que prevén los códigos de inspira--- ción coránica *verbi gratia* para el delito de robo (pérdida de-- las manos por amputación).

De los pocos ejemplos que hemos dado no es difi- cil concluir que cada ordenamiento penal se encuentra intimamen- te relacionado (al menos como regla general) con la realidad--- que le toca regir, con la cultura a la que le corresponde repre- sentar.

En un segundo momento existencial, ya creado el- "tipo", ya prevista legalmente la conducta que se estima como-- delictiva, no cabe ni la menor duda de que en múltiples ocasio- nes la frecuencia en la comisión del delito se encuentra deter- minada por un aspecto cultural; aunque aquí, no es el sentimien- to de repudio el que orienta el acrecentamiento de un comporta-

miento delictivo, sino por el contrario, es el reblandecimiento de los ideales sociales, de la moral pública, lo que fomenta el aumento de la criminalidad.

Ahora bien, si hay casos de delitos que son des-criminalizados debido al progreso intelectual de una sociedad-- (así p.e. los casos de aborto eugenésico y por violación, en la sociedad española; o la desaparición de las penas corporales,-- infamantes o de muerte, en nuestra legislación), hay otros deli-tos en los que la cultura, entendida como las realizaciones del espíritu tendientes a la obtención de la felicidad del ser huma-no, por regla general, no puede permitir su aceptación, por re-ferirse a conductas que de manera inobjetable atacan a los prin-cipios esenciales de la vida en común; y, si esos delitos se co-meten con mayor frecuencia en una época dada, no es porque la--voluntad general los haya aceptado, sino que quizás la falta de castigo a sus infractores ha creado el descontento en algunos--estratos sociales, cuyos miembros, ante la vista de una posible impunidad, se deciden por el fácil camino de la delincuencia.

Este resquebrajamiento moral no es más que el re-flejo de un grave desorden social, y resulta la crítica más cla-ra a la ineficacia de un sistema, de una sociedad, de un Estado. Es la severa manifestación del descontento popular frente a una situación anómala.

Contra tal reblandecimiento, puede invocar el Es-tado la coercibilidad del Derecho (creación de nuevos tipos pe-nales, etc.) la que resultará inútil si a su lado no se colocan los medios eficaces con los que se frene la corrupción social.

En el caso concreto de los delitos de servidores

públicos, es la cultura nacional la que repudia y ha repudiado la prepotencia de sus funcionarios y empleados, de ahí la creación de los hoy llamados delitos de "servidores públicos"; sin embargo, como veremos a lo largo del presente capítulo, el resquebrajamiento de los ideales sociales, que ha repercutido en el aumento de la frecuencia de comisión de esos delitos en la ciudad mexicana de nuestros días, contribuyó a que el Estado mexicano, como último medio quizás de preservación del orden social existente, se haya visto en la necesidad de actualizar la legislación represiva de los delitos en estudio.

a) EL BIEN JURIDICO TUTELADO POR LOS "TIPOS" EN--
LOS QUE SE PREVEN LOS HECHOS ILICITOS QUE PUEDEN SER COMETIDOS--
POR LOS SERVIDORES PUBLICOS EN EL DESERPEÑO DE UNA ACTIVIDAD PU
BLICA:

Nuestro código penal vigente (1) distribuye a---
los delitos en particular en 23 títulos, bajo los cuales agrupa
los ilícitos penales por "familias", atendiendo a la similitud--
que los delitos de una misma familia presentan en su bien jurí--
dico tutelado u objeto de protección, pues si es cierto que no--
pueden existir "tipos" cuyo objeto jurídico inmediato sea idént--
tico (2), sí encontramos diversos ilícitos que de manera inde--
pendiente protegen a cada una de las partes de un todo, al que--
nosotros denominamos "bien jurídico mediato". En otras palabras
hemos de decir que la ley penal, en género, pretende evitar la--
afectación de determinados intereses (derechos individuales o--
sociales) de la esencia y actividad humanas, que la sociedad es
tima vitales para la vida en común y el progreso social; la - -
esencia y actividad humanas poseen empero diversos aspectos, de
ahí que el Estado se vea obligado a crear diferentes figuras de
lictivas que protejan, cada una de ellas, a un aspecto distinto
de esas actividad y esencia humanas (esto, de acuerdo con el---
principio penal "nullum crime sine typo"), sin embargo, algunos
de esos varios delitos presentan similitudes entre sí, una "iden

(1) Siempre que hablemos de nuestro código penal, o del código vigente, etc. nos estaremos refiriendo al "Código Penal para el Distrito Federal en Materia del-fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal", de 1931.

(2) Así Jiménez Huerta, en su obra "La Tipicidad" (Porrúa, 1955), manifiesta que "carecería de razón... la pluralidad de tipos penales protectores de un mismo-bien jurídico" (p.p. 96).

tividad de naturaleza" (3) que permite sean agrupados bajo un mismo título (4) del código penal, siendo tal el caso, por ejemplo, del aborto y el homicidio contemplados como delitos contra la vida e integridad corporal, el fraude y el robo como delitos patrimoniales, y el estupro y la violación, delitos sexuales, entre otros.

Algo semejante ocurre con los delitos que comprende el título décimo del Libro Segundo del código punitivo federal (texto en vigor), en donde se aglomeran bajo el epígrafe de "Delitos de Servidores Públicos" once delitos; ilícitos diversos, esquematizadores de conductas humanas dispares pero que tienen un punto de contacto entre sí, vínculo jurídico que no lo es, como parece desprenderse de la errónea técnica utilizada por el legislador, el sujeto activo de las conductas, sino, al igual que como acontece respecto de los delitos contra la vida, el honor, la economía pública, etc., el vínculo de referencia no es otro que el bien jurídico (mediato) tutelado, a cuyo estudio se encuentra dedicado el presente inciso.

Ahora bien, previo al estudio del bien jurídico tutelado por los tipos en cuestión, y atento a que tiene íntima relación con la materia, esbozaremos una breve crítica al rubro del título décimo, que como hemos dicho porta el nombre de "De-

(3) Loc. cit. Jiménez Huerta, op. cit., p.p. 96, al respecto el citado autor comenta: "La identidad de naturaleza forja una categoría común que sirve de título o rúbrica a cada grupo" de delitos.

(4) "Dentro de un mismo título, rubro o familia de tipos delictivos se agrupan diversas especies, que si bien protegen el mismo bien jurídico contemplan diversos aspectos fácticos que a la tutela del expresado bien jurídico pueden afectar... La simple observación de los tipos de delito recogidos en un mismo título rubro o familia, pone, de inmediato, en relieve, que la tutela de un mismo bien jurídico, después de abarcar lo genérico, desciende a lo específico". (Jiménez Huerta, op. cit., p.p. 96).

litos cometidos por servidores públicos".

Al efecto, hemos de señalar que la denominación es totalmente impropia, pues si atendemos a que en el título no sólo se prevén ilícitos que pueden ser cometidos de manera exclusiva por "servidores públicos", sino que también se regula a una serie de delitos cometidos por particulares (5), resulta verdadero el hecho de que el rubro utilizado no es comprensivo de la totalidad de figuras delictivas del título; y, por otro lado, no entendemos por que el legislador varió el sistema al cual--- inicialmente había dado sus adherencias, y en el caso concreto--- rubricó a los delitos no en relación a su bien jurídico tutelado sino en atención a uno de los sujetos comisores de las infracciones.

Consideramos pertinente, por lo tanto, la modificación del rubro en cuestión, quedando el problema de decidir--- cual es el nombre correcto que debemos adoptar. Para la solución de tal problema nos parece conveniente el estudio de los delitos a que está dedicado este trabajo en la legislación comparada,--- en la cual encontramos los siguientes sistemas:

1) La gran mayoría de los ordenamientos punitivos extranjeros utilizan el sistema de nuestra legislación penal,--- amparando bajo el epígrafe de delitos cometidos por "funcionarios o empleados" (o por "funcionarios en el ejercicio de una--- función", o "cometidos en el ejercicio de funciones públicas"), a delitos tanto de particulares como de trabajadores al servi---

(5) Así, p.e. los delitos de "aceptación de nombramientos, contrataciones o identificaciones, con abuso de autoridad por parte de un servidor público" (art. 215) ejercicio indebido de servicio público, en las modalidades previstas por el art. 214, fracs. I y II; uso indebido de atribuciones y facultades (art. 217 frac. II) tráfico de influencia (art. 221, frac. II); cohecho (art. 222, frac. II); peculado (art. 223, fracs. III y IV); y enriquecimiento ilícito (art. 224, segundo párrafo).

cio del Estado.

2) Un segundo sistema, que también toma como base al sujeto activo del ilícito, distingue los delitos cometidos-- por particulares contra los funcionarios públicos, de los delitos de funcionarios, sin tomar en cuenta que en todo caso el--- bien jurídico vulnerado en última instancia (mediato), es el--- mismo.

3) Finalmente, un sistema más evolucionado contempla a los delitos de empleados y particulares en un mismo capítulo, de acuerdo al bien jurídico (mediato) tutelado, como "infracciones que atacan la actividad de las Organizaciones del Estado, organizaciones sociales u otras actividades reglamentadas por la ley" (Rumania), o "delitos contra la Administración del Estado" (San Marino y Turquía), "contra el orden de los negocios públicos" (Checoslovaquia), o contra la "Cosa Pública" (Venezuela). Y éste es el método que nosotros propugnamos debe acoger nuestro código penal, denominando a la sección "De los Delitos contra la Administración Pública", o del Estado. (6)

En efecto, el título décimo de nuestro ordenamiento penal trata de prevenir todas aquellas conductas humanas que obstaculizan e impiden el cabal desenvolvimiento de la Administración Pública, entendida ésta en su concepto amplio (6 bis),-

(6 y 6 bis) Existe en la Doctrina del Derecho Penal una gran diversidad de opiniones respecto de lo que debe entenderse por Administración Pública, diversidad preveada en su mayor parte por la confusión que sobre el término reina en el Derecho Administrativo, del cual deriva el concepto penal. Hay quienes aplican el concepto de Administración Pública tan sólo a aquella parte del Poder Ejecutivo que no desempeña una actividad de gobierno, en tanto que otros autores consideran que debe comprenderse una noción amplia de Administración que incluya a toda la actividad estatal, al lado de la noción restringida propia del Derecho Administrativo (así la considera p.e. Adolfo Merkl, en su Teoría General del Derecho Administrativo, Ed. Nacional, 1975, p.p. 9), pasando por los juristas que excluyen del concepto de Administración Estatal a las---

comprendido de toda gestión o actividad del Estado, y tal es, a fin de cuentas, el bien que pretende tutelar el derecho penal-- tanto con los delitos propios de los trabajadores del Estado,-- como con los cometidos por particulares y previstos erróneamente como "delitos de servidores públicos".

Así pues, resulta notoria la circunstancia de que tanto los delitos de servidores como los particulares regulados por el título X, tienen íntima relación entre sí y una particularidad que los identifica plenamente, pues ambos atacan a lo que en algunos países se denomina "cosa pública" y en otros "Administración del Estado, lato sensu, en cuanto a sus bienes, funciones o servicios, y que constituye el objeto mediato o genérico de protección de los tipos.

Ahora bien, junto al fin mediato, que constituye el objeto genérico de protección de los delitos previstos en el título en estudio, nos encontramos con un fin inmediato, que lo es el bien jurídico específico de cada uno de los delitos en particular, así p. e.: la permanencia del servicio público y de la seguridad jurídica, así como la protección del orden jurídico establecido (de la coalición de funcionarios), la honestidad y la rectitud de los empleados encargados de la Administración Pública (del enriquecimiento ilícito) y la fidelidad y probidad del funcionario para con su patrón, el Estado (en el peculado), etc. Tal fin inmediato tiende a la protección de una mínima par

--funciones legislativa y judicial, e sólo a alguna de ellas. Por nuestra parte, utilizamos la expresión Administración Pública, Estatal, o del Estado, en su más amplia acepción, tal y como le hace Merkl. (Cfr. Miguel Acesta Romero, "Teoría General del Derecho Administrativo", p.p.62 a 63, Porrúa, 4a. ed. 1981; Gabino Fraga, "Derecho Administrativo", p.p.52 y s.s., Porrúa, 10a. ed. 1963; García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, t. I; Andrés Serra Rojas, "Derecho Administrativo", t. I, Porrúa, 10a. ed., 1981; y Mammel María Díez, "Derecho Administrativo", t. III, Ed. OMEBA, Argentina, 1967.)

te del normal y correcto desarrollo de la Administración Estatal y, en su conjunto, cada fin inmediato complementa e integra al inmediato, contribuyendo así a la completa protección de la Administración Pública, permitiéndole a ésta la consecución de sus fines.

b) ANTECEDENTES DE LOS "DELITOS COMETIDOS POR SER VIDORES PUBLICOS", EN LA LEGISLACION MEXICANA:

Corresponde al Estado de Veracruz el honor de haber sido el primero (al menos hasta donde se conoce) en legislar en la República Mexicana sobre la materia penal, al promulgarse, en el año de 1835 (28 de abril), el proyecto de código penal presentado al Cuarto Congreso Constitucional del Estado el año de 1832; proyecto que, sin lugar a dudas, fue influenciado de manera palpable por el código penal español de 1822 (7).

Por cuanto hace a los delitos en estudio, el código de referencia preveía en su Segunda Parte (8), título quinto, a los "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos". El título en cuestión se dividía en doce secciones, cada una de las cuales estaba dedicada a un delito distin-

(7) Carrancá y Trujillo, manifiesta que "el Código de 1835 acusa indudables influencias del español de 1822, como se colige por la sola lectura en su total articulado, por su sistemática, por su catálogo de penas, por la confusión en la materia de excluyentes de responsabilidad, etc." (citado por Celestino Parte Petit, en Evolución Legislativa Penal en México, p.p. 14, ed Jurídica Mexicana-la. ed., 1965.

(8) Constando de 759 arts., el c.p. de 1835 estaba dividido en tres partes: 1) De las penas y delitos en general; 2) De los delitos contra la sociedad; y 3) De los delitos contra los particulares; constituyendo la primera parte la que hoy se conoce como "Parte General", en tanto que la 2a. y la 3a. son el articulado especial del ordenamiento punitivo en cuestión.

to, a saber: I.-Prevaricación; II.-Sobornos, cohechos o regalos; III.-Estravío, usurpación y malversación de caudales y efectos-públicos (peculado); estorsión y estafa (antecedentes de nuestra concusión); V.-Ejercicio de negociaciones y contratación de obligaciones incompatibles con el cargo; VI.-Incumplimiento de leyes y ordenes superiores, obstaculización de las funciones públicas y falta de subordinación y asistencia al desempeño de sus obligaciones (delitos de coalición de funcionarios, abuso de autoridad y abandono de funciones); VII.-Mala conducta de funcionarios públicos, maltrato al público y a los subordinados, abuso de autoridad; VIII.-Anticipación y prolongación indebida de funciones y ejercicio incompetente de éstas (actual delito de ejercicio indebido de servicio público); IX.-Omisión de la acción persecutoria, obstaculización de la Administración de Justicia; X.-Delitos de jueces eclesiásticos; XI.-Delitos de funcionarios públicos en la administración de justicia; XII.-Delitos de empleados públicos que suministren, vendan, compren o administren algunas cosas por cuenta del gobierno.

A nivel federal, es el código de 1871 el primero en interesarse de la materia punitiva.

Auspiciado por el pensamiento liberal de Juárez, y orientado por el sentimiento de la necesidad de seguridad jurídica en el aspecto criminal, el llamado código Martínez de Castro fue promulgado el 7 de diciembre de 1871, para comenzar a regir el 1.º de abril de 1872.

Fundamentado en los postulados de la Escuela Clásica, al igual que el código penal español de 1870 (su antecedente inmediato), el código Juárez se encuentra también impreg-

nado de "un levísimo espíritu positivo" (9), que se aprecia sobre todo en la primigenia reglamentación que hace de la libertad preparatoria.

Por lo que ve a los "delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones", estos se encuentran regulados en el título undécimo, del Libro Tercero, artículos 993 a 1060 (el código se integraba con 1151 preceptos). En el código de 1871 nos encontramos los siguientes puntos de interés en relación con los delitos en estudio: a) se lleva a cabo una mejor sistematización de los delitos de funcionarios públicos; y b) se nota la reducción ostensible del casuismo observado no sólo en el código veracruzano de 1835, sino incluso en los primeros proyectos de código penal para el D.F. Es por ello que nos atrevemos a decir, sin temor a equivocarnos, que a partir de este código son pocos los cambios en la estructuración y clasificación de los delitos que sufrió respecto de la materia en cuestión nuestro ordenamiento punitivo, hasta el 5 de enero de 1983, aún y cuando tampoco podemos negar que la descripción típica de los delitos de funcionarios públicos era aún sumamente casuista.

Así pues, son delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, según el código penal de 1871: 1) Anticipación o prolongación de funciones públicas. Ejercicio de las que no competen a un funcionario. Abandono de comisión, cargo o empleo; 2) Abuso de autoridad; 3) Coalición de funcionarios; 4) Cohecho; 5) Peculado y Concusión; 6) Delitos cometidos en materia penal y civil (con motivo de la administración--

(9) Loc. cit. Perte Petit, Evolución..., p.p. 26; Cfr. también, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, t. I; Ed. Jurídica Mexicana, 1964; y Carranca Trujillo, "Derecho Penal Mexicano", Porrúa, 14a. ed., 1982.

de justicia); y 7) Delitos cometidos por Altos Funcionarios de la Federación (es decir, "ataque a las instituciones democráticas, a la forma de gobierno adoptada por la Nación, o a la libertad de sufragio en las elecciones populares, la usurpación de atribuciones, la violación de alguna de las garantías individuales y cualesquiera otra infracción de la Constitución y leyes federales que en el desempeño de su encargo cometan los altosfuncionarios..."-art. 1059), delitos estos últimos para cuya sanción el código remitía al juzgador a lo dispuesto en la "Ley del Congreso General sobre delitos oficiales de los Altos Funcionarios de la Federación, de 3 de noviembre de 1870" (10).

Ahora bien, el código para el Distrito y Territorios Federales de 1929 (conocido como código Almaraz), segundo código penal de vigencia federal, fue promulgado durante el gobierno de Don Emilio Portes Gil, y elaborado con el fin de subsanar las deficiencias del ordenamiento de 1871 así como para adecuar la legislación penal a la realidad social de un país en vías de pacificación, después de las convulsiones civiles provocadas por la Revolución Mexicana. El código Almaraz, sin embargo, no cumplió con su cometido, pues, la indecisión de la Comisión-Redactora dió pábulo a la creación de un ordenamiento informepor cuanto a su orientación, propugnada como positivista (enteoría) frente a un clasicismo latente y patente en su articulación, tal indecisión le valió acres críticas de parte de los es

(10) Respecto de los delitos de Altos Funcionarios hemos de comentar que dada la vaguedad con que se encontraban precisados y la poca monta de la sanción (destitución e inhabilitación) nosotros dudamos de que se haya tratado de verdaderos delitos, de ahí que pensemos que en realidad no eran más que faltas administrativas. Así pues, de este código data la problemática que con posterioridad surgiría plenamente respecto de los delitos del orden común y los oficiales, problemática que alcanzaría su clímax en 1930 con motivo de la derogación de la Ley de Responsabilidades de 1940.

tudiosos del derecho (11), no obstante a algunos logros, no---
pocos, entre los que destacan la abolición de la pena de muerte
y el establecimiento de "marcos penales", innovaciones que a la
postre influyeron en los posteriores ordenamientos penales mexi-
canos.

En materia de delitos de funcionarios públicos--
el título noveno del Libro Tercero, del código de '29, resulta-
una transcripción casi textual de su antecesor el código de----
1871, respecto del cual presenta, empero, las siguientes dife--
rencias: 1) inexplicablemente suprime los delitos de peculado y
concusión; 2) suprime como delitos de funcionarios públicos los-
cometidos en materia civil y penal, creando en cambio un título
nuevo (el décimo), en el que se contempla a los "Delitos cometi-
dos en la Administración de Justicia"; es así que data de este
código el error de sancionar por separado los delitos del Poder
Ejecutivo y del Judicial, y hablamos de error puesto que puede-
dar lugar a confusiones, sobre todo de llegar a pensarse que a
los funcionarios judiciales sólo podrían aplicárseles las dispo-
siciones del capítulo X, pero no las del precedente.

Corresponde ahora el estudio de nuestro código--
vigente, de acuerdo a los textos que precedieron a las reformas
del 5 de enero de 1983; código que "a su correcta redacción es-
pañola une una arquitectura adecuada". (12)

Promulgado el 13 de agosto de 1931, respecto del
texto original del mismo sólo hemos escuchado encomios, dentro-

(11) Vid Carrancá y Trujillo, "Derecho Penal" p.p. 127 a 130, y Celestino Porte-
Petit, Evolución Legislativa Penal en México, p.p. 33 y s.s.

(12) Loc. cit. Carrancá y Trujillo, Derecho Penal, p.p. 130.

de los que destaca, por su lirismo, el de Don Raul Carrancá y--
Trujillo, quien comenta:

"El código penal de 1931 no es, desde luego, un código ceñido a cualquiera de las escuelas conocidas. Respetuoso de la tradición mexicana, su arquitectura formal, con más de una originalidad,-- sin embargo, es la de todos los códigos del mundo, incluso el me xicano de 1871; pero por otra parte en su dirección interna acu sa importantes novedades a las que se agrega lo que de auténtica modernidad había recogido el código penal de 1929. ...

"Pragmático por excelencia, el código penal de 1931 desarrolla modestamente, pero con firme dirección, sus desideratas de a--- cuerdo con la nuda realidad mexicana. No crea de la nada, recoge, organiza y equilibra la realidad misma...

"Sencillez, precisión, diafanidad, la expresión breve y justa,-- horra de adherencias complicadas que son, en la práctica, el ve ricueto desde el que acecha con su trabuco la chicana. Un códi go de 400 artículos que, sobre su buena prosa castellana, dice-- sólo lo que necesita el jurista y el hombre de la calle."(13)

En el texto original del código de '31, el título Décimo del Libro Segundo (artículos 212 a 224) sancionaba a los "Delitos cometidos por funcionarios públicos", estructurándolos de manera similar a como lo hacía el código de 1871, aunque suprimiendo el capítulo relativo a los delitos de los altos funcionarios. En el capítulo Decimo Primero, al igual que como acontecía en el código de 1929, se contemplaban los delitos cometidos en la administración de justicia. El principal adelanto del código de '31 respecto de sus antecesores, en la materia, lo constituye la acertada descripción típica de los delitos, contra ria definitivamente al casuismo legislativo de los ordenamien--
tos que le precedieron.

(13) Loc. cit., "Derecho Penal", p.p. 131 a 133.

Al haber desaparecido de la faz de nuestro código penal los delitos de Altos Funcionarios, y a fin de ser congruentes con el mandato constitucional del artículo III de nuestra Carta Magna (ya reformado), Lázaro Cárdenas, en uso de las facultades otorgadas por el Congreso de la Unión en el año de 1936 (31 de diciembre) para legislar "en los ramos de gobernanación, salubridad pública y materia penal, y para reformar la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado", promulgó 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", publicada en el Diario Oficial el 21 de febrero de 1940.

La Ley en cuestión suprimió provisionalmente la vigencia del código penal en relación a los delitos de funcionarios y empleados, convirtiendo en "delitos oficiales" a aquellos delitos que por su esencia habían sido considerados tradicionalmente como comunes.

Derogada la Ley de Responsabilidades por un nuevo ordenamiento, en 1980, a partir de esa fecha, como veremos más adelante, recobró su vigencia plena nuestro código punitivo, en materia de delitos de servidores públicos, y en el año de 1983, el capítulo relativo a los funcionarios y empleados del Estado sufrió la más importante reforma, de mucho tiempo a la fecha.

c) NECESIDAD A LA QUE SE ENFRENTÓ EL PUEBLO DE MÉXICO, EN EL AÑO DE 1982, DE ELABORAR UNA LEGISLACIÓN ACTUAL, ACORDE CON LA SITUACIÓN DE CORRUPCIÓN PREVALECIENTE EN LOS CARGOS PÚBLICOS, Y CON EL ANHELO POPULAR DE UN CAMBIO RADICAL DE DICHA SITUACIÓN:

A pesar de lo loable de nuestro código penal de 1931, resulta indudable, como acierta en señalar conocido refrán que "el tiempo no pasa en balde", ni siquiera para el derecho escrito. Las condiciones favorecedoras de la expansión legislativa de 1931 han cambiado. Una Guerra Mundial, los adelantos tecnológicos de la "era espacial", el abismo cada vez más grande entre los países desarrollados y los subdesarrollados, la escisión del universo conocido en dos bloques de tendencia política actualmente incompatible (el socialista y el capitalista): a nivel internacional; una aguda crisis económica, el desplazamiento de las fuerzas productivas del campo a la ciudad, el crecimiento aún muy lento de una industria nacional, el desmoronamiento moral de la sociedad -dentro de la estabilidad político-social del país-, a nivel interno; son algunos de los factores que han contribuido y contribuyen al cambio de las estructuras jurídicas del México de hoy. Dentro de este contexto social, nuestro código penal no podía ser ajeno a tales factores reformistas, de ahí que en el curso de su vigencia haya sufrido, y sufra aún, innumerables reformas, que lo convierten, según la expresión de algún respetable jurista, en un viejo traje parchado de arlequín, con el que empero hemos de conformarnos en tanto no cuaje algún innovador proyecto, que por su técnica y redacción no sólo alcance a situarse a la altura del código de '31, sino que incluso lo supere, aunque sea ligeramente. ;Tarea difícil

cil, no imposible! cuyo cumplimiento compete al incansable estudio del derecho penal mexicano. Mientras tanto, resignémonos con las reformas más imperativas impuestas por las condiciones de la actual realidad mexicana, tal y como las reformas sobrevinidas, es un ejemplo, en el año de 1983, en la materia que a esta tesis ocupa.

Al respecto, creemos que las reformas del 5 de enero de 1983 tuvieron su origen en el deseo, latente en el ciudadano común, de gozar de seguridad frente a los embates indebidos de los agentes de la Administración Pública; deseo tanto más presente, cuanto a que el panorama económico desastroso de la Nación de los últimos dos sexenios gubernativos (panorama de ostensible influencia en la economía doméstica), y la realidad nacional de una administración estatal deficiente, negligente, sorda y ciega a los problemas nacionales, motivaron el desánimo del pueblo, la desesperanza de las clases populares.

Ambos aspectos, el económico y el político, tuvieron especial repercusión al aumentar desorbitadamente la corrupción de los servidores públicos de todos los niveles, así como las muestras públicas de abuso de poder, que dieron lugar a escandalosos sucesos que implicaron incluso a gobernadores que aprovecharon indebidamente los cargos públicos. Igualmente, los excesos policiacos, no siempre ocultos a los medios de comunicación, fueron motivo del temor e inconformidad populares con el gobierno, que entonces se vió precisado a combatir enjudiosamente las deficiencias del Poder Público en México.

Además, y por si los hechos conocidos de corrupción no fueran suficientes de por sí para crear el descontento de las masas, vox populi, vox dei, se sabía de la existencia (o

al menos se presumía) de gravísimos casos de corrupción de altos funcionarios públicos, algunos de los cuales fueron puestos al descubierto por los medios oficiales, quienes corroboraron los rumores populares de las inmensas riquezas de funcionarios, producto del aprovechamiento indebido de la función pública.

En un clima de tensión social, inducido por los factores a que hemos hecho alusión, resulta evidente que las reformas de 1983, junto con las reformas a los artículos relativos de la Constitución Política, y la elaboración de una nueva Ley de Responsabilidades de funcionarios y empleados, vinieron a satisfacer al menos en su fase inicial, una necesidad de seguridad pública, un anhelo popular, y tienden a borrar la imagen del servidor público deshonesto que se ha enseñoreado en la vida nacional desde hace dos sexenios aproximadamente, y que ha causado cierto resquebrajamiento de la moral pública, pues, como sostiene Francisco Arguelles en su estudio sobre "El enriquecimiento ilegítimo de los servidores públicos": "Ninguna causa quebranta en mayor medida al principio de autoridad, que la improbidad de los servidores públicos; el diario espectáculo de la rapacidad de estos induce a la reflexión de que el gobierno es un botín que forma cada seis años una nueva clase que escala muy rápidamente los más altos estratos económicos y sociales."

(14).

(14) En Revista Mexicana de Ciencias Penales, Año III, no. 3, julio 1979-junio 1980; Organo del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F. p. 17.

d) LAS REFORMAS DEL 5 DE ENERO DE 1983 AL CODIGO-PENAL DEL D.F., COMO ELEMENTO PREVISTO EN EL PROGRAMA POLITICO-DEL ACTUAL REGIMEN DE GOBIERNO:

Ante el visible descontento popular en contra de la Administración del Estado Mexicano, no resulta irracional el hecho de que el actual Presidente de la República haya comprendido, desde su precandidatura, la ingente exigencia de devolver al pueblo su credibilidad en el Aparato Estatal, su fé en el Estado. La corrupción de la Administración Pública y de sus servidores, ya hoy día de dimensiones nacionales, y el deseo-necesidad del pueblo mexicano de contar con un gobierno honrado, no--podían pasar desapercibidos por el partido político en el poder, que no por nada tiene varias décadas rigiendo la vida política de la Nación.

Así pues, no resulta raro que uno de los slogans o lemas publicitarios utilizados en la campaña electoral de nuestro actual mandatario, se refiriera concretamente a ésta situación de corrupción, proponiendo, como medio para acometerla, la "Renovación Moral de la Sociedad" (15).

Ahora bien, es menester precisar que la renovación moral no se encuentra referida, en el pensamiento político

(15) "Las diversas iniciativas del Presidente Miguel de la Madrid Hurtado asociadas por el denominador común de la renovación moral de la sociedad mexicana, no obedecen sólo a la íntima y justa convicción personal del depositario del Poder Ejecutivo, que ejerce la prerrogativa inscrita en la frac. I del art. 71 constitucional. Son profundamente, y aquí su sentido histórico y su voluntad--esencial, el resultado de un vehemente señalamiento popular, de un apremio expuesto en múltiples foros del país, a los que se acudió en consulta durante la campaña electoral desenvuelta en 1981 y 1982. Constituyen por ello, la escritura de una de las más graves y diría perentorias sollicitaciones de nuestro pueblo, formuladas por todas las voces y en todas las plazas. Recogen un intenso movimiento de la conciencia colectiva, autocrítica y resuelta, que apareció decidida a señalar y a confesar errores, a cancelar prácticas seculares y reprochables, a ensayar nuevos y necesarios caminos que confiriesen soltura y digni--

de Miguel de la Madrid, al simple aspecto de la Administración-Pública, sino que tiende a "combatir cualquier fenómeno de inmoralidad social que debilita ... a la Nación"(16), pues "la corrupción es una enfermedad social y afecta a diversas manifestaciones de nuestra vida social"(17); y es por ello que define a la renovación moral como "el fortalecimiento de la acción política y social en contra de las transgresiones que atenten contra la moral social"(18), acción que "implica el cumplimiento del deber por cada quien"(19). "La renovación moral significa que antepongamos a intereses personales o de grupo el interés superior de la Nación y que las decisiones que tomen los revolucionarios en el Partido o en el Gobierno sean siempre en beneficio de las clases populares"(20). "Por eso planteo la renovación moral de la sociedad entendiendo ello no como el invento de una nueva moral, sino como la reafirmación de una actitud, -- actitud que consiste en exigirnos a nosotros mismos, para poder exigir a los demás, que antes que el interés particular está el interés de la Nación; que no hay interés privado ni personal ni de grupo que pueda oponerse por encima del interés nacional"(21). Así pues, "la renovación moral de la sociedad es el reto de todos los mexicanos"(22).

—dad a la marcha de la República"(Loc. cit. Sergio García Ramírez, en su comparecencia ante la Cámara de Senadores para informar acerca de la iniciativa de Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; en Revista Mexicana de Justicia, Vol. III, # 21, nov-dic 1982; PGR, PGJDF e INACIPE, 1982, p. 145)

(16) Respuesta de MMH a la pregunta formulada por Joaquín García Taboada, de Radio Nacional de España, durante la entrevista con la Asociación de Corresponsales extranjeros en México (25/XI/81); en "Miguel de la Madrid H." # 6, p. 141.

(17) Palabras de MMH ante el XI y XVII Distritos del PRI en el D.F. (26/XI/81); en "Miguel de la Madrid H.", # 1; Sria de Programación y Propaganda del PRI, -- 1982, n. 83.

(18) Palabras de MMH luego de su protesta como candidato del PRI a la Presidencia de la República; "Miguel de la Madrid H." # 2, p. 20.

Y, el fin de la renovación moral es la preservación del sentido nacional, patriótico, de los mexicanos, e incluso la conservación del país mismo: "no podemos permitir que la Nación se debilite y decaiga; nuestros problemas son tan graves que sólo con una moral renovada lograremos vencerlos" (23).

Pero frente a ese indudable deber patriótico que tiene cada individuo de esforzarse y dar lo mejor de sí mismo-- para el engrandecimiento y fortalecimiento del país, sobre todo en una época de crisis como la actual; deber que constituye la idea madre de la renovación moral, es evidente que el concepto de renovación moral de la sociedad es el resultado del descontento popular con el manejo gubernamental de los servicios públicos en general, y de los fondos públicos en particular; de ahí el especial interés que el entonces candidato oficial a la Presidencia pusiera en sus discursos, comprometiéndose con el pueblo a vigilar de manera cuidadosa el comportamiento de los servidores públicos (24), y señalando de manera precisa las ar-

(19) Palabras de MMH en su gira por Sayula, Jal. (17/X/81); "Miguel de la Madrid H." # 2, p.p. 160.

(20) Palabras de MMH en la Asamblea del Sector Popular del Estado de Jalisco-- 18/X/81; MMH # 2, p.p. 226.

(21) Palabras de MMH ante la comunidad universitaria del Estado de Nuevo León-- (6/XI/81); "Miguel de la Madrid H." # 4, p.p. 200.

(22) Pensamiento jurídico expuesto por el C. lic. MMH, al tomar posesión como-- Presidente de los E.U.M."; en Revista Mexicana de Justicia, Vol III # 21, nov.-dic. 1982.

(23) IDEM.

(24) "Yo acepto que la obligación de tener moral obliga en primer término a los funcionarios públicos, a los empleados públicos, porque se gobierna con el ejemplo..." (Palabras de MMH, # 1, p.p. 83); "Tenemos que tener los mejores diputados. Los mejores senadores, los mejores presidentes municipales y los mejores funcionarios públicos, porque así vamos a servir al pueblo de México, vamos a--

mas que utilizaría en el combate contra la corrupción pública:—
 "Tendremos que reforzar el orden jurídico que trate de estos fe-
 nómenos para que los prevenga, para que los sancione, para que-
 los corrija. Tendremos que montar modernos sistemas administra-
 tivos que prevengan la toma de decisiones con base en criterios
 arbitrarios o con base en intereses personales. Es pues una ba-
 talla compleja, pero tendrá que estar fundamentada sobre todo,—
 en sistemas administrativos, en procedimientos jurídicos, en el
respeto íntegro a los derechos de los ciudadanos" (25).

—seleccionar muy bien a nuestros funcionarios. No admitiremos ni hipócritas, ni mentirosos, ni ladrones. ... La renovación moral es exigencia política para to-
 da la sociedad. Claro, vamos a gobernar con el ejemplo, vamos a ser los más—
 exigentes frente a nosotros mismos. Ustedes, miembros del Partido, exijanme la
 moralidad a mí y a todos los funcionarios." (Palabras de MMH, en la Asamblea—
 del Sector Popular, en Jalisco; "Miguel de la Madrid H." # 2, p.p. 226).

Aquí me parece interesante el señalar que algunas facciones de la izquier-
 da mexicana han sostenido el criterio de que la prédica de la renovación moral
 el reconocimiento por parte del gobierno de la corrupción imperante hoy día en
 la sociedad mexicana y particularmente en los cargos públicos, no es más que—
 una forma de desviar la atención del pueblo, de un orden estatal ineficaz (in-
 flación, desvalorización de la moneda, decrecimiento de la infraestructura in-
 dustrial, disminución del poder adquisitivo de la moneda, etc.) a la inefica-
 cia de sólo unos cuantos servidores públicos corruptos. Ahora bien, si es cier-
 to que existen los graves problemas (sobre todo los de índole económica) a que
 alude esta corriente de la izquierda mexicana, también resulta verdadero el he-
 cho de que la ineficacia de nuestra Administración Pública (que repercute de ma-
 nera definitiva en los problemas a que nos hemos referido) no es debida sino a
 la corrupción generalizada, al resquebrajamiento de la moral social cuyo fin-
 último debería ser la superación de la sociedad.

(25) Palabras de MMH, pronunciadas el 6 de noviembre de 1981 ante la comunidad—
 universitaria de la Universidad Autónoma de Nuevo León; "Miguel de la Madrid H"
 # 4, p.p. 201.

En el ámbito jurídico (26), el lic. Miguel de la Madrid propuso, para combatir la corrupción, la actualización-- de las bases constitucionales de responsabilidades de los servidores públicos, la promulgación de una nueva ley de responsabilidades, así como la modernización de la ley penal por cuanto-- hacia a la materia (27).

El marco jurídico de referencia, se encuentra hoy día perfeccionado: primero, con la reforma de los artículos 108 a 114 de la Carta Magna; después, con la elaboración de la "Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos", y con la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, órgano encargado de su aplicación; y finalmente, con las reformas al código penal del D.F. en materia de delitos cometidos por funcionarios públicos, y a últimas fechas, en materia de delitos cometidos en la Administración de Justicia (28). Sin embargo es necesario recalcar que "la norma penal tampoco-- puede ser una panacea que resuelva de un sólo golpe el complejo fenómeno de los actos ilícitos llevados a cabo por malos funcionarios" (29)

En el terreno administrativo, por el contrario,-- aún no se percibe un esfuerzo duradero por desburocratizar la-- función pública, por implementar sistemas que agilicen y concre

(26) "La guía fundamental de esta renovación (moral) será el Derecho"; Pensamiento jurídico expuesto por el C. lic. Miguel de la Madrid, al tomar posesión como Presidente de los E.U.M.; en Revista Mexicana de Justicia, No. 21, p.p. 132.

(27) IDEM.

(28) Vide García Ramírez, "Comparecencia ante la Cámara de Senadores...", p. p. 148 y 168.

(29) Francisco Argüelles; op. cit., p.p. 19.

ten el actuar de los Organos Públicos; esfuerzo éste que exigirá un despliegue enorme de energía intelectual por parte de nuestros gobernantes, quienes deberán crear además, un aparato ideológico cuyo objeto sea el alimentar en la conciencia de la población, la idea de la importancia de la función pública en la vida social.

e) **CONTENIDO DE LAS REFORMAS AL CODIGO PENAL, DEL 5 DE ENERO DE 1983.**

Hasta aquí nos hemos referido al aspecto político de las reformas inferidas a nuestro código penal vigente en el año de 1983, sin embargo ¿cuál es la extensión técnico-jurídica de las mismas en la materia que nos ocupa?

En la iniciativa presidencial de ley, presentada a la Cámara de Diputados en fecha 2 de diciembre de 1982, se señala la existencia de seis criterios orientadores de la misma:

1) La ampliación y concretización del sujeto activo de los delitos (servidor público) otrora de "funcionarios--públicos".

2) La creación de nuevos tipos; la tipificación--de "conductas públicas ilícitas que ostensiblemente se han desarrollado durante el último medio siglo y que la Ley ha ignorado" (30); dándose vida así a los delitos de "uso indebido de atribu

(30) Loc. cit. "Proceso Legislativo de la iniciativa presidencial de reformas -- al código penal..." (decreto publicado en el D.O. el 5 de enero de 1983), p. 6.

ciones y facultades", "intimidación", "ejercicio abusivo de funciones", "tráfico de influencia", "deslealtad", y "enriquecimiento ilícito" (31).

3) La ampliación de los tipos penales existentes de abuso de autoridad, cohecho y peculado, a fin de hacerlos--- congruentes con la realidad delictiva.

4) La eliminación de "conductas cuya peligrosidad no amerita sancionarse penalmente y frente a las cuales la sanción administrativa es más adecuada" (32), como por ejemplo el abandono de funciones, etc.

5) La reordenación de conductas delictuosas, a fin de clasificar de manera técnicamente correcta los delitos pre-- existentes.

Y, 6) El aumento de la penalidad imponible a los delitos de servidores públicos, atendiendo a que "las sanciones penales establecidas hace más de medio siglo en vez de prevenir el lucro con el patrimonio del pueblo, lo fomentan" (33). Aumento de penalidad que sin embargo no es contrario al principio penal de la proporcionalidad de las penas, pues el criterio de--- aplicación de éstas se encuentra basado en el daño causado.

(31) Como dato curioso hemos de señalar que la necesidad de ampliar el campo de la acción penal a estas conductas ya había sido observada durante el sexenio anterior, en que el entonces Procurador General de la República, licenciado Oscar Flores, declaraba lo siguiente: "Es oportuno anunciar a ustedes, señores diputados, el propósito de la Procuraduría General de la República de tratar de que se establezcan nuevos tipos delictivos que no se encuentran previstos aún por las leyes penales en vigor. En nuestros días ha aparecido el requerimiento de tipificar algunas otras infracciones características del mundo contemporáneo, como son el conflicto de intereses, la corrupción y el tráfico de influencia..." ("La responsabilidad de los funcionarios y la Hacienda Pública", en Revista Mexicana de Justicia, Vol. II, no 12, mayo-jun. 1981, PGR).

(32) Loc. cit. "Proceso Legislativo de la iniciativa presidencial de reformas..." (decreto publicado en el D.O. el 5 de enero de 1983), p.p. 8.

Ahora bien, sometida la iniciativa a la consideración de la Cámara de Diputados, la Comisión de Justicia de la misma plasmó, en un proyecto de decreto de fecha 27 de diciembre de 1982, múltiples modificaciones, más de forma que de fondo, debidas a la inquietud de los representantes populares, modificaciones entre las que destacan la no aceptación del delito de "deslealtad" y la inclusión de un artículo que pretende hacer más proporcional la imposición de penas al servidor público delincuente de acuerdo con sus condiciones personales (art. 213)

El proyecto en cuestión, sometido a discusión en la Cámara Baja, fué aprobado por mayoría de 218 votos, con la objeción (respecto de algunos preceptos, como por ejemplo los relativos a la coalición de funcionarios, ejercicio indebido de servicio público -frac. IV- y peculado) de los partidos de oposición (PAN y PSUM), y con la valiosa intervención de dos catedráticos de la Facultad de Derecho, los licenciados Alvaro Uribe Salas y Salvador Rocha Díaz (PRI).

En fecha 29 de diciembre de 1982, la Cámara de Senadores, a la cual fué turnado el proyecto aprobado por la legisladora, aceptó sin modificaciones el texto del mismo, siendo expedido el decreto de Ley por el Ejecutivo Federal el 30 de diciembre del mismo año, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 1983.

Pero regresemos al estudio, breve aunque sea, de los criterios orientadores de la iniciativa presidencial del 2-

(33) Loc. cit. "Proceso Legislativo de la iniciativa presidencial..." (decreto publicado en el D.O. el 5 de enero de 1983), p.p. 9.

de diciembre de 1982, los que como hemos visto inspiran de manera definitiva a la reforma del 5 de enero de 1983; y, al respecto, hemos de indicar que el objeto de los criterios en estudio fue doble, pues en algunos casos pretendió mejorar la técnica--jurídico-penal de los estudiados delitos (así en los casos de--supresión de conductas inocuas, y de reordenación de conductas--delictivas), y en otros adecuar nuestro régimen punitivo a la--realidad y problemática mexicanas (con la ampliación de tipos--penales, la creación de nuevos tipos, y la adecuación de sanciones).

Nos queda por estudiar al primer criterio orientador de las reformas, por el cual se sanciona en género a quienes se denomina "servidores públicos", y ya no a los funcionarios y empleados; tal estudio, pensamos, merece tratamiento aparte.

f) EL CONCEPTO DE SERVIDOR PUBLICO:

Hasta la promulgación de las reformas del 5 de--enero de 1983 los delitos contra la administración pública cometidos por quienes desempeñaban cargos públicos preveían en sustipos descriptivos a un sujeto activo casuístico, que podía dar pábulo a errores, confusiones y atipicidades; así p. e., en tanto la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados--de la Federación y del Distrito Federal, del 21 de febrero de--1940, hablaba de altos funcionarios de la Federación, de funcionarios y empleados, sin comprender a los trabajadores de la Ad-

ministración Paraestatal, nuestro código penal federal, siguiendo a sus predecesores, regulaba en su capítulo de los delitos-- "cometidos por funcionarios públicos", no sólo a quienes ejercieran una "función pública", sino también a quienes ejercían-- un "empleo, cargo o comisión" (así p.e. art. 212, fracs. I y II) o eran "agentes del gobierno" (art. 212 frac. IV y 214), o "comisionados" (art. 214), agregando el mismo ordenamiento, como-- innovaciones, a la "persona encargada de un servicio público"-- (art. 217), "centralizado o descentralizado, o el funcionario-- de una empresa en que como accionista o asociado participe el-- Estado" (art. 217).

Así pues, resultaba notoria la necesidad de agrupar bajo un mismo rubro a toda esa gama de trabajadores al servicio del Estado, con lo que se evitaría una aplicación injusta o inadecuada de la ley, pues resulta verdadero que un delito como el cohecho o el peculado, pueden ser cometidos, lo mismo por un empleado de un organismo descentralizado, como por un alto-- funcionario de la Federación, o un funcionario del D.F. (34),--

(34) En contra parece encontrarse el lic. Raul Carranca y Rivas, quien señala-- en la décima edición del "Código Penal Anotado" (en coautoría con Raul Carranca y Trujillo, Porrúa, 1983), lo siguiente: "Se ha cambiado el concepto de 'funcionarios públicos' por el de 'servidores públicos'. No estoy de acuerdo. En los términos de la nueva ley la amplitud del concepto es tal que un simple bolero-- o lustrador de calzado desempeña sin duda un empleo en la Administración Pública Federal centralizada si trabaja, p.e., en una de las Secretarías de Estado. Y ni que decir del barrendero que limpia las oficinas..." (nota 606 al art. 212 reformado); y añade más adelante: "...es obvio a mi entender, que los funcionarios públicos de la administración de justicia --no así los empleados o auxiliares-- no son en rigor servidores públicos sino funcionarios de muy alta categoría. No se ve por que la ley se entremete en otro título, salvo por el hecho-- erróneo de confundir al funcionario de la administración de justicia con un-- simple servidor público" (nota 607 al art. 212 reformado). A nuestro juicio, al art. 212 no puede dársele la extensión que señala el maestro Carranca y Rivas-- al pretender que es comprensiva del bolero que trabaja en los edificios de una dependencia pública, pues la ley, al hablar de trabajo en la Administración-- Pública centralizada, organismos descentralizados, etc. no se refiere a los in--

sin que en consecuencia existiera una razón lógica para tratar- en forma distinta a los "iguales".

Es así que el rubro de "servidor público" vino a llenar un vacío de nuestra legislación penal (35).

Semanticamente parece indiscutible que la denominación de "servidor público" que se aplica a determinados individuos es derivado de la expresión "servicio público", e identifica a los agentes encargados de su prestación. Es por ello que consideramos pertinente, para la comprensión del concepto de servidor público, el estudio del servicio público, y a ello nos---
avocaremos a continuación.

—muebles que ocupan las dependencias en cuestión, sino al órgano en sí, a la — institución en concreto, a la persona moral, de tal modo que los artículos que prevén delitos de servidores públicos sólo son aplicables a los trabajadores— al servicio de la institución, es decir, a quienes son remunerados en forma di- recta por ésta (y, entre éstos si puede considerarse al empleado de intenden- cia encargado del aseo del edificio, de la limpieza del inmueble). Ahora bien, por cuanto ve al rechazo del maestro respecto de la postura adoptada por el le- gislador en el sentido de incluir dentro de los servidores públicos a los "fun- cionarios judiciales", creemos que tal rechazo es injusto, primero, porque el- legislador sólo ha seguido la pauta marcada por el art 108 const., que incluye dentro del concepto de servidor público a quienes se encuentran encargados de- la impartición de justicia, y, segundo, porque desde nuestro personal punto de vista creemos que el legislador pretendió elaborar un ordenamiento positivo "i- gualitario", acorde con las garantías de igualdad consagradas por los arts. 12 y 13 de nuestra Carta Magna, pues si bien es cierto la función de los jueces— (impartir justicia, decir el derecho) es de lo más trascendental, como se ha- reconocido a través del tiempo, no podemos decir lo contrario de las funciones del Presidente de la República, de los Secretarios de Estado o de los Diputa- dos y Senadores (entre otros); además hemos de recordar —siguiendo el pensamiento de León Duguit, al cual nos adherimos— que el juzgador no lo es "per se", por- derecho divino, sino porque la sociedad requiere de su actividad, y de ahí de- rivan su poder y su importancia. Finalmente, digamos que el aparente rubro de- nigrante de servidor público es por el contrario, para la tradición democrática, una de las calidades de las que nos debemos de enorgullecer con sobrada razón; no es ofensa, ¡es ensalzamiento!; no implica "servir como criado" a un patrón,— supone, como veremos, el proporcionar una utilidad a la sociedad contribuyen- do así al progreso de ésta!

(35) El actual Procurador General de la República, lic. Sergio García Ramírez— justifica de la siguiente manera la adopción del término "servidor público":—

La idea de servicio público fue desarrollada inicialmente en Francia, como medio pragmático de delimitar la competencia entre los tribunales jurisdiccionales y los administrativos, teniendo origen jurisprudencial. En efecto, la doctrina coincide en señalar, de manera unánime, el hecho de que la sentencia recaída al llamado "asunto Blanco" dió entrada en el mundo jurídico al servicio público (36), revistiendo la idea de actividad regulada y controlada por el Estado y desarrollada por éste, directa o indirectamente, con la finalidad de garantizar su permanencia por motivos de interés público.

Si bien el "arret Blanco" tuvo inobjetable influencia en la ciencia del Derecho Administrativo, también hay que reconocer que contribuyó a su difusión y formulación teóri-

—"La razón fundamental que ha determinado esta ampliación en el ámbito de validez subjetiva de las normas en materia de responsabilidades, tiene que ver centralmente con la nueva dimensión del Estado. Si años atrás el Estado se limitaba al ejercicio de algunas tareas, fundamentalmente de custodia y ordenación, ahora se avansado sobre nuevas áreas de quehacer que son ya, por fortuna, áreas públicas en los sectores económico, social y cultural. Consecuentemente, no basta con la vieja connotación de funcionarios y empleados, que satisfizo las necesidades de su tiempo, pero que ya no satisfaría las necesidades de este tiempo. De ahí entonces que, reconociéndose la verdadera estructura del Estado moderno, compuesto en rigor —cabría el análisis— por un sector central y un sector paraestatal, se haya ampliado el ámbito subjetivo de validez de estas normas sometidas a la soberanía del Congreso de la Unión, para que con ellas se cubran no solamente las funciones tradicionales que, efectivamente, como usted lo ha dicho (senador Ramón Martínez Martín), estaban ya contempladas bajo los rubros de funcionarios y empleados, sino también las conductas de quienes, por una razón u otra, participan en la gestión de intereses públicos o tienen que ver con el manejo del patrimonio de la Nación." ("Comparecencia ante la Asamblea de la Cámara de Senadores...", en Revista Mexicana de Justicia # 21, p.156 a—157).

(36) Al respecto veanse: García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández— (op. cit., p.p. 40); Marcel Waline (Traite élémentaire de Droit Administratif, p.p. 305; Recueil Sirey, Paris Francia, 1955, 6a. ed); Fernando Garrido Falla— (Tratado de Derecho Administrativo, t.II, Ed. Instituto de Estudios Jurídicos, 2a. ed., Madrid, España, 1962, p.p. 277 y s.s.); Charles Eisenman (Cours de Droit Administratif, t. I; Ed. L.G.D.J, Paris, Francia, 1962, p.p. 21 y s.s.); Andrés Serra Rojas (op. cit., p.p. 102 y s.s., t. I); Manuel María Díez (Op cit t. III, p.p. 180 y s.s.); etc.

ca la tesis de servicio público que quizás con fundamento en la sentencia de referencia formulara Leon Duguit, jurista francés; tesis que si bien es mencionada por todos los estudiosos del Derecho Administrativo paradójicamente ha sido poco estudiada e-- investigada, pues no obstante ser aplicable a esa rama del Derecho, la verdad es que la pretensión de Duguit, respecto de los alcances de su doctrina, era la de su aplicabilidad al Derecho Público todo y de manera relevante al Constitucional (37).

Leon Duguit intentó realmente construir una teoría del Estado "contemporáneo" al indicar que éste no se encontraba compuesto, como hasta entonces se predicaba, por el pueblo, el territorio, y la soberanía (poder), sino que en el Estado moderno, virtud a la evolución social de los regímenes gubernativos, la soberanía como ingrediente había sido sustituida--- por un concepto nuevo: el servicio público (38).

La soberanía -entendida por Duguit como poder-- de mando ejercido por los gobernantes en perjuicio de sus súbditos, como derecho irresponsable del soberano sin obligación equivalente- no puede ser fundamento de una República, de un pueblo que por su sacrificio ha conseguido la Democracia, la Libertad, la Igualdad y la Fraternidad. Ese Estado, que dió sus primeros pasos bajo los auspicios del liberalismo económico debía-

(37) Así, en su obra Leon Duguit manifiesta que: "La noción de servicio público es la noción fundamental del Derecho Público Moderno" (Les transformations du Droit Public, 2a. ed., París, Francia, 1921, ed. Armand Colin, p. 34).

(38) "Los tres elementos esenciales del Estado son la Nación, los servicios públicos y el territorio" (Traité de Droit Constitutionnel, t. II, 2a. ed. en cuatro volúmenes, Fontemong & Cie. E de Broccard successeur, Francia, 1923, p. 4). "El Estado no es, como pretendieron hacerlo creer y como se creyo durante cierto tiempo, una potencia que gobierna, una soberanía: es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobiernos" (Traité, p. 54).-- "La noción de servicio público reemplaza el concepto de soberanía como fundamento del Derecho Público" (Les transformations ... p. 34).

encontrarse basado entonces en otra noción: el poder del pueblo, quien designa a sus representantes para que lo gobiernen; representantes a quienes el pueblo faculta con la prerrogativa de--- "dirigir correctamente" y no con la de mandar en forma irrazonada, de ahí que esa prerrogativa, ese dirigir correctamente, más que un derecho del gobernante sea su más importante obligación, un deber. El gobernante, al gobernar, cumple así con una "función" en beneficio de la colectividad de gobernados; y, la ejecución de esa función es a la vez consecuencia y justificación de su poder. "Existe pues una correspondencia íntima entre la posesión del poder y la obligación de llevar a cabo determinadas actividades, de prestar determinados servicios" (39), y tales actividades a que están obligados los gobernantes "forman el objeto del servicio público" (40).

El servicio público es así la obligación del gobernante hacia el gobernado, "es toda actividad cuya ejecución debe ser regulada, asegurada y controlada por los gobernantes, porque es indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, siendo de tal naturaleza que no puede ser asegurada de manera completa más que por la intervención de la fuerza gubernamental" (41).

El "servicio" es un instrumento para un fin, es-

(39) Loc. cit., Duguit, Les transformations ..., p.p. 46.

(40) Loc. cit., Duguit, Les transformations..., p.p. 47.

(41) Loc. cit., Duguit, Les transformations..., p.p. 51.

algo que proporciona utilidad (42); el adjetivo "público" reconoce la validez que tiene dicho servicio para la comunidad, señalando a la vez el ámbito de sus beneficiarios, el "populus", - el pueblo (43).

El servicio público es pues el instrumento por el cual es Estado, representante de la voluntad popular, instruye los elementos necesarios para la vida en común, la superación colectiva, el progreso social, etc.; es decir para la consecución de los fines sociales.

El "servicio público" es ese algo del Estado (medio) que proporciona la utilidad (seguridad, protección social, etc.) al pueblo. Pero el servicio público no es prerrogativa o derecho del Estado, es su principal obligación frente a la sociedad.

La importancia de la tesis de Duguit acerca del servicio público es a nuestro juicio doble: por un lado, doctrinariamente fundamenta al poder detentado en el deber de servicio del trabajador estatal (gobernante, funcionario, empleado, agente, o como se le denomine) deber cuya acreedora lo es la so

(42) En efecto, en la Enciclopedia Salvat diccionario (t. 11, p. 3035) se lee lo siguiente respecto al "Servicio. (Del lat. *servitum*) m. Acción y efecto de servir./.../Utilidad que presta una cosa./.../Adm. Organización y personal—destinados a cuidar intereses o satisfacer necesidades de orden público o de una entidad oficial o privada...". En tanto que servir significa, entre otras cosas: "aprovechar, valer, ser de utilidad./Ser un instrumento o máquina a—propósito para un fin./Ejercer o desempeñar un cargo o empleo..." (IDEM).

(43) Público, deriva del latín "publicus", y éste a su vez de "populus", término no este cuya prístina significación nos da una impresión del concepto "Nación" de "sociedad natural en unidad de territorio" (Loc. cit. Enciclopedia Salvat, t. 11, p. 2780); público es así lo que pertenece a todo el pueblo, lo que les es común (véase Enciclopedia Salvat, t. 11, p. 2779), y en consecuencia también es público lo que sirve al pueblo, a la sociedad, lo que ha sido establecido en razón y beneficio de estos.

ciudad toda; y, por otro lado, como consecuencia práctica de lo antes dicho, el gobernante no es irresponsable de sus actos frente al pueblo, pues debe de rendirle a él la cuenta exacta de su gestión, e inclusive, el propio pueblo puede exigir al gobernante el cumplimiento de sus obligaciones y la responsabilidad proveniente de hechos ilícitos.

Pero la tesis de Duguit, no obstante su alto contenido social, presenta a nuestro juicio dos crasos errores.

Duguit rechaza la soberanía por estimarla una institución caduca heredera del ius-naturalismo religioso, propia del derecho divino, sin observar que el concepto de la misma también podía encontrar una idea adecuada al pensamiento laboral consagrado en la proclama francesa de "Liberté, Igualité, Fraternité", como de hecho ya la había hallado Rousseau al hablar de la voluntad general del pueblo como detentadora de la soberanía (44), voluntad a la cual no puede oponerse el gobernante legítimo.

Por otra parte, Duguit sólo ataca a la soberanía en su aspecto interno (45), pero no comprende su importancia en

(44) En su "Contrato Social", Rousseau manifiesta: "...como el soberano está formado únicamente por los particulares que lo componen, no tiene ni puede tener interés contrario al de estos" (Ed Aguilar, 2a. ed., España, 1973, p.p.20), añadiendo: la soberanía no es "más que el ejercicio de la voluntad general" (p.p. 27; Cfr. Montesquieu, en "L'esprit des Lois" -Ed Seuil, 1980-, libro II # 2, quien señala: "cuando en la República, el pueblo en conjunto, tiene la soberana potencia, es una Democracia"), y por ello es inalienable e indivisible. Esta idea de soberanía es la que recoge nuestra Carta Magna en su artículo 39, al disponer que: "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. ..." (Al respecto, consultense las obras de Jorge Carpizo: La Constitución Mexicana de 1917 -UNAM, 4a. ed. 1980-, p.p. 162 y s.s. y especialmente 191 a 192; y "Estudios Constitucionales" -UNAM, 1a. ed., 1980, p.p. 294, 437- a 439; véase así mismo "Estudios de Derecho Constitucional" de Miguel de la Madrid Hurtado -CEN del PRI, copia facsimilar de la 2a. ed de Ed Porrúa, 1981- p.p. 127 a 164.)

(45) El Doctor Jorge Carpizo enseña que el aspecto interno de la soberanía con-

el aspecto externo, como poder (entiendase límite exterior) opo-
nible a otras soberanías, como fundamento del Estado Nacional--
frente a una diversidad de Estados, de la Nación dentro de la--
comunidad de Naciones. (46)

El servicio público pues, no puede ser aceptado-
como sucedaneo de la noción de soberanía, y sin embargo no por-
ello el servicio público es un concepto carente de toda validez:
el servicio público, a nuestro entender, debe ser considerado co-
mo complementario de la idea de soberanía interna, pue si esta-
comprende la noción de maximo "poder" dentro de un Estado, re--
quiere, para hacerla congruente con el pensamiento democrático,
del servicio público como obligación del Estado y de los guber-
nantes frente a la sociedad; el servicio público es así el me--
dio que utiliza el poder para satisfacer las necesidades de la-
voluntad general, de la cual dimana.

—siste en "la facultad exclusiva de un pueblo de dictar, aplicar y hacer cumplir
las leyes" (La Constitución..., p.p. 166); agregando el autor que "soberanía in-
terna es la relativa a la vida de cada comunidad política. Es en una palabra:--
independencia de cualquier orden jurídico que no sea el propio" (La Constitu-
ción..., p.p. 187).

(46) Así, Carpizo dice: "el aspecto externo (de la soberanía) es ese pueblo que-
con los atributos de supremo e independiente se presenta en el consorcio uni-
versal de naciones" (La Constitución..., p.p. 187). "Soberanía externa es la--
idea de igualdad de todas las naciones, ninguna es más que otra, todas libres-
e iguales, en el consorcio universal, cuya finalidad es la ayuda mutua y conse-
guir un mundo más justo" (loc. cit. La Constitución..., p.p. 188).

Quizás por las razones antes expuestas la tesis de Duguit no encontró adeptos entre los estudiosos del Derecho Constitucional, viéndose afectada por el contrario de gran rechazo (47); empero, en conjunción con el antecedente del "arret Blanco", dió lugar en el Derecho Administrativo a la llamada Escuela de Burdeos (cuyo principal exponente lo es Gaston Jéze), - Escuela que sostiene al servicio público como pilar y bastión del propio Derecho Administrativo (48).

Duguit predica que toda actividad del Estado es actuación de servicio público, Jéze restringe la extensión del concepto sólo a las actividades de la Administración Pública - (entendida en su sentido restringido de Poder Ejecutivo) sujetas a un régimen jurídico administrativo, y a procedimientos especiales.

La concepción de Jéze del servicio público, tuvo inexcusable influencia en el derecho administrativo moderno (49) pues de ella deriva el hecho de que se le considerara como a rama jurídica autónoma, independiente, diversa del derecho común.

(47) Uno de los principales impugnadores de la tesis de Duguit lo fue Maurice Hauriou; al respecto véase Charles Eisenman, op.cit. t. I, p.p. 25.

(48) Vid. Gaston Jéze, "Principios Generales del Derecho Administrativo", t. III (La Nación de servicio público); Ed Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1949.

(49) En el Derecho Administrativo se dice actualmente que el servicio público "es una actividad técnica, directa o indirecta de la administración pública - activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar - de manera permanente, regular, continua y sin propósito de lucro - la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de Derecho Público" (Serra Rojas, op. cit., p.p. 105); de ello se desprenden dos consecuencias básicas: a) hay actividades estatales que no constituyen servicio público, así p.e. las empresas privadas de la Administración Pública (vide Lautadere, op. cit. p.p. 41); y b) hay servicios públicos - que son gestionados por entidades privadas (vide García de Enterría, op. cit. p.p. 40), por particulares a quienes se les otorga una concesión.

La evolución del Derecho Administrativo, sin embargo, ha convertido en inaplicable y obsoleto el pensamiento de Jéze sobre el servicio público, estimándose hoy día que el fundamento de esta rama del Derecho se encuentra más bien en las nociones de interés público y utilidad pública, que a la Administración Pública le son aplicables tanto las normas propias del derecho administrativo como las del derecho común, y finalmente, que no toda actividad del Poder Ejecutivo es servicio público, sino sólo aquella actividad que se basa en el interés público; siendo de señalarse que, por la imprecisión y amplitud de la noción de servicio público, una gran parte de la doctrina administrativista propugna por su desaparición (50).

Pero dejemos de lado lo avatares de la doctrina del servicio público en el pensamiento jurídico administrativo y prosigamos con el estudio que nos interesa, y al efecto, queremos indicar que, pese a la crítica que de ella hicimos, estimamos que la teoría del servicio público formulada por Duguit, y no el concepto desarrollado con posterioridad en el Derecho Administrativo, constituye el antecedente inmediato de la idea de servidor público arraigada de poco tiempo a la fecha en nuestro derecho patrio (51). El servidor público es así la persona-

(50) Vease nota 29 al presente capítulo.

(51) Si bien es cierto que el "servicio público" ya había sido considerado en la legislación mexicana, la noción de éste respondía indudablemente a las tesis administrativistas, y a pesar de ello su extensión era muy variada, así p. e., mientras los arts. 3, 27 párrafo 6, 73 frac XXV y XXIX inciso cuarto, y 123 apartado A frac. XVIII adoptan la tesis (ya expuesta en la nota 49) de que el servicio público es "una actividad destinada a satisfacer una necesidad colectiva de carácter material, económico, o cultural, mediante prestaciones concretas e individualizadas sujetas a un régimen jurídico que les imponga ordenación, regularidad y uniformidad" (Gabino Fraga, loc. cit., p.p. 22) y que en consecuencia puede ser proporcionada tanto por particulares como por entidades

que presta sus servicios en una entidad de utilidad pública;--- es el encargado de un servicio público; quien desempeña una actividad cuya ejecución debe ser regulada, asegurada y controlada por los gobernantes, porque es indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social; en pocas palabras, es quien sirve a la sociedad como órgano de su representante: el Estado.

Acorde con la teoría de Duguit, el servidor público, concebido en los términos del párrafo anterior, no es un ente irresponsable ante el pueblo; a él se debe y a él debe responder de su conducta; los empleados y funcionarios, agentes y gobernantes, deben comportarse entonces conforme a una serie de principios (legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia) cuyo cumplimiento debe ser vigilado por la sociedad(52).

—públicas. Los arts. 5 y 13 constitucionales identifican al servicio público— (¿de acuerdo con la idea de Duguit?) con la actividad estatal. Y, finalmente, los numerales 27 frac. VI y 132, también de nuestra Carta Magna, utilizan el término "servicio público" para denominar al organismo u oficina pública (aplicación errónea del concepto, según nos enseña Charles Eisenman, op. cit. t. I, p.p. 24). Si nuestra Norma Fundamental es tan imprecisa al respecto, ¿qué podemos esperar de la legislación secundaria? Al menos del somero estudio de nuestra legislación penal, encontramos lo siguiente: los arts. 133, 140 y 145 se refieren al "servicio público" oponiéndolo a la Administración Pública centralizada o descentralizada, por lo que parece que comprenden bajo tal rubro a los servicios públicos "concesionados"; el art. 62 habla de servicios públicos federales y locales, al referirse exclusivamente a los servicios de comunicaciones y transportes (Cfr. art. 925 Ley Federal del Trabajo), y los arts. 217 y 220 (ya derogados) identificaban al servicio público con toda institución-actividad estatal. (Véanse: Gabino Fraga, op. cit. p.p. 22-23, Acosta Romero, op. cit. p.p. 455, y Serra Rojas, p.p. 117). Por lo expuesto aseravamo que la adopción del rubro de servidor público da plena entrada en nuestro Derecho a la tesis de Duguit.

(52) En apoyo de la tesis de Duguit citamos el pensamiento de Montesquieu, --- quien al hablar del "principio rector" del Estado Democrático afirmaba que la virtud de los ciudadanos constituye a tal principio, virtud que debe encontrarse más arraigada en los servidores públicos, de ahí "que resulta claro que en una monarquía, en donde aquel que hace ejecutar las leyes se estima por encima de ellas, se requiere menor virtud que en un gobierno popular, en donde a-

El epíteto de "servidor público" incorporado a la tradición democrática de nuestro país, consagra así la obligación del trabajador estatal para con la sociedad, ennobleciendo a la vez a aquellos individuos que hacen posible la consecución de los fines del Estado (53)

—quel que se encuentra encargado de la ejecución de la ley siente que el mismo se encuentra sometido a ella..."(L'esprit des lois, libro III "Des principes du gouvernement", # 3 -du principe de la démocratie- , p.p. 536 a 537). Esta virtud base de la Democracia consiste en "el amor a las leyes y a la Patria" (loc. cit. L'esprit des lois, libro IV, # 3 y libro V # 2 y 3, p.p. 542, y 544 a 545).

Y, "cuando esta virtud cesa, la ambición entra en los corazones que se encuentran propicios a recibirla, extrando la avaricia en todos. Los deseos cambian de objeto: lo que se amaba, ya no se quiere más; si se era libre con las leyes, se busca ser libre en su contra, cada ciudadano es como un esclavo escapado de la casa de su amo; a lo que era maxima, se le denomina rigor, a lo que era norma se le llama molestia; a lo que era prudencia, se le da el nombre de miedo."(L'esprit des lois, libro III, # 3, p.p. 536 a 537). La falta de virtud conduce entonces a la corrupción del gobierno democrático (libro VIII, # 1 a 4, p.p. 570 a 572).

(53)Nuestro constituyente permanente, al adoptar la concepción que del servicio público nos lego Duguit, lo hizo señalándole un antecedente netamente nacional -refiere García Ramírez ("Comparecencia...", p.p. 149)- pues tuvo en cuenta el título que a sí mismo se impuso Morelos como "siervo de la Nación", de tal forma que las comisiones unidas indicaron: "se abandona...la designación de funcionario, y se adopta la de servidor, pues no es la función lo que ha de distinguir a quien cumple cometidos institucionales del gobierno, sino precisamente el servicio a los demás. La función lleva aparejada la idea de distinción, prerrogativa y privilegio; mientras que el servicio constituye el elemento total de la solidaridad con que han de guiarse las conductas colectivas" (Citado por García Ramírez, "Comparecencia...", p.p. 149). Tal tesis es sin lugar a dudas, la misma que predica Duguit, aun y cuando no se le dé la paternidad de la idea.

Ahora bien, por cuanto hace a la cuestión de---- quienes deben ser considerados como servidores públicos, el título cuarto de nuestra Carta Magna nos da la pauta para su resolución, al precisar en su artículo 108:

"...se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los Poderes Judicial Federal, y Judicial del Distrito Federal, a los--- funcionarios y empleados, y en general a toda persona que desempeñe un empleo cargo o comisión de cualquier naturaleza en la-- administración pública federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos y omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones. ...

"Los Gobernadores de los Estados, los diputados a las legislaturas locales y los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales. ..."

De los párrafos transcritos se desprende que han sido tres los criterios de nuestro constituyente para integrar el concepto de servidor público:

Por el primero, con fundamento en nuestro régimen federal (Estado Federal ≠ entidades federativas) precisa--- que son servidores públicos federales los trabajadores de los-- Poderes Ejecutivo y Judicial Federal, así como "los representantes de elección popular", es decir los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, siendo de señalarse que, según su actual redacción, nuestra Constitución no considera --al menos expresamente-- como servidores públicos a los demás trabajadores del-- Poder Legislativo, por lo que pensamos que el constituyente incluyó a estos dentro de la Administración Pública Federal, de acuerdo con la tesis administrativista de que la Administración es comprensiva tanto del Poder Ejecutivo, como del Legislativo-- (54).

Por el segundo criterio, nuestra Constitución in corpora a algunos funcionarios locales al concepto de servidor público federal, atendiendo a que algunas de sus funciones son de tal índole, pero en esta hipótesis (acorde con los principios de nuestro régimen federal) la calidad surge tan sólo para tales funciones; es así que se habla de la responsabilidad del Gobernador del Estado, de los diputados locales y de los magistrados de Tribunales Superiores de Justicia de las entidades fe derativas.

Un tercer criterio, se refiere en concreto a los servidores públicos del Distrito Federal, y tiene su razón de ser, al igual que los anteriores, en las particulares características de nuestro sistema federativo, al ser el Congreso de la Unión el encargado de legislar en esta entidad (art. 73, ---frac VI, constitucional).

Con base en el texto de nuestra Constitución Política, nuestro código penal considera como servidores públicos a quienes desempeñen empleo, cargo o comisión, de cualquier especie, en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritarias, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, o en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del D.F. o que manejen recursos públicos federales; e igualmente, a los

(54) Véase nota 6/6 bis del presente capítulo.

Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, cuando cometan algún delito de servidor público en la esfera competencial de la Federación (art. 212, primer párrafo, c.p).

Consideraciones respecto de la extensión del concepto de servidor público en nuestra legislación penal:

1) A nivel federal nuestro código penal en vigor posee un concepto de servidor público a la vez más amplio y más restringido que la Carta Magna; más amplio por cuanto considera servidor a quien desempeña un empleo, cargo o comisión "en el Congreso de la Unión", y no tan sólo a "los representantes de elección popular"; y, más estrecho, en cuanto a que no comprende plenamente a todos los trabajadores de la Administración Pública Federal, al excluir a quienes desempeñen algún encargo en las empresas de participación estatal minoritaria, empresas que de acuerdo con el art. 3 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal forman parte integrante de las entidades de la administración pública paraestatal. (55)

2) Al igual que la Constitución, estima nuestra ley secundaria como servidores públicos a los Gobernadores, Diputados y Magistrados locales, en el caso de que cometan alguno de los delitos previstos en el título décimo en el orden federal (Así p.e. ejercicio indebido de funciones, ejecución y ope-

(55) Es así que nosotros estimamos más adecuado, técnicamente hablando, el precepto secundario respecto del constitucional: 1o. Por referirse al Poder Legislativo Federal en su totalidad; y 2o. Por excluir a las empresas de participación estatal minoritaria, las que por acogerse para su constitución y dirección a un régimen de derecho privado, no deben ser considerados organismos públicos integrantes de la Administración del Estado, de ahí que en nuestra opinión la LOAPF debería excluir a tales entidades de su articulado.

ración de obras y prestación de servicios públicos convenidos-- por el Gobernador con el Estado Federal en términos del art.--- 115 frac X const.; delitos de servidores públicos cometidos con motivo de las atribuciones conferidas a los funcionarios locales por las leyes federales -de amparo, de la Reforma Agraria- etc.)

3) Por lo que ve al Distrito Federal, la legisla--- ción secundaria no varía sustancialmente las previsiones consti--- tucionales.

4) Crítica especial, a nuestro juicio, merece la oración que utiliza el legislador al considerar servidores pú--- blicos a quienes manejan recursos económicos federales, pues--- pensamos que la misma, es inocua: primero, porque si quien maneja los recursos federales lo hace con motivo de la función que tiene como empleado de alguno de los tres Poderes de la Federa--- ción, resulta obvio que es servidor público "ab initio"; segun--- do, porque los gobernadores, diputados y magistrados locales,--- también son considerados como servidores públicos desde un prin--- cipio, siempre y cuando cometan alguno de los delitos previstos en el título décimo; tercero, porque la oración en cuestión no puede ser aplicada a otros funcionarios locales (Tesorero, Pre--- sidentes Municipales, etc.) sin violar las garantías individua--- les en materia de competencia (arts 14 y 16), toda vez que el--- art. 108 constitucional, en su segundo párrafo, establece que--- corresponde a las legislaturas locales el precisar el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o co--- misión en las entidades federativas y en los municipios para---

los efectos de sus responsabilidades (56); y cuarto, la oración no es aplicable tampoco a quienes como particulares manejen recursos económicos federales, porque el derecho penal, en el caso concreto de los delitos de servidores públicos, tiene interés-- de que se cumplan los principios de honestidad, imparcialidad, etc. del trabajador al servicio del Estado (delitos propiamente de servidores públicos), así como de que no se vulneren dichos principios por la iniciativa de particulares (delitos mal llamados de servidores), y tales normas no pueden ser concebidas respecto de aquellos individuos que no estén vinculados al Estado por una relación de carácter laboral.

g) MOVILES Y FACTORES CRIMINOLOGICOS DE LOS DELITOS DE SERVIDORES PUBLICOS:

Móvil en el delito es "aquello de naturaleza interna que ha llevado al sujeto a cometer una conducta antisocial" (57); es el sentimiento que mueve al ser humano a desplegar un comportamiento delictivo perfectamente determinado.

(56) En el seno de la Cámara de Diputados, durante la discusión en lo general-- del proyecto que dió lugar a las reformas del 5 de enero de 1983, el diputado--presunista Daniel Angel Sánchez Pérez mostró la inquietud de su partido de que la oración en estudio fuera aplicada a los funcionarios y empleados de una entidad federativa que por cualquier motivo manejara fondos federales, considerando en consecuencia al art 212 c.p. como inconstitucional por exceder al texto de la Carta Magna; en tanto que el diputado Heriberto Batres García, del PRI-- sostuvo el criterio oficial de que no era ese el sentido de la oración, de que no se excedía a la Norma Fundamental, aunque sin embargo no explicó a quienes-- es aplicable. Vid. Proceso Legislativo... (Decreto publicado en 1983) p.p. 54 y 66.

(57) Loc. cit., Rodríguez Manzanera; "Criminología", 2a. ed. Porrúa, 1981, p. 463.

En los delitos de servidores públicos el móvil-- criminal es diverso, pues si en la mayor parte de ellos al servidor lo guía un motivo económico, un móvil de lucro indebido,-- el sentimiento de la ambición (así p.e. en el abuso de autori-- dad de la frac VII del art. 215, en la concusión, en el ejerci-- cio abusivo de funciones, el tráfico de influencia conforme a-- la frac. III del art. 221, el cohecho, el peculado y el enrique-- cimiento ilícito), o un sentimiento de superioridad que da lu-- gar a los delitos de servidores públicos por abuso de poder (--- así los delitos de ejercicio indebido de servicio público, fracs. II y III, abuso de autoridad --art 215, fracs I a VII y X a---- XII-, uso indebido de atribuciones y facultades, intimidación,- etc.), o el ánimo de lucro y el sentimiento de superioridad jun-- tos (58), no debemos excluir a aquellos delitos que se cometen-- por un móvil diferente, producto de las pasiones humanas, del-- amor o del odio (así p.e. abuso de autoridad conforme a la frac XIII del art. 215), e incluso, en un caso al menos, el móvil--- del servidor público al cometer el delito no es otro que el in-- terés político (coalición de servidores públicos).

En los delitos de particulares contra la Adminis

(58) Así Hans Göppinger comenta: "En cierta manera, el abuso del cargo público-- cometido (por regla general, pero no exclusivamente) por funcionarios y emplea-- dos puede ser cometido como una modificación de la criminalidad de cuello--- blanco y de la criminalidad de ganancia. ... En este terreno existen afinida-- des con la criminalidad económica, consistentes en la explotación de ciertas-- situaciones de poder, pero también en el abuso de confianza, referidas en es-- te caso a la integridad de las instituciones públicas" (Criminología, Ed Reus España, 1975, p.p. 498 y 499.)

tración Pública, comprendidos impropriamente por nuestro código-bajo la denominación de "Delitos de servidores públicos", el móvil es siempre la consecución de un beneficio, ya de carácter--económico, ya de otra índole (p.e. el reconocimiento por parte--de la autoridad judicial de un derecho de carácter familiar, la obtención de una carta de naturalización, licencia de manejo o--pasaporte, la libertad personal, etc.)

Factores criminógenos de los delitos de servidores públicos: entendido el factor criminógeno como el estímulo--exógeno, endógeno o mixto que favorece a la comisión de una con-ducta antisocial (59), pensamos que en los delitos de servidores públicos, y en los de particulares cometidos contra la Adminis--tración del Estado, no tienen verdadera importancia los facto--res antropológicos y físicos, sino únicamente los sociales.

La corrupción de los servidores públicos, la des-lealtad del servidor para con la sociedad, al igual que el insa-no interés del particular, no tienen, a nuestro juicio, otro ori--gen que el social, y, fundamentalmente el relacionado con una--educación deficiente.

Al servidor público debe pues enseñarsele la im--portancia de su cometido; al ciudadano (y en especial al niño)--debe fomentársele el respeto por las instituciones públicas, el sentido del deber social, el sentimiento de la indispensabilidad de la función pública entendida ésta como cooperación de los in-dividuos para el logro de los fines sociales. Y todo ello, a tra

(59)Vid. Rodríguez Manzanera, op. cit., p.p. 463.

vés de la Educación, pues no olvidemos que ya Montesquieu afirmó que "es en los gobiernos republicanos en donde se requiere-- de toda la fuerza de la educación"(60), a fin de inspirar en--- los ciudadanos el amor a las leyes, la patria y los principios--
democráticos.

(60) L'esprit des lois, libro IV # 5, p.p. 542. Véase también nota 52 al presente capítulo.

CAPITULO II.

CAPITULO SEGUNDO :

A) Definición de cohecho. B) Cohecho de servidor público y cohecho de particular. C) Algo acerca de la denominación del delito de cohecho. D) Antecedentes históricos del delito. E) Antecedentes en la legislación mexicana. F) Diferencias en la regulación del cohecho, antes y después de la reforma de 1983. G) El delito de cohecho en el Anteproyecto de C.F. de 1983. H) El cohecho en la legislación mexicana comparada. I) — Problemática del delito. J) Prevención.

A) DEFINICION: Como suele suceder en tratándose de conceptos jurídicos, la doctrina no ha propuesto una definición unánime y universalmente aceptada del delito de cohecho; de ahí que nos encontremos con multitud de definiciones determinadas— por diversos factores, tales como el apego al derecho escrito,— o a la concepción romana del delito, o a nuevas formas de manifestación del ilícito, etc. (1). Sin embargo, de tales definicio

(1) Las distintas nociones que se tienen respecto del cohecho determinan no sólo una denominación diferente, sino incluso una mayor o menor extensión del— delito mismo; por lo que Pierre-Henri Bolle ha concluido que: "Las prácticas— del cohecho, la reprobación o la aprobación más o menos expresa y categórica— que suscitan, representan aspectos de cultura... el juicio moral de la corrup

nes se desprende la idea general de que la esencia del cohecho reside, como lo sostiene Carrara (2), en la compra venta de la función pública (3); en el tráfico indebido que un servidor público (empleado, funcionario, o cómo lo prefiera llamar cada de recho positivo en particular) hace de la función a él encomendada por el Estado y la Sociedad, al poner precio a la realización de la misma, precio que debe ser pagado por un particular. Ahora bien, si ese contrato ilícito entre particular y servidor es el que pretende evitar el Derecho con la prohibición de la venta de función, el Derecho debe prohibir también las conductas que tiendan a la venta de función sin lograr su objetivo o

—ción no es el mismo en todo el mundo ... En algunos países, sobre todo los del Medio y Lejano Oriente, así como los de Africa, 'pots de vin' y 'bakchichs'—son moneda común y corriente. Es el precio de los servicios proporcionados por los agentes públicos, a veces tasado de manera expresa, a veces adaptado a los recursos de los administrados y de los justiciables, al celo desplegado por el servidor en el desempeño de la función pública, o a la calidad del servicio proporcionado. El pago de esa propina indebida (pot de vin) es entonces conditio sine qua non del cumplimiento de las tareas encomendadas al funcionario ... En tales países sólo son sancionables, pues, los pagos hechos a los agentes del Estado para que obren con violación o en abuso de sus funciones." ("Pratiques de corruption et transactions commerciales internationales", en—Revue Internationale de Droit Penal, nouvelle serie, 53eme anne, # 1-2, 1982, Francia, p.p. 339-340).

(2) Programa del Curso de Derecho Criminal, t. V (Temis, 1972), # 2545, p.p. 91: Cohecho es "la venta concluida entre un particular y un oficial público, de un acto perteneciente al ministerio de éste, que por regla general debería ser gratuito". Pessina (citado por Giuseppe Maggiore, Tratado de Derecho Penal, t. V., Temis, 1972, p.p. 190), critica la definición de Carrara por considerarla limitada sólo al aspecto económico, señalando que: "La corrupción puede verificarse sin pacto alguno, como por ejemplo, cuando tiene por causa impulsora un sentimiento de deferencia parcial, o un sentimiento de odio por hechos anteriores..." Vid. *Infra*, cap. III la discusión sobre el concepto de *da diva*, p.p.

(3) En este sentido véanse las definiciones de: Sebastián Soler (Derecho Penal—Argentino, Ed. Tipográfica Argentina, 8a. reimpression, 1978, p.p. 157), para—quien: "la corrupción, consiste en pactar la venta de un acto de autoridad—que debía ser gratuitamente cumplido". Para la Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. III, p. 223, el cohecho implica "poner a precio" el acto de la función.

independientemente de éste, de ahí que por extensión algunas legislaciones vigentes sancionen la simple solicitud que hace el servidor o el ofrecimiento del particular sin aceptación del funcionario. De tal modo que tales legislaciones sancionan además de la sólo venta de función, que implica un acuerdo de voluntades, a cada una de las voluntades unilateralmente consideradas.

B) COHECHO DE SERVIDOR Y DE PARTICULAR: Si hemos dicho que el cohecho tiene su esencia en la compra-venta de función, y lo hemos comparado con un "contrato ilícito" o pacto,-- hemos de recordar también que todo contrato se forma del acuerdo de dos voluntades, en este caso la de un servidor y la de un particular. Así, para Garraud, el cohecho "en la acepción amplia del término es de un lado el ofrecimiento, del otro la aceptación de un beneficio para hacer o abstenerse de un acto de función (4).

La duplicidad de voluntades necesaria para configurar la venta de función ha dado lugar en la doctrina y en las legislaciones en vigor al surgimiento de dos figuras delictivas que poco a poco han ido adquiriendo independencia absoluta (5), y que sancionan: la una al servidor que "vende o promo- - -

(4) Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français, t. IV, Ed. Recueil--Sirey, 3a. ed., Francia, 1922.

(5) Tal independencia surgió cuando las legislaciones contemplaron como constitutivas de cohecho a las conductas de solicitar (en el servidor) y de ofrecer (en el particular), aún y cuando no se consumara el acuerdo sobre la "venta de función".

ciona la venta del acto de función", la otra al particular que lo "compra" u "ofrece comprarlo". A fin de distinguir a ambas figuras, la doctrina ha denominado a la primera "cohecho pasivo" en tanto que nombra "activo" a la segunda. Aquí resulta conveniente el efectuar una crítica a tales rubros, por las siguientes razones: a) el llamar pasivo al cohecho cometido por servidor público atiende, nos dice la doctrina, a la posición que en tal actitud es asumida por el agente de gobierno en relación a la postura del particular, que es activa, al ser éste quien promueve la dádiva a cambio del acto de función; sin embargo, en primer lugar el uso de tal terminología puede prestarse a confusiones, si atendemos a que en el derecho penal se habla de "sujeto pasivo" del ilícito al referirse a quien resultó lesionado directa o indirectamente, con la conducta delictiva; en el mal llamado "cohecho pasivo" el servidor público no desempeña el papel de sujeto pasivo del delito, sino el de su comisor. En este sentido de ideas Maggiore manifiesta: "tiene poco valor la distinción que suele hacerse entre corrupción pasiva y corrupción activa ... En la corrupción, el funcionario y el particular son ambos activos" (6). Y, Casas Barquero indica: "se hace patente la imprecisión terminológica de las expresiones de cohecho pasivo y activo, pues ambas locuciones no son indicativas de la dinámica de la respectiva conducta típica" (7).

b) La actitud pasiva del servidor público, aún en aquellas legislaciones que no prevén la solicitud de la dádiva-

(6) Op. cit., t. V, p.p. 191.

(7) "Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el C.P. español", en Documentación Jurídica # 19, p.p. 917. España, jul-sept. 1978.

por parte de éste, resulta cuestionable en extremo, así Humberto Vidal enseña que las "iniciativas pueden nacer en él (funcionario) pero limitadas a actitudes, gestos o palabras que inciten en el codelincuente la oferta corruptora" (8); de lo que ha de concluirse que la pasividad del funcionario es mítica.

c) En aquellos países que sancionan al servidor público por el simple hecho de solicitar la dádiva, la actitud pasiva de éste es inexistente, lo que ha conducido a que algún autor, tratando de solucionar la problemática, proponga la absurda denominación de cohecho "pasivo-activo" para esta conducta (9).

d) Respecto del mal llamado cohecho activo digamos tan sólo, como ya lo hemos visto, que la actividad, la iniciativa a delinquir, no siempre proviene del particular, el que incluso puede también ser sujeto pasivo del delito de cohecho. Así, ya Carrara escribió magistralmente que: "Es uso común de los maridos traicionados el de designar al afortunado rival con la fórmula: seductor de mi mujer; pero los pobrecitos no saben que tal vez aquel se resistió durante mucho tiempo a las invitaciones y a las artes femeninas con las cuales fue inducido a violar ese tálamo. Lo mismo puede pasar en el presente tema, pero con esta diferencia: que si el joven, aún cuando inducido al adulterio por los finos artificios de la casada, es siempre un delincuente, el particular que por las artimañas de un oficial público se haya sometido a comprar su favor, no siempre es cul-

(8) "Cohecho", en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, Año XXXII, # 4 y 5, oct.-dic. 1968.

(9) Así, Tomás Jaso, citado por Rodríguez Devesa, en su "Derecho Penal Español", parte especial, Ed. Artes Gráficas Gorasa, 6a. ed., España, 1975, p.p. 1027.

pable. Podrá aquel haber sufrido una instigación, pero siempre-tuvo la conciencia de que violaba el derecho ajeno, y voluntariamente lo violó; el otro pudo no tener el ánimo de dañar a na die, y actuar solamente con el fin de tutelar el derecho propio de sustraerse a un peligro que lo amenazaba, librándose de la--cárcel, del encierro nocturno o de otra molestia." (10)

Ante tales inconveniencias de carácter técnico,--preferimos denominar cohecho de servidor público al mal llamado "pasivo", y cohecho de particular al conocido como "activo"; si bien hemos de aclarar que en la redacción del presente trabajo--no pudimos eludir de manera absoluta la terminología tradicio--nal, la cual utilizaremos sobre todo al tratar de la doctrina y legislación extranjeras.

Precisada la circunstancia de que son dos las---clases de cohecho previstas en las legislaciones vigentes: de--servidor y de particular, hemos de indicar, por lo que ve a es--te último, que no parece técnicamente congruente el que una fi--gura delictiva en la que el sujeto activo no es un servidor pú--blico sino un particular, sea regulada en el capítulo "De los--delitos cometidos por servidores públicos"; de ahí que en algu--nas legislaciones extranjeras cohecho activo y cohecho pasivo,--sean regulados, como ya hemos visto, en capítulos y títulos dis--tintos (11).

(10)Op. cit., t. V # 2576, p.p. 116 y 117.

(11)Así p.e. Dinamarca, Groenlandia, Holanda, Noruega y Suiza regulan al cohecho de particular en el capítulo relativo a los "Crímenes (delitos o infraccio--nes) contra la autoridad pública", en tanto que ubican al cohecho de servidor--público bajo el rubro de los delitos cometidos en el ejercicio de una función--o misión pública (o en el título de las "infracciones contra los deberes de--función y deberes profesionales", como sucede en Suiza); siguiendo a esta ten--dencia San Marino clasifica al cohecho activo como "crimen cometido por parti--culares contra la buena administración de la República" y al pasivo, dentro

Si tal crítica a la ordenación y clasificación-- de tipos que hace nuestro código penal, desde el punto de vista científico, es adecuada; por cuestiones de orden práctico e histórico estimamos que la estructura del ordenamiento punitivo,-- en lo que al cohecho respecta, debe mantenerse inalterada, primero, porque ambos tipos de cohecho tienen un mismo origen y atacan en definitiva al mismo bien jurídico (el correcto desempeño de la Administración Pública en general), y, en segundo lugar, porque es de mayor facilidad el manejo del código al prever en el mismo capítulo a las dos conductas que esencialmente implican compra-venta de función, aún y cuando la una regule el obrar del comprador, y la otra el actuar del vendedor. (12)

C)ALGO ACERCA DE LA DENOMINACION DEL DELITO DE-- COHECHO: La venta o tráfico de la función, así como las conductas afines a ella conducentes, han sido denominadas generalmente con la voz de "corrupción"; sin embargo, la legislación de-- corte ibero-americano, siguiendo la tradición española, prefiere utilizar el término de "cohecho"; en tanto que la doctrina-- italiana utiliza el vocablo "baratteria" (no aceptado, empero a nivel legislación); en Portugal, además de la "corrupção" existen las locuciones "peita" y "suborno", mientras que en los países anglosajones, se utiliza así mismo la expresión "bribery".

--del rubro "De los abusos cometidos por los jueces y empleados de los servicios judiciales y administrativos"; y, Polonia sitúa los delitos en estudio dentro de los capítulos concernientes a las "infracciones contra las autoridades y-- oficios públicos" y a las infracciones cometidas por funcionarios".

Por cuanto hace a la palabra "corrupción" (corruzione en italiano, corrupção en portugués, y corruption en inglés y francés), ésta proviene del latín "corruptio-corruptio--nis", y éste a su vez deriva del vocablo "corruptere", compuesto de "cum" (con) y "rumpere" (romper); e implica "Alterar la--- forma de una cosa, echar a perder, pudrir" (13). En el caso concreto del delito en estudio la voz "corrupción" tiene una aplicación figurativa, por cuanto se hecha a perder, pervierte, vicia o deprava al servidor público que desempeña una función, al pagarle indebidamente sus servicios, los que debía proporcionar gratuitamente. En el idioma español el vocablo "corrupción", referido al actuar de los servidores públicos, no es sinónimo de "venta de función", sino que tiene una extensión más amplia,--- comprendiéndose dentro del mismo a cualquier vicio que tengan-- los funcionarios, siendo así el género y no la especie.

Respecto del término "cohecho", de uso exclusivo en la lengua castellana, la doctrina no es unánime al decidir-- su procedencia etimológica. Así, mientras algunos autores consi-- deran que tiene su origen en el "coactare" latino (que significa: forzar, obligar, compeler), puesto que: "el hecho realizado, en un principio pudo revestir la idea de fuerza"(14); otros au-- tores estiman que la voz cohecho deriva de "confeitar", y ésta-- a su vez de "confectus, confectare" (que significan preparar o-- dar fin a alguna cosa.-15), y así, José Angel Ceniceros, fundán

(13) Enciclopedia Salvat, diccionario, t. 4, p.p. 887.

(14) Loc. cit. Casas Barquero, op. cit. p.p. 858; en apoyo de esta tesis puede-- argumentarse que en las primeras épocas del Derecho Romano, la concusión (repre-- sentación de fuerza, de coacción) y el cohecho eran un mismo delito, como se-- verá en los incisos siguientes.

(15) Enciclopedia Salvat, diccionario, t, 3, p.p. 800.

dose en esta etimología, manifiesta que "cohechar significaba alzar el barbecho, o dar la última vuelta a la tierra, pues del mismo modo que el sembrador cultiva el suelo donde ha de regarla simiente, el corruptor abona la conciencia del funcionario-- con dádivas y promesas para el abuso de su oficio en tráfico punible"⁽¹⁶⁾. Por nuestra parte, creemos que efectivamente cohecho deriva de confectus, porque en esta locución encontramos las dos raíces latinas de la primera: cum (con) y fectus, factus, facer (hecho-hacer).

Ahora bien, atendiendo a la génesis de las palabras, pensamos que la expresión soborno (subornazione en italiano y subornation en inglés y francés), es la más adecuada de las voces empleadas en la actualidad para denominar al delito en cuestión, pues ya en los más remotos orígenes latinos (subornāre) daba idea precisa de la "venta de función", a diferencia de lo que acontece con el significado inicial de los vocablos corrupción y cohecho, significado que como ya lo hemos visto, era muy diferente del sentido jurídico-penal que se les confiere hoy en día a ambas palabras, significación esta de carácter figurativo por aplicación metafórica de las voces "corrupción" y "cohecho". Empero, hemos de manifestar que paradójica e inexplicablemente el término "soborno" ha tenido poca aceptación en las legislaciones positivas.

Digamos finalmente que, en Italia, como ya lo hemos señalado, por tradición suele denominarse a la corrupción-- con el vocablo "baratteria" (que proviene del italiano antiguo), por el "barato que se hace del dinero con la justicia" (17).

(16) "Corruptores y Sobornados" en Revista Jurídica Veracruzana, t. III #3, p. 413.

(17) Carrara, Op. cit. t. V, #2543, p.p. 87.

D) ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO: "Reclama para sí el delito de cohecho una larga tradición y un recio y no discutido abolengo, que hacen de él, según la expresión de los viejos tratadistas, un delito verdadero, y formulado como tal-- por todas las leyes..."(18).

Y ello resulta cierto, pues si bien la mayoría-- de los autores creen encontrar la fuente del cohecho en el "crimen repetundarum" del Derecho Romano, del cual después hablaremos, la verdad es que su existencia y origen son más remotos;-- así por ejemplo, en el código de Manú, redactado en la India hacia el año 1, 200 A.C., ya se lee: Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos, deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y--- desterrados del reino" (19). Por lo que hemos de concluir que-- la génesis del delito es quizás tan antigua como la de los funcionarios o servidores públicos encargados de la Administración de una sociedad, de un Estado.

Ahora bien, debido a la influencia romana que matiza al derecho actual, y que ha dado lugar al sistema jurídico romano-germánico (una de las grandes familias en que ha sido agrupado el derecho universal, al lado de los sistemas anglosa--

(18) Loc. cit. José Angel Ceniceros, op. cit., p.p. 409. La aseveración que Ceniceros hace en el sentido de que el cohecho se encuentra previsto "por todas las leyes", no es del todo exagerada, pues incluso en el mismo Derecho Canónico encontramos una variante religiosa del delito en estudio: la "simonía" (voz que deriva del "b. latín simonia, de Simón el Mago que quiso comprar a San Pedro y San Juan el don de conferir el Espíritu Santo".-Diccionario Espasa, t. 21, p.p. 430), infracción que el Codex Juris Canonici define en sus arts 727 y 2392, como la "voluntad conciente de comprar o vender mediante un precio temporal, una cosa espiritual" (citado por Cesar Pedrazzi en "La corruption", Revue Internationale de Droit Penal, nouvelle serie, 53eme anne, # 1-2, Francia, 1982, p.p. 335.)

(19) Citado por Rafael Yañez, "De los delitos contra la cosa pública en el Derecho Venezolano", en Revista del Ministerio de Justicia, Año XI, # 43, oct.-dic. 1962, Venezuela, p.p. 27. Es de señalarse que la propia literatura nos da ejem

jón, musulmán, socialista, hindú, japonés y chino), sistema se-guido por países europeos (salvo Inglaterra y los Estados de---tendencia socialista) y latinoamericanos, presenta especial im---portancia el estudio del delito en cuestión en la cultura roma---na. Al respecto, comenzaremos por decir que se trataba de un de---lito grave, "que contrastaba con la elevada idea que el derecho público romano tenía de la función pública, en cuanto a que no---sólo se excluía la retribución de las mismas, sino que incluso---se encontraba prohibido cualquier acto que pudiera dar lugar a---la sospecha de que el funcionario aprovechaba su posición como---tal para enriquecerse con detrimento de la Administración" (20).

—plos antiquísimos de la práctica de la conducta constitutiva del cohecho, inde---pendientemente de que una legislación escrita la sancionara o no; así, veanse---los siguientes párrafos extraídos del diálogo "Critón o del deber", escrito por---Platón (428 a 347 A.C.), y en el que el autor narra la plática sostenida por---Sócrates y Critón, en la celda en que el primero esperaba pacientemente que el---pueblo griego decidiera su suerte una vez que fue encontrado culpable de trans---gredir las leyes (vid Apología de Sócrates): "Sócrates: Extraño es que el alcali---te haya dejado entrar. Critón: es hombre con quien llevo alguna relación, me---ha visto aquí muchas veces y me debe algunas atenciones" (Platón, "Diálogos",---Porrua, 13a. ed., México, 1979, colección "separ cuantos ...", # 13, p. 21);---y más adelante se lee: "Critón: Tranquilízate, pues porque en primer lugar la---suma que se pide por sacarte de aquí no es de gran consideración. Por otra par---te, sabes la situación mísera que rodea a los que podrían acusarnos y el poco---sacrificio que habría de hacerse para cerrarles la boca; y mis bienes, que son---tuyos, son harto suficientes. Si tienes alguna dificultad en aceptar mi ofreci---miento, hay aquí un buen número de extranjeros dispuestos a suministrar lo ne---cesario; sólo Simnias de Tebas ha presentado la suma suficiente..." (p. 22); y,---finalmente: "Sócrates: ...Pero respecto a nosotros, conforme a nuestro princi---pio, todo lo que tenemos que considerar es si haremos una cosa justa dando di---nero y contrayendo obligaciones con los que nos han de sacar de aquí, o bien---si nosotros y ellos no cometeremos en ello injusticia; porque si la cometemos,---no hay más que razonar; es preciso morir aquí o sufrir cuantos males vengan an---tes que obrar injustamente" (p. 25).

(20) Loc. cit. Contardo Ferrini, "Diritto penale romano.—esposizione storica e---dottrinale", p. 404, Ed. L'Erma di Bretschneider, Italia, 1976; en el mismo sen---tido Teodoro Mommsen ("El Derecho Penal Romano", Ed. Temis, Colombia, 1976),---señala que "según la concepción romana, no era admisible que nadie recibiera---recompensa alguna por cumplir las altas obligaciones del ciudadano" (p. 441), y---mas añelante comenta, en relación a la trascendencia del delito en la cotidia---neidad romana, que "las medidas represivas que en los dos últimos siglos de la---República, se dictaron contra las ganancias que los funcionarios públicos obte---

Por ello resulta comprensible que la solicitud-a
ceptación de regalos con motivo de la función pública, fuera con-
siderada originalmente como delito capital, como aconteció en--
las Doce Tablas (21). Es de señalarse sin embargo, que el alto-
contenido ético que caracterizó al espíritu de los funcionarios
de la Metrópoli (22), impidió una incidencia elevada del delito
estudiado, el que por el contrario, se vió ampliamente favoreci

—nían, no sólo revistieron una significación política intensísima, sino que tam-
bién influyeron en la transformación del Derecho Penal en general" (IDEM).

(21) Véase al respecto Carrara, op. cit., t. V, #2543, nota 1, p.p. 88, quien--
enseña que las Doce Tablas sólo legislaron la hipótesis del juez o árbitro ro-
mano que hubiese tomado dinero para dictar sentencia (prevaricación).

(22) Tal contenido ético es ampliamente estudiado por Montesquieu, tanto en sus-
"Consideraciones acerca de las causas de la grandeza de los Romanos y de su--
decadencia" (en 'Montesquieu, Oeuvres Completes', colección L'Integral; Ed.--
Seuil, Francia, 1980), como en el "Espíritu de las Leyes"; así, en el capítu-
lo X (De la corrupción de los romanos) de la obra citada en primer término,--
se lee: "Además de la religión, que siempre es la mejor garantía que se puede
tener de la moral de los pueblos, en la cultura Romana encontramos una carac-
terística especial, una particularidad de los romanos consistente en que mez-
claban un cierto sentimiento religioso al amor que tenían a su Patria. Esa--
ciudad (Roma), fundada bajo los mejores auspicios, ese Rómulo, su rey y su--
Dios, ese Capitolio, eterno al igual que la urbe, y ésta a su vez eterna cual
su fundador, hicieron sobre el espíritu de los romanos, una impresión que hu-
bieramos deseado que conservaran siempre" (p.p. 454); tal sentimiento de pa-
triotismo, ya debido a la virtud o al honor (como lo deduce el propio Montes-
quieu, en sus libros III y V del Espíritu de las Leyes), o al elevado misti-
cismo del romano (como lo sostiene Fustel de Coulanges, en la "Ciudad Antigua"
Ed. Iberia, col. Obras Maestras, España 1965, p.p. 168 y passim), contribuyó-
indiscutiblemente a formar ese sentido de la honestidad de los primeros fun-
cionarios romanos.

do en las provincias romanas más alejadas del centro (23), y así si hemos de creer en lo afirmado por Mommsen (24), el primer caso del delito en estudio de que nos dan cuenta los anales tuvo lugar hacia el año 583 de la fundación de Roma (171 A.C.), en-- que se instauró un procedimiento que culminó con la imposición-- de rigurosas condenas a los acusados.

Tal procedimiento, dió lugar más tarde (605 de-- Roma, 149 A.C.), virtud a la ley Calpurnia, a la creación de--- una comisión permanente de jurados presidida por un pretor peregrino, y cuyo objeto era luchar contra la aceptación de dinero-- y otros presentes por parte de los funcionarios; procedimiento-- éste que pervivió hasta los últimos tiempos de la República y-- durante el Imperio, teniendo siempre "una finalidad esencialmen-- te recuperatoria, repetitiva, pues se trataba de hacer condenar al culpable a la entrega de una suma equivalente al beneficio-- obtenido, satisfaciéndose con ello el daño causado"(25). La re-

(23)El propio Montesquieu refiere en sus "Consideraciones..." que una de las causas de la caída del Imperio Romano, fue el establecimiento de las colonias y provincias, mismas que no podían ser gobernadas tan fácilmente como la Metrópoli, primero por su lejanía, y segundo, porque en los pueblos conquistados el modus vivendi romano no estaba arraigado, como tampoco lo estaban sus usos, costumbres, y creencias; así el autor citado manifiesta en el cap. IX de su obra: "En tanto que los dominios de Roma se limitaban a Italia, la República podía subsistir con facilidad. Todo soldado era ciudadano por igual... El número de las tropas no era excesivo, lo que permitía seleccionar a los que debían integrar la milicia, a fin de no admitir sino aquellos que tuvieran bienes suficientes como para tener interés en la conservación de Roma. Además el Senado regulaba desde cerca la conducta de los generales, lo que impedía que estos pensarán en hacer algo en contra de sus deberes.

"Sin embargo, cuando las legiones atravesaron los Alpes y el mar, los soldados, a quienes Roma se veía obligada a abandonar durante numerosas campañas en los territorios conquistados, perdieron paulatinamente su espíritu de ciudadanos; y los generales, a cuya disposición se encontraban los reinos y las armas, se dieron cuenta de su fuerza, y no pudieron someterse por más tiempo" (p.p. 452).

(24)Op. cit. p.p. 442.

(25)Loc. cit. Contardo Ferrini, op. cit. p.p. 405.

petición o devolución del dinero mal habido por el funcionario, finalidad como hemos dicho del procedimiento privado plasmado-- en la ley Calpurnia, dió nombre al delito en cuestión, al que-- en consecuencia se denominó "crimen repetundarum"; crimen que-- según Mommsen consistía en "enriquecerse indebidamente, con motivo de sus cargos, las personas que los ejercían oficial o semi oficialmente" (26).

A la ley Calpurnia siguió la Junia, la cual, perdida totalmente en el curso del tiempo, fue sustituida por la-- "lex Acilia" (631-632 Roma/123-122 A.C.), ley esta que reviste-- especial importancia al instituir un procedimiento de carácter-- penal, que tenía por finalidad, ya no la simple restitución del beneficio indebidamente obtenido, sino además el pago de otro-- tanto igual, con lo que se duplicaba la sanción original. Interesante para la plena comprensión del crimen repetundarum nos-- parece lo dispuesto en la ley estudiada, en la que se hacía lugar a la "nominis delatio" y a la "petitio eius, quod ... ablatum captum coactum conciliatum aversumve siet" (27); entendiéndose por "capere" todo aquello que es obtenido en virtud a negocios jurídicos y contratos prohibidos; por "cogere", las adquisiciones obtenidas por la intimidación; por "conciliare" las--- conseguidas por la adulación en cambio de un acto de oficio; y por "avertere" la indebida apropiación, merced a la desviación del uso al que la cosa estaba destinado. De tal forma que el-- crimen repetundarum tenía mayúscula extensión, al comprender al cohecho, la concusión, el peculado, la prevaricación, diversas-

(26)Op. cit. 449.

(27)Citado por Contardo Ferrini, op. cit., p.p. 407.

hipótesis de abuso de función, e incluso, en cierta forma, a nuestro actual uso indebido de atribuciones y facultades (28).

Posterior a la Acilia, se promulgó la ley "Servilia" (643 Roma/111 A.C.), que acentuaba el rigor del procedimiento, al agregar a la pena pecuniaria las de infamia, pérdida de derechos políticos, remoción del Senado, e inhabilitación para desempeñar cargos públicos; otorgando además al ofendido, la posibilidad de pedir la devolución aún contra terceras personas que hubieran recibido los objetos dados al funcionario.

En 673/81 A.C., la Ley Cornelia di Sulla atenuó el rigor con el que se trataba al crimen repetundarum, regresándose a la penalidad de la restitución simple en vez de la doble y suprimiéndose las sanciones de índole política y social; sin embargo la vigencia de dicha ley fue muy corta, al ser abrogada por la lex Iulia (695 Roma/59 A.C.), la cual, dictada durante el primer consulado de Julio César, agravaba de nuevo la pena, retornándose aparentemente a las reglas que prevalecía la ley Servilia.

Finalmente, digamos que en la época imperial, correspondió a los tribunales la imposición discrecional de sanciones a los funcionarios públicos, destacándose en este periodo las penas de extrañamiento y deportación, mismas que se añadían a la sanción pecuniaria. Aunque hemos de indicar también--

(28) Mommsen (op. cit., p.p. 446 a 448) le señala la siguiente extensión al crimen repetundarum, al estimar que con él se sancionaban: a) los donativos ilícitos hechos a funcionarios; b) el hurto; c) la extorsión, o sea el acto de obligar a uno a dar regalos, por el miedo a las consecuencias que pudiera producir el no darlos; d) la corrupción o soborno; e) la imposición de nuevos tributos, sin facultades para imponerlos o la exigencia de más impuestos que los permitidos por las leyes; f) la realización de actos de comercio; g) el peculado; h) "el traspasar un gobernador de provincia los límites de esta"; e i) "el licenciar a los legados o enviados de un gobernador de provincia, antes que este mismo hubiere partido de ella".

que si Valentiniano castigó muy duramente al delicto, Justiniano a fin de cuentas, aminoró las sanciones a él imponibles.

Ahora bien, por cuanto hace al ámbito personal-- de validez de las leyes de "repetundis" romanas, Mommsen indica que las mismas eran aplicables a las siguientes personas: 1) al magistrado de la comunidad romana elegido en elección popular o sus similares, incluso el tribuno de la legión que tuviese carácter de magistrado; 2) a los senadores romanos que desempeñasen funciones públicas, ora como auxiliares de los magistrados, ora votando en el Senado, ora ejerciendo el cargo de jurados e interviniendo como acusadores en el procedimiento público o funcionando en concepto de procuradores; y 3) a los hijos de las--- personas mencionadas. Durante el Imperio, el ámbito personal se amplió a: 4) los funcionarios imperiales cuasimagistrados, pertenecientes a la orden de los caballeros; 5) los jurados, los acusadores o denunciadores y los procuradores en general; 6) los---- guías o acompañantes, sobre todo de los gobernadores de provincia; y 7) los oficiales subalternos (29).

Aquí resulta necesario el recalcar que en Roma-- siempre fue reprehendido muy especialmente el juez que cometiera crimen repetundarum (así p.e. las XII Tablas lo sancionaban con pena de muerte); esta característica del Derecho Público Romano, fundada en la trascendencia de la función jurisdiccional-- y en la importancia de las decisiones de ella emanadas, repercu-- tió, como veremos, en el derecho posterior.

Para concluir con el estudio del delito en Roma, digamos que el perfeccionamiento del Derecho Penal condujo a e-

(29) Ibid, p.p. 444 y 445.

rigir en delitos autónomos del crimen repetundarum, al peculado (peculatus), y a la concusión, aún y cuando hemos de aclarar--- que ésta última volvió a confundirse, en el derecho posterior, con el cohecho.

DESARROLLO POSTERIOR DEL DELITO DE COHECHO: Con base en el crimen repetundarum del derecho romano, las legislaciones europeas posteriores regularon a un delito de "corrupción" de extensísima amplitud, el cual paulatinamente fue estrechado más y más, hasta llegar a nuestro cohecho formado exclusivamente con la "venta de función".

Quizás la primera escisión que sufriera el amplio concepto de "corrupción", lo fuera la separación del delito de "prevaricación", con el que se sancionaba al juez o magistrado, encargado de decir el derecho, que dictare fallo injusto por soborno dado o prometido. Delito de gran trascendencia dada la categoría de la función jurisdiccional, su previsión en el derecho antiguo fue infaltable; sin embargo, hoy día, las legislaciones modernas despojan a la prevaricación de su carácter autónomo, identificándola una vez más con la "corrupción" (30).

La legislación francesa, que en materia punitiva fue dictada en 1791, goza del honor, según lo manifiesta Garraud (31), de haber sido la primer legislación moderna que fija criterios acertados para la diferenciación de la corrupción y la concusión (basado el cohecho en la recepción por parte de un funcionario de un bien que le ha sido dado "libremente" por un particular; y la concusión fundada en la exigencia del funciona

(30) Así p.e. en nuestro país la legislación en vigor a desechado de su artículo el rubro de "prevaricación", así como las previsiones que sobre el mismo hacían nuestros anteriores c. p. de 1871 y 1929.

(31) Op. cit., t. , p.p.

rio respecto de impuestos o salarios, exigencia inspirada en un supuesto derecho). Y nosotros agregamos que es el mismo derecho francés el que ha sustraído otras figuras delictivas del crimen repetundarum romano, figuras delictivas cuyas conductas constitutivas habían sido englobadas provisionalmente por el cohecho, así el tráfico de influencia. (32) y el ejercicio abusivo de funciones (33); dando lugar también la legislación francesa a un nuevo tipo de cohecho que ya no es orientado por la finalidad de protección a la Administración Pública: el "cohecho privado" (34).

Pero regresemos en el tiempo a estudiar lo que acaeció en el Derecho Español con el tráfico de la función; en el entendido de que, como todos sabemos, es inexcusable la influencia ibera en la cultura mexicana, y por ende en el derecho patrio.

Durante la dominación visigótica a la Península Ibérica, los historiadores nos dan cuenta de la existencia de dos tipos de legislación, la una aplicable a los visigodos, la

(32) Previsto por primera vez en la ley francesa del 4 de julio de 1889, que reformó el art 178 del c.p. de 1810, aún en vigor (artículo que posteriormente también fue modificado, según Ordenanza del 8 de febrero de 1945).

(33) En efecto, nuestro "ejercicio abusivo de funciones" previsto en la frac. I del art. 220, tiene a nuestro juicio su antecedente en el art. 175 original, del c.p. de 1810 (Francia), que sanciona a los "funcionarios que se hubieran inmiscuido en negocios y comercios incompatibles con su calidad", y que dispone: "Todo funcionario, todo oficial público, todo agente de Gobierno, que, — abierta o subrepticamente, haya tomado o recibido algún beneficio con los actos adjudicaciones, empresas o administraciones, de las cuales tiene o tenía al cometer el acto, en todo o en parte, la administración o la vigilancia, será castigado...".

(34) Ello según la ley del 16 de febrero de 1919, que adicionó los arts. 177 y 178 del c.p. de 1810; arts. modificados posteriormente por la Ordenanza del 8 de febrero de 1945. Vid *infra*, cap. IV, p.p.

otra reguladora de las relaciones sociales de los hispano-romanos sojuzgados. Dos legislaciones distintas, opuestas en muchos casos, y que tenían por inspiración, la primera al derecho bárbaro, en tanto que la segunda al derecho romano (35); legislaciones dispares cuya unificación, llevada a cabo hacia el año--654 de nuestra era, por ordenes del Rey visigodo Recesvinto,---dió lugar al "Liber Iudiciorum", fundamento toral de la estructura jurídica española.

En 1241, Fernando III Rey de Castilla, llamado--el "Santo", ordenó traducir al romance el "liber iudiciorum",--el cual entonces recibió el nombre de "Fuero Juzgo" y se"aplicó como legislación particular, en calidad de fuero local, a Córdoba primero y, posteriormente, a las restantes poblaciones de la mitad meridional de la península ibérica, a medida que iban----siendo reconquistadas" (36), adquiriendo tal relevancia que las codificaciones posteriores tales como las Partidas, la Nueva y la Novísima Recopilación no pudieron sustraerse a su influencia por lo que incluso ratificaron su vigencia; y, es más, aún hoy--día, en las Provincias Vascongadas, Navarra y Aragón, después--de trece siglos de su promulgación, el Fuero Juzgo es considerado como derecho supletorio (37).

(35) Entre la legislación goda tenemos el Código de Eurico, y al codex revisus de Leovigildo; en tanto que entre el derecho de aplicación a los hispano-romanos destaca sobremanera la Lex Romana Visigothorum (compendio de derecho romano, promulgada hacia el año 505 o 506 por el rey visigodo Alarico II, hijo y sucesor de Eurico; las legislaciones que en esta nota hemos mencionado, junto con otras de los gobiernos de Recaredo I, Sisebuto, Chindasvinto, padre de--Recesvinto, y de éste mismo, sirvieron en la formación del Liber Iudiciorum. Sobre esto y el Fuero Juzgo, véanse: Apuntes del pensamiento jurídico en México, de Esquivel Obregón, ed. facsimilar, sin fecha, p.p. 34-63; E. Jiménez Navarro, "La Historia de España", Compañía Bibliográfica Española, España, sin fecha de ed., p.p. 87 y s.s., y 99 y s.s.; además, en la Enciclopedia Salvat: t. 6, p.p. 1487 (Fuero Juzgo), y t. 11 (Recesvinto) p.p. 2841.

(36) Enciclopedia Salvat, t. 6, p.p. 1487.

(37) IDEM.

En el Fuero Juzgo, encontramos ya antecedentes-- del delito de cohecho, el que empero es subsumido dentro de la prevaricación:

"Ley 19, título 2, del libro I (Del facedor de la ley e de las leyes): el iuez si judga tuerto por algun ruego, ó manda toller alguna cosa o algun omne con tuerto, aquel que levó la cosa por mandado del iuez entréguela; é el iuez, porque iudgó contra verdad, peche otro tanto de lo suyo, sin entrega-- daquela cosa que levó, que deve entregar, é si non oviere otro-- tanto, cuemo mandó levar, que non puede fazer emienda, si al--- que non peche todo quanto oviere por emienda. E si ninguna cosa non oviere onde pueda fazer emienda reciba l azotes paladina--- mientre. E si el iuez iudgo tuerto por ignorancia que lo non en tendie, si se podier salvar por su iuramiento, que non iudgó--- tuerto por amor, ni por cobdicia, ni por ruego, sinon por igno-- rancia, lo que iudgó no deve valer, y el iuez non deve aver nin-- guna pena" (38).

"Ley 5, título 4, del libro VII (De los hurtos é de los engannos): El iuez que iusticia el omne de muerte, que-- non era enculpado, deve morir tal muerte que él dió al otro que non era culpado; é si quitó con tuerto á aquel que devia ser--- iusticiado, ó por ruego, ó por algun aver; quanto tomó por el-- soltar, péchelo en siete duplos a aquel a quien fiziera damno-- el preso, é non pueda ser iuez dalti adelante, é sea desfamado, el otro iuez que viniere en so logar lo constrija, que presente al mal fechor que soltó" (39).

Entre 1256 y 1265, bajo los auspicios de Alfonso X de Castilla, llamado el "Sabio" (1221-1284), se elaboró la--- más amplia obra jurídica que se conoce: Las Partidas o Fuero de las Leyes, código extensísimo imbuido del conocimiento romano,-- para cuya redacción se estudiaron, entre otros, el Corpus Iuris

(38) Citado por Joaquín Francisco Pacheco, "El código penal concordado y comen-- tado, t. II, ed. 1956, en sus concordancias a los arts 314, 315 y 269 (cohecho y prevaricación), p.p. 396 y 492.

(39) IDEM.

Civilis, compilaciones como Flores del Derecho y los cánones de diversos concilios (40). En relación al delito que nos ocupa,-- las Siete Partidas dicen lo siguiente:

"Ley 24, título 22, Partida III (De los jueces y del procedimiento judicial): Pero si el judgador diere juizio--- tortizero (en pleito que no sea de justicia) por alguna cosa--- que le hayan dado, o prometido sin la pena sobredicha que de su so diximos que deve aver aquel que judgare mal a sabiendas, es- tenudo de pechar al Rey tres tanto de quanto recibió, é de lo-- quel prometieran. E si non lo avia recibido, dévelo pechar do-- blado al Rey; é sobre todo el juizio que así fuere vendido por precio non deve valer, magüer que aquel que fué dado por vencido non se alzase dél" (41).

"Ley 25, título 22, Partida III: ... E si tal--- juyzio como éste (en pleito de justicia) oviesse dado por pre- cio, deve ser desterrado para siempre é todos sus bienes toma-- dos para la cámara del Rey, si non oviere parientes que suban o desciendan por la línea derecha fasta el cuarto grado. Ca si ta les parientes oviere, non deven tomar lo suyo. Fuera de que ellos son tenudos de pechar a los herederos del justiciado qua- tro tanto de lo que tomó é tres tanto para la Cámara del Rey,-- si quisieren aver los bienes. E lo que avian prometido por razón de aquel juyzio, si lo non avia aún recibido develo pechar do-- blado, también a la Cámara del Rey como a los herederos de a--- quel que fué a tuerto justiciado" (42).

"Ley 26, título 22, Partida III: No deven ser sin pena los contenedores que corrompen a los jueces que los han de judgar dándoles o prometiéndoles algo, porque judguen tortizie- ramente. E por ende dezimos, que si el acusador diere alguna co- sa al juez que a de judgar, por que dé juizio a tuerto contra-- el acusado; é sobre todo deve recibir tal pena é aquella misma- manera, que de suso diximos del judgador que toma algo, por el juyzio que ha de dar en tal pleyto como éste. Mas si el acusa- dor diesse o prometiesse al judgador alguna cosa, por que le--- judgasse por quito de aquello que le acusavan, deve aver tal pe

(40) Sobre la Ley de las Siete Partidas, consúltense: Esquivel Obregón (op. cit. p.p. 60 a 62); Jiménez Navarro (op. cit. p.p. 185 a 188, y 217 a 218); Enci- clopedia Salvat (t. 1, p.p. 110, Alfonso I; y t. 10, p. 2587, Partidas, Las).

(41) Citado por Francisco Pacheco, op. cit., t. II, ed. 1856, concordancia a los arts. 314 y 315 (cohecho), p.p. 482.

(42) Idem.

na, como si conociesse, o le fuesse provado lo que ponen en la acusación contra él. Ca bien se da á entender que era en culpa, pues que se trabajó de corromper al juez con dineros, o con dones; fueras ende, si fuesse cierta cosa, que non fiziera él aquel mal de quel acusavan, mas que diera algo al juez con miedo que avia de seguir el pleyto, porque era omne de flaco corazón. E si por aventura esto fiziessen los contendores en pleyto de otra manera que non fuesse de justicia, deven pechar al Rey--- tres tantos de quanto le dieron, e dos tanto de lo que prometieron, que le non avian aun dado. E sobre todo, deve perder el derecho que avia en el pleyto, aquel que esto fiziessse. Empero si aquel que dió, o prometió alguna cosa al judgador, assi como so bredicho es, lo descubriesse, viniendolo conociendolo de su grado, o lo pudiere provar al Rey, o a otro que fuesse su mayoral, no haya pena ninguna; más péchelo el judgador, assi como sobre dicho es..."(43).

"Ley 52, título 14, Partida V (relacionada con el Derecho Civil): Maravedía, o otra cosa cualquiera dando alguna de las partes al judgador, á pleyto de que dé la sentencia-- por él, quien aya mayor derecho en el pleyto, ó en la demanda,-- aquel que los da, quier el otro, non puede después demandar a-- quello que dió nin deve fincar en el judgador que lo recibió.-- Ante dezimos que deve ser de la Cámara del Rey, en esta manera: que si la demanda es sobre cosa que sea de dineros, ó de otra-- cosa cualquier, mueble o rayz, que non tenga a justicia de muerte de un omne, o de lisió, deve pechar el judgador el tres doble de aquello que rescibió. E perder la honra, é el logar que tiene, é fincar enfamado para siempre. E aquel que lo dió magüer oviesse derecho en aquello que demanda, devalo perder por ende: é deven aver amvos esta pena, por que la torpeza avino tambien del uno como del otro. Ca el judgador, a menos de recibir aquello, era tenido de judgar derecho. E el otro, á menos de lo dar, podría alcanzar su derecho. Mas si la demanda fuesse sobre cosa en que pudiesse venir muerte de omne, ó de perdimiento de algún miembro, deve el judgador perder todo lo que oviere, tambien-- mueble como rayz, é ser de la Cámara del Rey. E ademas desto de ve ser desterrado en alguna isla para siempre: assi como diximos en el título de los juyzios, en las leyes que fablan en esta--

(43) Ibid, concordancia al art 316 (cohecho activo), p.p. 499.

razón" (44).

Y, "Ley la., título 7, Partida VII (del Derecho Penal): E aun dezimos que falsedad faze todo omne que se trabaja de corromper al juez, dándole, o prometiéndole algo, por que de juyzio tortizeramente..." (45).

De lo antes transcrito podemos entresacar las--- principales características del "cohecho", según la previsión--- que del mismo hacían las Siete Partidas: 1) Sólo se sancionaba--- al juez corrupto y a los particulares que lo corrompían, no así a otros funcionarios, por lo que existía gran semejanza con la prevaricación, de la cual, sin embargo, ya se había separado.--- 2) Por lo que ve a las penas imponibles a los activos del delito, es apreciable con facilidad la influencia romana, pues a más de la pena pecuniaria principal, se preveía, para determinados casos especialmente graves, la de infamia (véase la ley Acilia),--- el destierro (que fue aplicado en Roma durante el Imperio), y--- la confiscación de bienes; no aplicandose jamás las penas aflic_{ti}vas y capital (azotes y muerte) previstas en el Fuero Juzgo,--- él que en este rigor con el que sancionaba el cohecho plasma el espíritu visigodo respecto del Derecho Penal. 3) Se invalida la sentencia dictada por cohecho dado o prometido. 4) Se presume--- que el acusado que intentó corromper al juez es responsable del delito que se le imputa, cuya pena debe imponersele; regla esta que es contraria al espíritu que prevalece en el derecho penal moderno, en el que, como veremos, algunas legislaciones conside_{ra}ran como excusa absoluta del cohecho, o al menos como atenuan_{te} de la pena por no exigibilidad de otra conducta, el que el---

(44) Ibíd, concordancia al art 317 (de la sanción del cohecho), p.p. 503.

(45) Ibíd, concordancia al art. 316 (cohecho activo), p.p. 499.

cohecho sea dado en juicio del orden criminal y a favor del procesado. 5) Siguiendo el criterio expresado en el punto anterior, las Siete Partidas sancionan al corruptor (particular) con la pérdida del derecho que había en el pleito. 6) Se establece una excluyente de responsabilidad por inculpabilidad si el particular dá la dádiva "con miedo ... por que era omne de flaco corazón". Y, 7) el Fuero de las Leyes prevé también una hipótesis de "arrepentimiento post-delictum" como excusa absolutoria, al liberar de pena al particular que descubriese a la autoridad el delito cometido y lo pudiese probar.

Finalmente, respecto de las Partidas, digamos--- que estas fueron derogadas por el código civil de 1889.

La Novísima Recopilación es el último ordenamiento jurídico español de dimensiones enciclopédicas; basada en la Nueva Recopilación (cuya primer edición se terminó en 1567), el proyecto de Código Fernandino (propuesto por el marqués de Ensenada a Fernando VI en 1752), y en los trabajos de Lardizábal,-- la Novísima Recopilación entro en vigor el año de 1805, bajo--- los auspicios del infortunado gobierno de Carlos IV (46). Si--- bien esta compilación de derecho español ha sido ampliamente--- criticada por los comentaristas dada su complejidad y carencia de técnica (que contrastaba grandemente con el Código de Napoleón, promulgado un año antes), hemos decidido estudiarla por-- lo interesante que son sus conceptos en relación al cohecho y a

(46) Al respecto, vid: Jiménez Navarro, op. cit., p.p. 449-483; Enciclopedia-- Salvat (t. 3, p.p. 669, Carlos IV; y t. 9, p.p. 2439, Novísima Recopilación); y Diccionario Espasa (t. 20, p.p. 614, Recopilación).

la administración de justicia, conceptos que se desprenden de--
los siguientes textos:

"Ley 7, título 1, libro XI (De los juicios civiles ordinarios y ejecutivos): Por que la cobdicia ciega á los--corazones de los jueces, y de la torpe ganancia deben huir los--buenos jueces, por que escrito es, que buena es la substancia--donde el pecado no es en la conciencia; y es muy fea la cobdi--cia, mayormente en aquellos que gobiernan la cosa pública: por--ende ordenamos y mandamos, que los alcaldes ordinarios, y otrosí los alcaldes de las alzadas, y aquel y aquellos que hovieren de librar los pleytos por comisión de nuestra corte, y otrosí los--corregidores y alcaldes y jueces de las muestras ciudades, y vi--llas y lugares, así loa del fuero como los del salario, y así--ordinarios como delegados, no sean osados de tomar ni tomen en--público ni en escondido, por sí ni por otros, dones algunos de--ninguna ni algunas personas, de cualquier estado y condición---que sean, de los que ante ellos hovieren de venir o vinieren a--pleyto, agora sean los dones oro, plata, dineros, paños, vesti--dos, viandas ni otros bienes ni cosas algunas y cualquier que--lo tomare por sí o por otro, que pierda por el mismo hecho el--oficio, y que nunca más haya el dicho oficio ni otro; y péche--lo que tomare con el doble y sea para nuestra Cámara; y finque--en nuestro alvedrío que les dar pena por ello según la quantía--que tomaron y llevaron" (47).

"Ley 8, título 1, Libro XI: Por que los que dan--algo a los judgadores, por los pleytos que ante ellos tratan,--lo prometen y dan, y ellos lo reciben lo más secretamente que--pueden, y esto sería grave de probar; por ende nos, queriendo--que la verdad no se encubra, y por que se pueda saber, y los que en este yero cayeren hayan por ello pena, tenemos por bien que--el que viniere a descubrir y dezir el don que así diere y hobie--re dado a los jueces que no haya pena por que le dió magüer que por derecho la merezca; salvo si fuere hallado que dixo mentira pero por que los hombres no se muevan con cobdicia a dar testi--monio contra verdad, mandamos que tales testigos como estos no--cobren aquella que dieron o que dieron, salvo si lo provaren---con prueba cumplida." (48).

(47) Citado por Pacheco, op. cit., ed. 1856, concordancias a los arts 314 y 315

(48) *Ibid*, concordancias a los arts. 316 y 317, p.p. 499 y 504.

"Ley 9, título 1, Libro XI: La recta administración de justicia es inseparable de la integridad y limpieza de los jueces; por cuyo motivo les esta prohibido tan seria y repetidamente en las leyes el recibir dones ni regalos de qualquiera naturaleza que sean, de los que tuvieren pleyto ante ellos, ó probablemente pudieren tenerle, aunque no le tengan en la actualidad: por tanto se recomienda con toda especialidad á los corregidores la puntual observancia de este capítulo; en la inteligencia de que no se les disimulará nada en esta parte, y los contraventores serán irremisiblemente castigados, probado que sea el delito, con privación de oficio, inhabilitandolos perpetuamente para exercer ningún otro que tenga en la administración de justicia, y en volver el quatro tanto de lo que hubieren recibido ... -De poco serviría que los jueces procediesen por sí con integridad y pureza en la administración de justicia, si indirectamente se dexasen cohechar por medio de sus familiares o dependientes: en cuyo concepto serán responsables los corregidores, como si por sí mismos recibiesen dones y regalos prohibidos, e incurrirán en las mismas penas, siempre que se les probare que por malicia, omisión o condescendencia permitan que los reciban sus mujeres, hijos y demás familiares y domésticos. Por la misma razón deberan celar tambien con el mayor cuidado que los oficiales de justicia, dependientes de su tribunal, procedan con la misma integridad y pureza, castigándolos en caso de contravención con las mismas penas impuestas por las leyes; y estarán siempre a la mira de que las justicias de su distrito se porten como corresponde en esta parte."(49)

"Ley 6, título 38, libro XII (De los delitos y sus penas, y de los juicios criminales): Mandamos, que el alcaide de carcelero, y guardas de los presos ni alguno de ellos, no sean osados de tomar dádivas de dineros, ni presentes, ni joyas, ni viandas, ni otras cosas algunas de las personas que estuvieren presas en las cárceles de nuestras audiencias ... y si alguna cosa los dichos alcaydes o guardas llevaren contra la forma susodicha lo paguen con el dos tanto..." (50).

"Ley 13, título 30, libro IV (De la real jurisdicción ordinaria, y de su ejercicio en el Supremo Consejo de Castilla): Los alguaciles, escribanos y porteros no pueden to--

(49) *Ibid.*, concordancias a los arts. 314 y 315. p.p. 492 y 493.

(50) *Ibid.*,

mar dinero, alhaja ni otra dádiva de los litigantes, ni de los procuradores, escribanos y agentes, ni de alguno de los reos;-- ni pactar con las partes agasajo ni albricia algunas, así en--- los juicios civiles como en los criminales, pena de dos años de suspensión de oficio y 30 ducados para los pobres de la cárcel por la primera vez, y por la segunda, ocho años de presidio en Africa; y que en las mismas penas incurren sus domésticos y familiares, contraviniendo a lo referido" (51).

Características del cohecho en la Novísima Recopilación: 1) ya se emplea la voz "cohecho" para denominar al tráfico de la función. 2) El delito sigue siendo propio del Poder Judicial, aún y cuando ya no sólo se constriñe el ámbito de validez a la persona del juez, sino que se amplía a los "alguaciles, escribanos y porteros", a los carceleros y guardas, así como a los demás oficiales de justicia. 3) Se sanciona el cohecho cometido por los familiares o dependientes del funcionario judicial, es decir, el cometido por "interpósita persona". 4) Se sanciona una especie de cohecho culposo, cuando el funcionario judicial permita por omisión o condescendencia la recepción de dádivas-- por parte de sus familiares o domésticos. 5) Las penas imponibles al delincuente son: la pecuniaria, la suspensión del cargo, la inhabilitación para desempeñar otro, y la prisión en Africa. 6) Se reconoce la excusa absolutoria al particular que denuncie el delito. 7) se contiene en germen la idea del delito español-- de "aceptación de regalos presentados con motivo del cargo", en la frase "esta prohibido recibir dones ni regalos ..., de los-- que tuvieren pleyto ante ellos, ó probablemente pudieren tenerle."

B) ANTECEDENTES DEL DELITO EN LA LEGISLACION MEXICANA:

a) El código penal del Estado Libre y Soberano de Veracruz de 1835: Primer código penal elaborado en la República Mexicana, como ya lo hemos dicho es notable la influencia que-- sobre el mismo tuvo el código español de 1822; tal influencia-- se hace sentir en la parte relativa al delito de cohecho, en la que el código de 1835 no hace sino transcribir literalmente (-- aunque con ligeras modificaciones) las previsiones que al respecto hacía el ibero predecesor (52).

El código de 1835 sancionaba al cohecho en la--- sección II del título V ("De los delitos de los funcionarios pú**ú**blicos en el egercicio de sus cargos") de la Segunda Parte ("De los delitos contra la sociedad"), bajo el rubro "De los sobor-- nos, cohechos y regalos que se hagan á los que egerzan algun emempleo ó cargo público". En dicha sección no se plasma una definidefinición concreta, precisa, del delito de cohecho; aunque si se expreexpresa la idea de que tal figura se integra con la recepción o admiadmisión, por parte de un funcionario público, juez, o árbitro (53), de algún regalo, soborno o cohecho, por el cual el funcionario- en cuestión haga o deje de hacer alguna cosa a la que este obliobligado o que sea contraria a su encargo.

Los artículos 402 al 410 (54) del código de 1835,

(52) Para la elaboración del presente estudio comparativo se acució al texto del código veracruzano reproducido por el INACIPE, en el libro "Leyes Penales Mexicanas", t. 1, p.p. 23 a 105, y especialmente 68 a 69; así como al texto del código español de 1822 reproducido por Francisco Pacheco (op. cit., ed 1856) en--- sus concordancias a los arts. 314 al 317.

(53) Una primer diferencia con el código de 1822 es que en éste se menciona al--- "juez de hecho o de derecho", no--ción que fue suprimida por el código de 1835,-- al no tener aplicación en nuestro país dicha distinción en la judicatura.

(54) Copiados literalmente, aunque con variaciones de los arts. 454 al 462 del c. español.

regulaban de manera casuísticamente desafortunada al delito de cohecho, sancionándose al cohecho de acuerdo con las siguientes hipótesis, las que atienden a la mayor o menor gravedad que implica el acto de la función vendida:

1) Cuando a consecuencia del cohecho el funcionario público cometía prevaricación, es decir una falta especialmente grave cometida por el funcionario y regulada por los arts. 399 al 401, además de las penas aplicables por la comisión de tal ilícito, se le aplicaban las penas de prisión de 1 a 4 años e infamia (art. 402).

2) El funcionario público que debido al cohecho-- hiciera que una provisión o propuesta recayera sobre determinada persona, se hacía acreedor a las penas de infamia y prisión de 1 a 4 años (art 403). Este artículo constituye el primer antecedente nacional de nuestro actual "uso indebido de atribuciones y facultades", así como del "ejercicio abusivo de funciones" (55).

3) En el art. 404 se preveía la hipótesis de que el funcionario cohechado, hiciera algo indebido u omitiere aquello a lo que estuviere obligado, sin que por ello su conducta-- fuere "prevaricadora", caso en el cual el delincuente "sufriría las mismas penas que en la sección precedente se imponen a los prevaricadores", penas que consistían en la pérdida del empleo y la inhabilitación para obtener un cargo público (art. 399 último párrafo), así como la infamante pena de ser extrañado pú--

(55) El art. 403 dice a la letra: "También sufrirá las penas prescritas en el art. anterior, el funcionario público de cualquier clase que encargado de proveer algún cargo, oficio o empleo público, o comisión del gobierno, o de hacer las propuestas para su provisión, o de intervenir en ello por razón de su destino, haga en virtud de algún soborno ó cohecho que la provisión o propuesta-- recaiga en favor de persona determinada, por más acreedora que sea". Cfr. arts. 217, frac. I y 220 frac I, del c.p. en vigor.

blicamente del lugar en que se hubiere cometido el delito, cuando el sujeto activo fuere juez o árbitro (art 400). (56)

4) El art. 405 regulaba al cohecho para realizar cosa contraria a sus deberes o para dejar de hacer algo a lo que estaba obligado, y siempre y cuando el acto de función comprado no se hubiera realizado; en este caso se sancionaba la conducta del funcionario con la privación del empleo y la inhabilitación para obtener otro por un lapso de cuatro años, y, además, cuando el cohechado fuere un juez, la pena imponible era la de inhabilitación a perpetuidad para ejercer la judicatura, así como sanción de dos a seis meses de prisión.

5) Por cuanto hace al art. 406, en el se establecía la sanción aplicable a quien recibía un regalo para hacer un acto justo o no hacer un acto que no debía ejecutar; situación en la que el funcionario sería destituido de su empleo y se le inhabilitaría para desempeñar otro cargo público durante cuatro años; en tratándose de cohecho cometido por jueces, estos no volverían a ejercer la judicatura.

6) El art. 407 (además de prohibir la "aceptación de regalos presentados en atención al cargo", que también era sancionada por el art. 410), constituye un antecedente de la frac. IX del art. 215 de nuestra legislación vigente (hipótesis de abuso de autoridad), al sancionar la aceptación de regalos--

(56) Aquí es de señalarse que nuestro código de 1835 suprimió la mención que hacía en su parte final el art 456 del c. español (del cual fue copiado), y en la que se señalaba: "Si la acción que cometiere por soborno fuese no sólo contraria a su obligación sino que constituya otro delito a que este señalada alguna pena, se le impondrá ésta igualmente". Tal supresión no es explicable, pues el párrafo en cuestión preveía específicamente una regla aplicable al concurso de delitos, y al no preveer de manera general nuestro c. de 1835, en su parte general, regla alguna en relación con la "acumulación" (sólo se consideraban como agravantes de la responsabilidad: "El acompañar la perpetración de un delito con la comisión de otros de distinta especie", y, "El cometer un delito por cohecho o soborno o por esperanza de recompensa".- art. 119, fracs. 8 y 10), se--

dados por los subalternos del funcionario.

7) Los arts. 408 y 409, por su parte, regulan las penas en que incurrían aquellos que sobornan, cohechan o regalan a los funcionarios públicos (cohecho de particular); penas que varían según: -que el cohecho para que el funcionario prevari-- que, haga algo contrario a su obligación o no haga lo debido,-- sea aceptado por el funcionario y realice el acto solicitado (- prisión de 1 a 3 años, sin perjuicio de otra pena mayor, si estu viere señalada al delito que hagan cometer con el soborno (57); -que el cohecho para los efectos antes señalados, sea rechazado por el funcionario (apercibimiento, arresto de 2 a 6 meses y--- multa equivalente al precio ofrecido); -que el soborno hubiera-- tenido por objeto que el cohechador fuera propuesto para cargo, oficio o empleo público (caso en el que además de las penas ya-- indicadas, se le privaría del cargo que hubiere obtenido por--- tal medio, inhabilitandosele de por vida para obtener otro);--- -que el acto contrario a la obligación, pretendido con el so--- borno, no hubiere sido realizado por el funcionario (apercibi-- miento y arresto de 8 a 30 días); -que el acto indebido, preten-- dido con el cohecho, fuere rechazado por el funcionario (extra-- ñamiento y multa equivalente al precio de lo ofrecido y no acep-- tado; -cuando el regalo fuere presentado para que el funcionario realizara acto justo, no hiciera el injusto, o cuando la dádiva fuera ofrecida en atención al cargo (apercibimiento y arresto-- de 8 a 30 días); -y, finalmente, si el regalo para hacer acto-- justo, no hacer el injusto, o presentado en razón del cargo, no fuere admitido por el funcionario (extrañamiento y multa equiva-- lente al precio del regalo).

/-creó una laguna respecto de lo que acontecía cuando el cohecho daba lugar a o tro delito.

Además del notorio casuismo que notamos en la redacción del código de 1835, y en la de los inmediatos posteriores, podemos resaltar como características esenciales del delito de cohecho previsto en el mismo, las siguientes:

1) Se trataba de un delito de sujeto activo calificado: el funcionario público; estableciéndose sanciones agravadas para "jueces y árbitros" por la trascendencia de la tarea que les está encomendada. 2) El delito lo cometía el funcionario tanto por la recepción del objeto como por la aceptación de la promesa de regalo, soborno o cohecho. 3) Se sancionaba al particular, aún cuando el funcionario rechazaba la dádiva. 4) Se prevén hipótesis de delito calificado por el resultado (cuando se haya cometido prevaricación, etc.), lo que deja que desear respecto de la técnica empleada por el legislador. 5) El criterio para la aplicación de la penalidad se basa en la mayor o menor gravedad de la falta a los deberes de honestidad y probidad, --- gravedad que se determina por la justicia o injusticia del acto. 6) Se prevé el concurso eventual de personas, al sancionar al --- funcionario que aceptase el cohecho por interpósita persona. 7) Se establecen reglas específicas de concurso de delitos, pero --- sólo para el caso de que el cohecho dé lugar a la prevaricación. Y, 8) se castiga con mayor severidad al funcionario público que al particular.

b) El código penal de 1871: Se refiere al cohecho de manera menos casuística en el capítulo IV del Título Undécimo ("Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio --- de sus funciones") del Libro Tercero (De los delitos en particu

lar) (58). Ya no se distingue el daño causado (si produce prevaricación o no), sino tan sólo se hace referencia a sí el acto-- que hará el funcionario a cambio del regalo es justo de sus funciones (caso en el cual se le sancionaba con suspensión de su-- empleo, de 3 meses a año, y multa igual al duplo de lo recibido.- art. 1014), si es injusto o deja de hacer uno justo de sus funciones (hipótesis en la que se sancionaba al funcionario con prisión de 1 a 3 años, multa igual al duplo del cohecho y desti-- tución del empleo o cargo, así como inhabilitación para obtener otro.- art. 1015), o si el acto constituye delito (aplicandose-- entonces, además de las sanciones del art. 1015, las propias es-- tablecidas para el nuevo delito cometido.- art. 1016). En caso-- de que el acto injusto no hubiere llegado a cometerse, la pena-- que sufriría el cohechado sería de 3 meses de arresto a 1 año-- de prisión, multa igual al duplo del cohecho, y suspensión del-- empleo de tres meses a un año (art. 1015).- El art. 1018 señala como circunstancias agravantes de la pena: la calidad específi-- ca del cohechado (juez, jurado, asesor, árbitro, arbitrador o-- perito) y la circunstancia de que el cohecho se verificara a--- instancia del funcionario mismo.

Por lo que hace al cohecho de particular, es el

(57) Es una regla específica de concurso de delitos que contrasta con la supresión de la previsión respectiva del cohecho de funcionario público, que el legislador de 1835 hizo en el art. 400 al transcribir el art. 456 del c.p. español. Vid nota 56 al presente capítulo.

(58) Leyes Penales Mexicanas, t. I, p.p. 267 a 482, y especialmente, p. 467; el-- código de 1871, influenciado por el español de 1870, rubrica al capítulo dedica-- do al delito en estudio simplemente como "cohecho", y al igual que el c. español adopta un criterio de imposición de sanciones basado en la gravedad del acto de-- la función, criterio que sin embargo no es tan casuístico como el utilizado por-- el c.p. español de 1822; cabe hacer notar, sin embargo, que el c. de 1871 no es-- transcripción exacta del español de 1870. Cfr. Pacheco, op. cit., ed. de 1870.

art. 1022 el que lo regula, estableciendo al corruptor las mismas penas que al cohechado, y previendo el caso de que el cohecho se hubiere efectuado a instancia del funcionario, para que éste realizara una conducta justa (art. 1023), caso en el que el cohechante era merecedor sólo de una pena de multa, igual al monto del cohecho.

Finalmente, es de señalarse que el art. 1024 se refiere a la tentativa de cohecho, y el 1025 a la participación.

Características del código penal para el D.F y-- Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación, de 1871, en materia de cohecho: De lo dicho se desprenden las siguientes: 1) Se nota aún un gran casuismo en la previsión del delito de cohecho, pues la punibilidad del mismo se basa en la mayor o menor gravedad de la falta a la función. 2) Sigue siendo un delito cualificado por el resultado, cuya pena mayor o menor depende de la realización, o no, del acto de función. 3) Por--- cuanto hace al ámbito personal de validez, se habla ya de "toda persona encargada de un servicio público", y en ese sentido, es antecedente del texto original del código mexicano de 1931. 4) Se sanciona con las mismas penas al corruptor y al cohechado.-- 5) Se señalan reglas específicas sobre tentativa y participación.

c) Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929: Este código, regula en su Libro Tercero ("De los tipos legales de los delitos"), título Noveno ("De los delitos cometidos por funcionarios públicos"), capítulo IV, artículos 582 al 592, a la figura de la corrupción, bajo la denomina-

ción de "cohecho"; y lo hace en términos muy parecidos a como lo regula el código de 1871:

Cohecho de funcionario público: la aplicación de las penas atiende a la gravedad del acto de función solicitado:

Acto justo de sus funciones.--
(art. 1014)

Suspensión de empleo de 3--
meses a 1 año y multa igual
al duplo de lo que reciba.

Acto injusto u omisión de acto
justo propio de sus funciones:

-si se verificó la infracción
a los deberes del funcio-
nario (art. 1015, párrafo
segundo.)

1 a 3 años de prisión, mul-
ta del duplo del cohecho,--
destitución, e inhabilita-
ción perpetua para obtener
otro cargo en el mismo ramo.

-si no se verificó la infrac-
ción a los deberes del funcio-
nario (art. 1015, 1er. párra-
fo).

3 meses de arresto a 2 años
de prisión, multa igual al
duplo del cohecho, y suspen-
sión del empleo de 3 meses-
a un año.

Acto injusto que constituya--
delito (art. 1016).

Penas prescritas en el párra-
fo segundo del art. 1015---
más las del delito cometido.

Se señalan al cohecho de funcionario idénticas a gravantes a las establecidas en el código de 1871 (por la calidad del funcionario, y porque el cohecho se hubiere verificado a instancia suya).

Cohecho de particular: Importantes e innovadores resultan los arts. 589 y 590, que establecían las penalidades--imponibles al cohechador, precisándose al respecto que no se le aplicaría sanción alguna, salvo el caso de que el cohechado no admitiera el tráfico de la función y lo denunciara, hipótesis--

en la que al corruptor se le aplicarían las mismas penas previstas para el funcionario corrupto, excepto el caso de que la pretensión del cohechador fuera justa, en que sólo se haría acreedor a una amonestación.

Reglas generales acerca del cohecho: el código-- de 1929 fija principios respecto a la participación (arts. 587- y 591), señalando además que las dádivas dadas debían caer en-- comiso (art 592).

d)Código penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales... (texto original y reformas del 31 de diciembre de 1954):

Nuestro código penal vigente previó originalmente al delito de cohecho en sus artículos 217 y 218, siendo antecedente inmediato de los mismos, los artículos 215 y 216 (respectivamente), del Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1930.

El art. 217 señalaba:

"Comete el delito de cohecho:

"I.-La persona encargada de un servicio público, que por sí o por interpósita persona, solicite o reciba indebidamente dinero o cualquier otra dádiva, o acepte una promesa directa o indirectamente para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto, relacionado con sus funciones, y

"II.-El que directa o indirectamente dé u ofrezca dádivas a la persona encargada de un servicio público, sea o no funcionario, para que haga u omita un acto justo o injusto-- relacionado con sus funciones."

Del texto de dicho artículo puede apreciarse con facilidad, la reducción del exagerado casuismo con que se trataba al delito en códigos anteriores; así, ya no se distingue en-

tre funcionario público, juez, árbitro, perito, etc. para fijar la pena, hablándose tan sólo de la "persona encargada de un servicio público"; y, en segundo lugar, se desecha el criterio de punibilidad que atiende a la mayor o menor gravedad del acto de la función, permitiendo que sea el juzgador quien califique la peligrosidad de la conducta desplegada, lográndose así expresar, en una fórmula sencilla, toda la esencia y naturaleza de la corrupción.

Ahora bien, por cuanto hace al art. 218, en éste se fijaba el castigo que se impondría a los delincuentes: corruptor y cohechado; sancionándose la conducta de ambos, por igual, con "tres meses a cinco años de prisión y multa hasta de dos---mil pesos". Siendo de notarse, como lo hace Carranca y Trujillo (59) que inexplicablemente el artículo en cuestión no considera a las penas de destitución de empleo e inhabilitación para el--caso del cohecho de servidor público.

Estudiado el texto original de los artículos 217 y 218, hemos de señalar que el primero de ellos sufrió importantes modificaciones por Decreto del 31 de diciembre de 1954, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 5 de enero de 1955.

De acuerdo al Decreto mencionado, y en relación--

(59) "Código Penal Anotado", Porrúa, 1980, 8a. ed. revisada por Raul Carranca y Rivas, cita 647 al art 218. Es de señalarse que tampoco el Anteproyecto de 1930 preveía las penas de destitución e inhabilitación para el corrupto, sino sólo las de "3 meses a 3 años de prisión y multa igual al doble de la cantidad dada u ofrecida"; estableciendo así una pena más benéfica en cuanto a la privativa de libertad, y una pena que nosotros pensamos es más adecuada por cuanto hace a la pecuniaria, que las previstas después en el código de 1931.

al cohecho de servidor público, la frac. I del art. 217 veía---
 precisado su ámbito de validez personal a "La persona encargada
 de un servicio público centralizado o descentralizado, o el fun-
 cionario de una empresa en que como accionista o asociado parti-
 cipe el Estado ..." (60).

Dicha reforma, como puede observarse, no tuvo co-
 mo finalidad el afectar la técnica legislativa utilizada para--
 tipificar al cohecho; sino que tendía exclusivamente a adecuar--
 las previsiones del derecho penal, a la evolución del derecho--
 administrativo mexicano. Y ello es cierto, si tomamos en cuenta
 que en 1942, quedaba de manifiesto a nivel constitucional, la--
 existencia de "empresas que sean administradas en forma directa
 o descentralizada por el Gobierno Federal" (61), dictándose en-
 30 de diciembre de 1947 una ley que establecía un "control por-
 parte del Gobierno Federal, de los organismos descentralizados-
 y empresas de participación estatal" (62); de ahí que resultara
 necesario actualizar el código penal con la división de la Admi-
 nistración Pública en centralizada, descentralizada y empresas-
 de participación estatal.

Respecto de la reforma en cuestión, nos parece--
criticable el que sólo sancionara la conducta del funcionario--

(60)Respecto del significado del término "servidor público" utilizado por el--
 art., véase nota 51 al primer capítulo., p.p. 34-51.

(61)Art. 123, adicionado con reforma de fecha 5 de noviembre de 1942, publicada
 en el D.O., el 18 del mismo mes, por la que se crea la frac. XXXI; dicha frac.,
 que puede considerarse jurídicamente incorrecta por cuanto a que el Gobierno no
 administra "directamente" a las empresas de participación estatal, sino que es-
 tas pertenecen a la administración descentralizada, ha sufrido dos reformas pos-
 teriores, la primera del 6/II/75, y la segunda, del 9/I/78.

(62)Vid. Gabino Fraga, op. cit., p.p. 215 y s.s., especialmente 218 y 219, así
 como p.p. 417 a 418.

de las empresas de participación estatal, y que se excluyera por tanto a los empleados de las mismas, pues tal diferenciación no tenía razón de ser, como lo demuestra el hecho de que esa distinción no se hacía respecto a los trabajadores de los denominados por la ley "servicios públicos descentralizados y centralizados".

Finalmente, por cuanto hace a la reforma en estudio, hemos de indicar que la misma se había vuelto obsoleta y contrastaba grandemente con lo dispuesto en el art. 90 constitucional, según reforma del 21 de abril de 1981. En efecto, dicho precepto fundamental divide a la Administración Pública Federal en "centralizada y paraestatal", y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF) precisa (art. 3) que ésta última comprende a Organismos Descentralizados, Empresas de Participación Estatal, Instituciones Nacionales de Crédito, Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito, Instituciones Nacionales de Seguros y Fianzas y Fideicomisos, de lo que cabe concluir que la redacción del art. 217 se había vuelto casuista, en relación a la calidad del sujeto activo del ilícito, sin que pudiera sancionarse por cohecho a otros funcionarios o empleados de la Administración Pública Federal Paraestatal no comprendidos en los "organismos descentralizados y en las empresas de participación estatal".

El mismo Decreto de 31 de diciembre de 1954, modificó el texto original de la frac. II del art 217, disponiendo al efecto: "Comete el delito de cohecho: ... II.-El que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que ésta haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones."

Como puede apreciarse son dos los cambios inferidos a la frac. II del art. 217:

Por cuanto hace al señalamiento de que el delito se comete al dar a alguna de las personas "que se mencionan en la fracción anterior", la modificación resulta lógica y congruente con la reforma que sufriera la frac I, y obedece a razones de sintaxis.

Y, en relación a la modificación que se hace al inicio de la descripción típica, hemos de precisar lo siguiente:

1) De manera adecuada se suprimió la frase "El--- que directa o indirectamente..."; pues con ella se establecía una regla específica de la participación que resultaba reiterativa de las reglas generales previstas en el art. 13 del código penal, siendo en consecuencia una norma intrascendente.

Por otra parte hemos de indicar que resulta en extremo curioso el hecho de que no se hubiera suprimido la misma frase que obraba en el "tipo" de cohecho de servidor, al hablar de la aceptación de promesas.

2) En lugar de la regla específica de la "participación", a que nos referimos en el inciso anterior, las reformas establecieron la expresión: "El que de manera espontánea..." con lo que, dentro del elemento objetivo del tipo penal, se da lugar a una "referencia a los medios de comisión del delito"--- (63), referencia de la cual se desprende que al particular no se le sancionará cuando el servidor público le solicite la dádiva. Nuestros tribunales, sin embargo, estiman que cuando el par

(63) Vide Infra, cap. IV, p.p. 211

particular accede a las pretensiones del servidor, dicho particular es responsable del delito de cohecho de servidor público (art. 222 frac I), conforme a las reglas de la participación; si aceptamos el criterio de los tribunales la reforma resulta ino-
cua, por lo que consideramos que para responsabilizar al particular conforme a la frac I del art. 222, el juez debe tomar en cuenta la mayor o menor coacción ejercida sobre su mente por el servidor, la justicia ó injusticia del acto que motivo el cohecho, y el menor o mayor monto de la dádiva.

e) El cohecho en la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados, de 21 de febrero de 1940: Publicada el 21 de febrero de 1940; legislada por el Presidente de la República, en uso de las facultades otorgadas expresamente por el Congreso de la Unión; fue su objeto principal el adecuar la legislación secundaria al mandamiento supremo de nuestra Carta Magna, que en su artículo 111 (actualmente reformado) disponía:

"... El Congreso de la Unión expedirá, a la mayor brevedad, una Ley de Responsabilidades de Todos los Funcionarios y Empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales, determinando como delitos o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, aún cuando hasta la fecha no hayan tenido carácter delictuoso. ..."

Loable por sus objetivos, la Ley de Responsabilidades de 1940 resulto empero técnicamente defectuosa, al convertir a toda una gama de delitos, tradicionalmente estimados como ordinarios (previstos en el Código Penal, como ya se ha visto),

en delitos oficiales, entre los que se contaba al delito de nuestro estudio.

Así pues, el artículo 18, frac. VIII, prohibía a funcionarios y empleados "solicitar indebidamente dinero o alguna otra dádiva, o aceptar una promesa para sí o para cualquier otra persona, para hacer algo justo o injusto, o dejar de hacer algo justo relacionado con sus funciones". Delito que era sancionado con prisión de tres meses a cinco años y multa hasta de--- dos mil pesos.

Como puede apreciarse, la Ley de Responsabilidades no introdujo variaciones de importancia en la concepción--- del delito, pues incluso establece idéntica sanción a la por entonces prevista en el código penal; sin embargo, es necesario--- advertir que la Ley hace referencia, respecto del acto de función, a "hacer algo justo o injusto, o dejar de hacer algo justo", siendo ello impropio puesto que el legislador no se percató de que la última hipótesis por él prevista ya se encontraba tipificada dentro del concepto del "acto injusto".

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 6 transitorio de la Ley de referencia: "Se derogan en cuanto se opongan a la presente, todas las leyes y disposiciones de carácter general referentes a responsabilidades de funcionarios y empleados públicos"; y, es con base en tal declaración que la mayor parte de los tratadistas mexicanos arguyen que la Ley de Responsabilidades derogó tacitamente la mayor parte del articulado del título décimo, libro segundo del código penal (64); cuestión que de ser cierta resultaría en extremo delicada habida cuenta de que-

(64) Así p.e. Raul F. Cárdenas sostiene que si fueron derogados los arts. en--- cuestión, salvo los de cohecho, peculado y concusión, que se referían no a funcionarios o empleados, sino a las personas encargadas de un servicio público---

la Ley de Responsabilidades de 1980, que abrogó a su predecesora, no comprende más como delitos oficiales a los previstos por la ley de 1940, delitos a los cuales de manera acertada estimamos como comunes, y por tanto sancionables conforme al código penal. Empero, la Ley de 1980 no dispuso expresamente que se devolviera su vigencia a las disposiciones del ordenamiento común. ¿Es que acaso, entonces, los delitos de funcionarios públicos no existieron más? ¿Desaparecieron de nuestra legislación, como pretendemos demostrarlo gran parte de la doctrina?

Nosotros tenemos serias dudas al respecto, pues: ¿Cómo es posible que no se deroguen expresamente normas de un interés público notorio como son las contenidas en un ordenamiento penal? Si bien es cierto que el art. 9 del c.c. establece que las disposiciones legales pueden ser derogadas tacitamente cuando leyes posteriores contengan disposiciones total o parcialmente incompatibles con las anteriores, no comprendemos que un ordenamiento civil, creado fundamentalmente para regular las relaciones entre particulares, establezca normas de derecho público aplicables a cuestiones tan trascendentales como el Derecho Penal (de ahí que seamos partidarios de la creación de un código administrativo, en el que se prevean, entre otras cosas, las cuestiones relativas a la vigencia de la ley, muy incompletamente previstas en la actualidad por el código civil).

—("La responsabilidad de los funcionarios públicos", Ed. Porrúa, la. ed. 1982, p.p. 87 y s.s.). Sin embargo, si excluimos a los funcionarios y empleados de los tipos en cuestión ¿a quienes se aplicarían las sanciones del código penal? Pregunta a la que contestamos que nadie, pues según nuestro derecho penal ser vidores públicos sólo son y han sido los trabajadores del Estado.

2) Si la Ley de Responsabilidades derogó las disposiciones que sobre funcionarios y empleados contenía el código penal, ¿cómo es posible que el legislador haya modificado, reformado, artículos que ya no existían (como en el caso del cohecho -1954- y el peculado -1982-) (65).

Por ello nosotros pensamos que no hubo tal derogación (66); lo que acaeció fue algo similar a lo que César Sepúlveda narra en relación a la aplicabilidad de los Tratados Internacionales frente a la vigencia de una Ley Federal no derogada, Ley Federal que se ve "suspendida" en tanto el Tratado se encuentre en vigor, y no es abrogada, puesto que el Tratado carece de la suficiente fuerza (por regla general), para llevar a cabo una abrogación en forma (67).

(65) En este punto García Ramírez ("Comparecencia...", p.p. 152) estima que el hecho de que tales artículos fueran reformados les dió plena vigencia, pero ¿que acaso derogaron a los artículos relativos de la Ley de Responsabilidades?

(66) Frente a nuestra opinión destaca la muy docta del Dr. Sergio García Ramírez (IDEM), quien al hablar de las "razones que hacen imprescindible la incorporación de delitos en el título décimo del libro segundo del código penal", indica que "hay que aclarar y declarar nuevamente que hoy día el Estado Federal se encuentra privado de las normas penales que le facultan para sancionar ciertas conductas socialmente reprobables y lesivas" (p.p. 151), pues "aunque no fuera el objetivo deseado por el legislador de entonces, la Ley de 1979 (de Responsabilidades) ha operado de hecho y de derecho, como una ley de amnistía, en cuanto suprimió los tipos de delito oficial que contenía el art. 18 de su antecesor la Ley de Responsabilidades de 1979 ... Al perderse ese art. 18, se ausentaron de nuestro derecho positivo, y por ende de nuestra facultad persecutoria, los 72 tipos delictivos contenidos en igual número de fracciones que integraban aquel precepto" (p.p. 152).

(67) "Derecho Internacional", Porrúa, México, 1981, 2a. ed.: "Un Tratado (Internacional posterior deroga las leyes precedentes que se le opongan, pero vale la pena aclarar que no se trata de una auténtica abrogación, sino que ocurre que en los casos de aplicación concreta y específica del pacto se prefiere en ese momento la norma del Tratado a la norma interna, pero la Ley permanece in cólume en todos los demás casos" (p.p. 79).

Así pues, hemos de concluir que a partir de 1980, año en que fue promulgada una nueva ley de Responsabilidades,-- el articulado relativo a delitos de funcionarios volvió a su-- plena vigencia, e incluso, creemos que durante el reinado de la Ley de Responsabilidades de 1940, el código penal si era aplica-- ble en su integridad, al menos a los Altos Funcionarios de la-- Federación, quienes no eran sancionables conforme al artículo-- 18 de la Ley.

Y tal parece haber sido la opinión del legisla-- dor en el año de 1979, en que al discutirse el proyecto de una Nueva Ley de Responsabilidades, el entonces diputado Luis Octa-- vio Porte Petit Moreno señalaba (al fundamentar el dictamen de-- la Comisión de Justicia), que con base en el principio de igual-- dad consagrado por la Carta Magna "se suprimen todos aquellos-- delitos de la Ley (de Responsabilidades de 1940) que se encuen-- tran tipificados en el código penal o en otras leyes, para que-- se sancionen conforme a sus disposiciones y por los tribunales-- comunes..." (68); manteniéndose en la Ley sólo a los "delitos o-- ficiales" que, "son los que se cometen en el ejercicio del car-- go con algo inherente y derivado de la función misma y no apro-- vechando la misma para satisfacer apetitos personales que, en-- su esencia, son delitos ordinarios" (69); en tanto que Antonio-- Rocha Cordero, manifestaba "Los delitos del orden común son to-- dos los que están contenidos en el código penal y que nosotros--

(68) Debate en lo general en la H. Cámara de Diputados (19 de diciembre de 1979 en Revista Mexicana de Justicia, # especial, sept-1980: "La responsabilidad de los funcionarios públicos en la Legislación Mexicana", p.p. 303.

(69) *Ibid*, p.p. 305.

podemos cometer" (70). Y así también, Ignacio González Rubio,-- precisaba que la nueva Ley de Responsabilidades (de 1979) "es-- para los ineptos ... No es para los criminales. Para los que co-- meten un delito penal es el código penal", agregando el propio-- diputado que "En la actual Ley de Responsabilidades se incorpo-- ran los delitos de naturaleza criminal para tipificarlos como-- delitos oficiales, se está creando un fuero de privilegio y so-- breviviente en la Constitución, en que para los funcionarios y-- empleados públicos se debe de expedir una ley penal especial,-- se les debe seguir un procedimiento especial, lo debe de juzgar un tribunal especial, un criterio especial. Entonces establece-- realmente un fuero. La importancia de esta ley (de 1979) es su-- primir el fuero. Que el que cometa un delito del orden penal--- sea tratado como son tratados todos los demás mexicanos..."(71). Y, es de resaltarse que las ideas antes transcritas no fueron-- rebatidas durante los debates sostenidos en ambas Cámaras. Era-- una realidad aprobada por todos los representantes del Pueblo.

(70)Ibíd, p.p. 317.

(71)Ibíd, p.p. 331, 332, y s.s.

F) DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE COHECHO, SEGUN-
LO ESTABLECIA EL CODIGO PENAL VIGENTE ANTES DE LA REFORMA DEL 5
DE ENERO DE 1983, Y EL DELITO DE COHECHO, SEGUN SE ENCUENTRA---
PREVISTO EN EL TEXTO VIGENTE:

El delito en estudio no podía sustraerse a las--
reformas sufridas por el Título Décimo, Libro Segundo, de nues-
tro código penal; el espíritu renovador que las motivó no podía
dejar de advertir la presencia de éste tipo, de comisión nacio-
nal y reiterada, de arraigada tradición mexicana; así, si el de-
lito de cohecho no sufrió variación alguna por cuanto hace a su
esencia, si fue objeto de modificaciones, mismas que presentan-
especial importancia por lo que ve a la penalidad del delito.

1) Una primera diferencia, que notamos en la re--
glamentación del cohecho, antes y después de la reforma, se re-
fiere al sujeto activo del cohecho de servidor público, pues co-
mo hemos de recordar, el art. 217 disponía que lo era "La perso-
na encargada de un servicio público centralizado o descentrali-
zado, o el funcionario de una empresa en que como accionista o-
asociado participe el Estado"; y, actualmente, la frac. I del--
art. 222 preceptua que comisor del delito lo será un "servidor-
público", locución esta que como hemos visto amplía el ámbito--
de validez personal de la norma, y con la cual se elimina el---
principio de casuismo que ya presentaba el art. 217.

2) En segundo término, se precisa con las refor-
mas que no necesariamente el beneficio producido por el tráfico
de la función, debe serlo para un servidor público, sino que,--
con la adición de la expresión "para sí o para otro", se aclara
cualquier duda respecto de las dádivas entregadas por el parti-
cular a terceras personas, en virtud a la petición que en ese--

sentido le hiciera el servidor (72).

3) Se eliminó con las reformas de 1983, por reiterativa, la expresión "aceptar promesa directa o indirectamente", pues probablemente se consideró que la mención "por sí o por interpósita persona", al principio de la oración, abarca tanto a la aceptación de la promesa hecha directamente por el servidor, como a la hecha indirectamente por conducto de un tercero, a nombre y con el consentimiento del servidor. Aquí, hubiera sido encomiable que también la locución "por sí o por interpósita persona", fuera suprimida, por ser reiterativa de las reglas generales de la participación (arts. 13 y 212 párrafo segundo).

4) El cohecho de particular no resintió modificaciones de importancia en cuanto a su formulación típica.

5) Finalmente, y por cuanto hace a la sanción imponible al delito de cohecho (que es la misma para el servidor y el particular), nos encontramos con importantes cambios. Así, se adopta un criterio de mensuración de la pena fundamentado en el monto de la dádiva o promesa, dividiéndose en consecuencia la penalidad (la cual por cierto se agrava), según que dicho monto exceda o no del equivalente a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el D.F. en el momento de cometerse el delito. Además, dentro de las sanciones imponibles, se prevén las de multa acorde con el salario mínimo (reformado a últimas fechas por la imposición de días-multa), destitución e inhabilitación (con lo que se subsana la laguna que presentaba al respec-

(72) La exposición de motivos de la iniciativa presidencial da la siguiente importancia a las reformas del art. 222: "El delito de cohecho se amplía con la solicitud de cualquier dádiva por parte del servidor público para cualquier tercero". ("Proceso Legislativo...", 1982, p.p. 8). Cabe señalar, sin embargo, que la reforma no es del todo extraña a la legislación nacional, pues ya la Ley de Responsabilidades señalaba que la dádiva o promesa podía ser ya para el propio servidor, ya para "cualquier otra persona", (L.R. 1940, art. 18, frac. VIII).

to el art. 218). Por último, se señalan también como penas aplicables, el decomiso o pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito, y el monto de la reparación del daño causado por el ilícito (art. 30 c.p.).

G) EL DELITO DE COHECHO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL, DE 1983.

Las numerosas críticas de que ha sido objeto--- nuestro añejo código de 1931, encontraron eco en el espíritu--- "renovador", progresista, que envuelve a la sociedad mexicana-- en el presente sexenio gubernativo; de ahí que de la Consulta-- Nacional sobre Administración de Justicia, convocada por acuerdo presidencial, surgiera la idea de elaborar un código penal-- nuevo, en el cual se introdujeran "los progresos y las adecuadas soluciones que es posible incorporar en esta época, mejorando en cuanto sea factible, el texto de 1931" (73). Y si bien la idea no culminó con la abrogación-sustitución del código de '31, si dió origen a un interesante Anteproyecto de código penal, el cual ya rindió sus primeros frutos (74).

(73) "Comentario sobre el anteproyecto de Código Penal", versión al 10 de agosto de 1983"; edición facsimilar; p.p. 2.

(74) En efecto, las reformas al código penal de enero de 1984 fueron en gran--- parte producto de las ideas expresadas en el Anteproyecto, así p.e. el sistema de días-multa (Cfr. al punto 13 de los Comentarios al Anteproyecto, p.p. 14 y-15, y la exposición de motivos contenida en la Iniciativa Presidencial, origen de las reformas de 1984. -en "Proceso legislativo de la iniciativa presiden---

En el Anteproyecto en cuestión (versión al 10 de agosto de 1983), el delito de cohecho presenta ciertos cambios y adiciones.

En primer lugar, a fin de evitar caer en la aparente incongruencia en que incurre nuestro código penal vigente al reglamentar en un mismo capítulo tanto el cohecho de servidor, como el de particular, el Anteproyecto, siguiendo a legislaciones extranjeras y nacionales, ubica al cohecho de servidor en el capítulo X del Título III de la Sección Cuarta (Delitos contra la Nación y el Estado) del Libro Segundo (Parte Especial), comprendiéndolo dentro de los "Delitos Contra el Servicio Público, Cometidos por Servidores Públicos", y bajo el rubro de "Cohecho"; en tanto que al cohecho de particular, lo sitúa en el Cap. I, del Título IV, de la misma sección y Libro, como "Delito Contra el Servicio Público Cometido por Particular", al cual no se le da un nombre propio.

Por lo que ve a la esencia del cohecho de servidor, ésta permanece inalterada, siendo la descripción típica que hace el art. 269 del Anteproyecto, idéntica a la del código de 1931 (texto vigente). En cuanto a la punibilidad del cohecho de servidor, ésta se encuentra regulada por los arts. 34 (decomiso), 260 (privación del cargo e inhabilitación), y 269 (multa y privación de la libertad) del Anteproyecto, siendo similar el criterio en que se basa la punibilidad al criterio que sigue---

cial de decreto... (publicado en el D.O. el 13 de enero de 1984)". Ed. Cámara de Diputados, LII Legislatura, col. Documentos, p.p. 18 y 19; y art. 26 del Anteproyecto y 29 del código penal en vigor); véase también las reglas relativas a los "Delitos contra la Administración de Justicia", etc.

nuestro texto en vigor (si el monto de la dádiva o promesa excede o no de 500 veces el salario mínimo), y sólo varían: a) la penalidad mínima si el monto de la dádiva no excede de 500 veces el salario, se aumenta en el Anteproyecto de tres meses, según la reglamentación en vigor, a seis meses; b) se adopta el sistema de días-multa para la fijación del monto de la multa (con lo que el Anteproyecto se adelantó a las reformas de 1984); y, c) en el Anteproyecto no existe una regla específica acerca de la reparación del daño (moral) en tratándose del "cohecho", como-- si existe en el art. 30, frac III, del código penal vigente.

En cuanto al cohecho de particular, regulado en los artículos 273 y 274 del Anteproyecto, éste tampoco presenta modificaciones en su esencia; y en relación a su punibilidad,-- además de las ya referidas al tratar el cohecho de servidor, modificaciones aplicables al cohecho de particular, nos encontramos las siguientes: a) se desecha por completo la duda de si al particular que sea servidor público le son aplicables la destitución y la inhabilitación (duda que surge conforme al texto en vigor del art. 222.- 75). b) El art. 274 prevé dos atenuantes de la pena al disponer: "Se reducirá hasta una tercera parte la--- sanción correspondiente en los siguientes casos: I.- Cuando el-- cohechador denuncie espontáneamente el delito cometido; II.- Cuando el cohechador hubiere actuado para beneficiar a una persona con la que lo ligue un vínculo familiar, de amistad, gratitud o dependencia."

(75) Vid infra, p.p. 246 , cap. VI, la punibilidad.

H) EL COHECHO EN LA LEGISLACION MEXICANA COMPARADA:

En el presente inciso intentaremos llevar a cabo un estudio comparativo de las legislaciones estatales (y sus relaciones con los textos federales) en materia de cohecho.

En primer término, debe destacarse el hecho de que el código penal de 1931 para el D.F., ha influido de manera notable en casi todas las legislaciones locales, de ahí que estas hayan superado al menos el excesivo casuismo con que se trataba al delito en estudio en los códigos de 1835, 1871, 1929,-- así como en los en ellos basados. Pero sin embargo, hemos de señalar también que si dicha influencia fue y ha sido amplia e importante, ésta ha ido decreciendo año con año, sobre todo una vez que los estudiosos, tanto de las entidades federativas como del D.F., se han percatado de los múltiples errores y deficiencias que padece el código de 1931, errores y deficiencias que si no han podido ser corregidos y subsanadas con facilidad por éste, si pueden ser combatidos por las legislaturas locales.--- Así pues, como veremos, respecto del cohecho encontramos en las entidades federativas dos clases de legislación: la una inspirada por el texto federal, ya original o reformado, aunque con ligeras variantes, y la otra, adoptada quizás por una minoría, de tradición meramente localista, ajena al articulado federal.

Pasemos pues, ahora, al estudio comparativo del cohecho de servidor público en la legislación mexicana en vigor, para lo cual hemos desglosado seis ingredientes integrantes de la descripción típica del ilícito:

1) Sujeto activo del delito:

a) Los códigos penales de Chiapas (art. 397-I),-- Jalisco (195-I), Nuevo León (203-I), Queretaro (192-I), San Luis

Potosí (233-I), Sinaloa (188-I), y Tamaulipas (204-I), a semejanza del texto original de nuestro art. 217, consideran sujeto activo del delito en estudio al "encargado de un servicio público"; en tanto que los códigos de Nayarit (184), Puebla (207-I), y Yucatan (251-I), influenciados por el texto original, agregan la mención "sea o no funcionario"; y el ordenamiento de Chihuahua (209-I), sanciona al "encargado de un servicio público, funcionario o empleado".

b) Los códigos punitivos de Campeche (191-I), Colima (189-I), Baja California Norte (182-I), Michoacan (179),-- contemplan como agente comisor del ilícito, al igual que lo hacía el código penal federal según reformas del 5 de enero de--- 1955, a la "persona encargada de un servicio público centralizado o descentralizado, o el funcionario de una empresa en que como accionista o asociado participe el Estado"; y, con ligeras-- variantes, nos encontramos a las legislaciones de Aguascalientes (198-I), Morelos (197-I), en que se suprime al "funcionario de las empresas paraestatales", y Tlaxcala (186-I) y Zacatecas (-- 251-II), que se refieren a la "persona encargada de un servicio público del Estado o descentralizado, o del municipio, o el funcionario de una empresa en que como accionista o asociado participe el Estado".

c) Los códigos de Guerrero (190-I), México (122A), Sonora (182-I) y Tabasco (209-I), siguiendo el texto en vigor-- de nuestro ordenamiento punitivo, hablan de "servidor público", termino éste que seguramente será adoptado por otras legislaciones locales, en cumplimiento de lo establecido por el art. 108-último párrafo de nuestra Constitución General.

d) Y, finalmente, evadiendo la problemática que--

supone el concepto de servidor público, y siguiendo una idea localista, el código de Coahuila (178-I) aplica sus normas sobre el cohecho al "funcionario o empleado"; Durango (269) y Veracruz (256-I) "al funcionario o empleado de la Administración Pública"; Guanajuato (145-I) "al funcionario o empleado público o de organismo descentralizado"; Oaxaca, al "funcionario o empleado encargado de un servicio público de la Administración Estatal, Municipal o Descentralizada o el funcionario o empleado de una empresa en que como accionista o asociado participe el Estado"; y, los estados de Hidalgo y Quintana Roo, no hacen previsión alguna del delito de "cohecho de servidor", ni en general, de ningún delito de servidores o funcionarios públicos.

2) Respecto de la expresión "que por sí o por interpósita persona", regla reiterativa de las normas sobre la participación, hemos de decir que la mayoría de los ordenamientos punitivos, en vigor en las entidades federativas de nuestro país, la adoptan; suprimiéndola tan sólo, de manera correcta según nuestro parecer, las legislaciones de Chihuahua (209-I), Guanajuato y Veracruz.

3) Por cuanto hace al núcleo del tipo, formado por la solicitud o recepción indebidas de dinero o cualquier otra dádiva, señalaremos lo siguiente:

-Los códigos de Chihuahua y Guanajuato suprimen el término "indebidamente", en su descripción típica del cohecho, quizás por considerarla innecesaria (antijuridicidad especial).

-Guanajuato, además de las dádivas y el dinero se refiere a "ventajas pecuniarias", como también lo hace Chihuahua, que a más omite la voz "dinero". Puebla y Durango hablan además del dinero y las dádivas, de algún "servicio", y el

ordenamiento mencionado al último añade también "valores"; en-- tanto que Veracruz engloba al dinero dentro de las dádivas, y-- el Estado de México se refiere a "dádivas de cualquier tipo, en numerario o en especie".

4) Respecto de la aceptación de promesa, que tam-- bién conforma el núcleo del tipo, las legislaciones mexicanas-- se han dividido, al prever algunas de manera expresa que tal a-- ceptación podrá hacerla el servidor en forma "directa o indirec-- ta"; en tanto que otras, más técnicas, eliminan tal mención por ser repetitiva de las reglas generales de la participación; en-- este último caso se encuentran: Baja California, Coahuila, Chi-- huahua, Durango, Guerrero, Guanajuato, México, Oaxaca, Tabasco, Veracruz, y nuestra legislación del D.F.

5) "Para sí o para otro": expresión adoptada por-- primera vez en nuestro código federal, según reforma de 1983,-- ha sido incluida en la descripción típica del cohecho, por Gue-- rreo, México, Sonora y Tabasco.

6) "Para hacer o dejar de hacer algo justo o in-- justo relacionado con sus funciones": utilizan el verbo "omitir" en lugar de la expresión "no hacer", Coahuila, Guanajuato y Mé-- xico; y "realizar", en vez de "hacer", Chihuahua, Guanajuato y-- Durango.

Por lo que ve a la justicia o injusticia del ac-- to, Oaxaca sanciona el cohecho "para hacer o dejar de hacer al-- go justo o hacer algo injusto", al considerar que dejar de ha-- cer lo injusto es hacer algo justo (?). Por último, digamos que Coahuila, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Michoacan, Tlaxcala y Veracruz, optan por hablar de acto o conducta "lícita o ilícita" en lugar de justa o injusta.

Una vez estudiado el delito de cohecho en lo general, considero necesario criticar al art. 122 "B" del código penal para el Estado de México, el cual tiende a evitar la práctica común del servidor público que pretende obtener beneficios-- de los particulares que ante él acuden: "Art. 122 "B": También-- incurre en cohecho, el servidor público que con el propósito de obtener dádivas de cualquier tipo, realice dolosamente alguna-- de las siguientes conductas: I.--Impedir u obstaculizar a cual-- quier persona mediante actos u omisiones indebidos la presta--- ción de peticiones, escritos o promociones; y II.--Retardar o ne-- gar a cualquier persona el curso, despacho, o resolución de los asuntos, de las prestaciones o de los servicios que tenga el de-- ber de atender."

El tipo contemplado en el artículo antes trans-- crito, supone el hecho de que el servidor público ni siquiera-- ha solicitado la dádiva expresamente, pero que su conducta tie-- ne por objeto que el particular, espontáneamente (?), le dé u-- ofrezca la dádiva. Si es loable que el legislador haya percibi-- do la actitud de los servidores públicos que hoy sanciona el--- art. 122 "B", pensamos que tal precepto es innecesario, pues en el momento en que el funcionario reciba la dádiva o acepte la-- promesa el cohecho estará consumado, sin que sean de tomarse en cuenta, para efectos típicos, las artimañas de que se haya vali-- do para propiciar la entrega u ofrecimiento; además la comproba-- ción del cuerpo de delito nos parece difícilísima, e incluso--- punto menos que imposible, pues se requiere comprobar tanto el-- dolo implícito en el "propósito de obtener dádivas de cualquier-- especie", como el dolo desplegado en la conducta misma; por--- cuanto hace a la intención de obtener dádivas, ésta no se des--

prende de manera fehaciente de las conductas descritas en el tipo del art. 122 "B", y, en segundo lugar, la realización "dolosa" de tales conductas es igualmente difícil de comprobar, pues el servidor pudo realizarlas por un error de apreciación, por exceso ineludible de trabajo, etc.; de ahí que concluyamos que el art. 122 "B" no tiene trascendencia práctica ninguna.

Punibilidad del delito de cohecho de servidor público: Son tres los criterios seguidos por las legislaciones penales mexicanas:

1) El que fija una sanción única al delito, tal y como la establecida en el texto original del código de 1931; este criterio es seguido por la mayoría de los ordenamientos punitivos locales.

2) El que fija la sanción atendiendo al monto de la dádiva recibida o prometida; criterio que además de la legislación federal vigente siguen los códigos de Guerrero, México, y Tabasco.

Y, 3) el que atiende a la efectiva recepción o no del dinero, servicio o dádiva "solicitadas por él (servidor), o que se le hayan ofrecido y haya aceptado" (art. 208, c.p. Puebla; y, 185 c.p. Nayarit).

Digamos finalmente en relación a la punibilidad, que Chiapas prevé como excusa absolutoria, la circunstancia de que el cohechado denuncie el delito (art. 397 frac. III), hipótesis de arrepentimiento post-delictum.

COHECHO DE PARTICULAR: En relación al mismo, y a más de las cuestiones relativas al sujeto activo del cohecho-

de servidor, la mayor o menor extensión de la dádiva, el destino de ésta (para sí o para otro), y las cuestiones lexicográficas relacionadas con la expresión "hacer o no hacer un acto justo o injusto relacionado con la función" puntos analizados al hacer el estudio comparativo del cohecho de servidor, y aplicables en lo conducente al cohecho de particular, hemos de agregar las siguientes características por lo que ve a la descripción típica de este ilícito en la legislación mexicana comparada:

1) Se orientan en el texto original del art. 217 de nuestro código de 1931, al sancionar al que "directa o indirectamente" dé u ofrezca a un servidor público: Aguascalientes (198-II), Chiapas (397-II), Hidalgo (169), Jalisco (195-II), Morelos (197-II), Nayarit (184-I), Nuevo León (203-II), Oaxaca (211-II), Puebla (207-II, que además añade "por sí o por interpósita persona"), Queretaro (192-II), San Luis Potosí (233-II), Sinaloa (188-II), Sonora (182-II), Tamaulipas (204-II) y Yucatán (251-II).

2) Se inspiran en la reforma del 5 de enero de 1955 a la legislación federal, por cuanto a que sancionan al particular que espontáneamente dé u ofrezca: Baja California (182-II), Campeche (191-II), Coahuila (178-II), Colima (189-II), Chihuahua (209-II), Guerrero (190-II), y Tabasco (209-II).

3) Sancionan al que "dé u ofrezca": Durango (269-II), Michoacán (179-II), Quintana Roo (art. 99), Tlaxcala (186-II), Veracruz (256-II) y Zacatecas (224-II); en tanto que sancionan al que "dé, ofrezca o prometa": Guanajuato (145-II) y México (art. 122).

Por último, hemos de indicar que el Estado de México regula una excusa absolutoria para el cohechador que denuncie el delito (art. 122); misma excusa que beneficia al cohechador en los Estados de Jalisco (196), Michoacán (178), Tlaxcala-(187) y Zacatecas (225), siempre y cuando se acompañen a la denuncia las pruebas suficientes para presumir la existencia del delito y la responsabilidad del inculpado. Chiapas, amén la excusa por la denuncia, considera eximente de responsabilidad penal la circunstancia de que el cohechador que no haya presentado denuncia, aporte elementos, dentro de la averiguación previa, para la comprobación del delito (397-III). Coahuila, por su parte legisla una atenuante de la pena, que beneficia al particular-- que "demuestre que cometió el delito por la exigencia del funcionario"(art. 179).

I) PROBLEMATICA DEL DELITO DE COHECHO:

Aquí, principiaremos por hablar del problema que presenta el ilícito en estudio respecto de su persecución, y--- continuaremos reseñando brevemente las repercusiones económico-político-sociales de la infracción.

Por lo que hace a la persecución del delito, ésta presenta serias dificultades, pues se trata de un ilícito--- "ordinariamente consumado en secreto entre dos personas que, ante el peligro de la pena común, tienen un motivo de perpetuo silencio"(76).

(76) Loc. cit. Carrara, op. cit. t. V, # 2564, p. 108.

En efecto, al ser un delito de resultado formal, por regla general el cohecho no deja huella alguna de su comisión, no es fácilmente perceptible por los sentidos; y, la realización del acto de la función, por más injusto que sea, no puede estimarse por sí sólo como prueba fehaciente de la existencia del delito. Así pues, el ilícito en cuestión sólo puede ser conocido, generalmente, por el co-contrante, y, si éste acepta el tráfico de la función, no parece lógico que denuncie un delito del cual él también es responsable (77); así pues el cohecho es un delito silencioso, peligroso por lo discreto pero reiterado de su manifestación, que ha influido en un bajo porcentaje de detección y persecución del cohecho, por parte del Organo de la Acusación, no obstante a ser "vox populi" la certeza de la corrupción extrema de la Administración Pública de nuestros días.

Ese delito silencioso tiene serias repercusiones sociales, pues la casi total impunidad de los delincuentes que lo cometen, en la vida práctica, ocasiona la repetición de las conductas delictuosas por los ya corruptos, y, lo que es peor, constituye una fuerte invitación a delinquir, para aquellos que aún no lo han hecho.

Al respecto, Diego Vicente Tejera manifiesta:---

"El cohecho es una de las formas delictuosas que más se extienden entre los hombres por la ley de la imitación; es un delito que pudieramos llamar manso, apacible, que se comete sin que el

(77)De ahí el que algunas legislaciones dispongan, como excusa absolutoria para el delincuente. (o al menos como atenuante), al arrepentimiento "post-delic-tum, manifestado por medio de la denuncia del delito y del co-delincuente.

delincuente tenga en muchas ocasiones que violentar sus tendencias, y sin que tenga que exponer su integridad personal para su comisión, porque las más de las veces, con sólo su resistencia pasiva, con sólo su inacción, provoca la oferta o la dádiva; es un delito, que se infiltra y que se esparce sobresaturando los ambientes de las oficinas públicas y dominándolo todo, y eso es muy peligroso para los pueblos; eso como tentación indomitable, despierta el deseo de delinquir en las almas más timoratas, y así invade de sección en sección, de negociado en negociado, y de mesa en mesa el ponzoñoso virus de este tremendo delito, hata que todo es vendible, la justicia porque es justicia, y la injusticia porque depende del precio.

"Y también es el cohecho uno de los delitos que más corrompen a los pueblos pues aniquilan sus tendencias más sanas torciendo su mentalidad a tal extremo, que convierte en acto natural lo que es una de las más abominables formas de lucro o mejoramiento indebidos... no es sólo el funcionario el que se embarra en el cieno de ese crimen, es el público, los ciudadanos, que para poder vivir, para poder obtener que se les haga la justicia a que tienen derecho, por ser hombres libres y sociales, tienen que recurrir al soborno, y así, con repugnancia primero, con complacencia después, ejecutan el acto indigno y la sociedad zozobra, la nacionalidad oscila, y el mal en su acepción--- más amplia se entroniza, y la sociedad se convierte en un conjunto de vendedores, de moralidad elástica, que ocultan con sus mentiras las miserias de sus almas corrompidas...

"Pero el daño no se detiene al haber convertido en cohechadores a los individuos todos del medio social; el daño no se estaciona con haber llevado a la conciencia de todos los habitantes de la Nación, la idea de que es necesario gratificar los servicios públicos a los funcionarios o empleados que el Estado paga para que los presten gratuitamente, cumpliendo fielmente con sus deberes y las leyes, según las exigencias más o menos elevadas de los ladrones que sirven los cargos; el daño moral es más grande, poco a poco se va acostumbrando al ciudada no a sobornar al empleado, primero con protestas, después conresignación, luego sin que su conciencia se resista, y más tarde (y he aquí el daño máximo) con complacencia y proponiendo el soborno el mismo pueblo que es incapaz de delinquir de otra manera, no ya para obtener justicia, sino también para obtener injusticias y arbitrariedades que van a producir enormes entradas en sus mal habidos peculios". (78)

Pierre-Henri Bolle, confirma lo dicho por el autor cubano, al establecer que "las repercusiones de la corrupción pueden acabar con los individuos y los gobiernos"(79), por que:

"...la moralidad de la población puede ser gangrenada por el comportamiento delictuoso de personas influyentes, sobre todo si se trata de agentes del Estado. Y si aquellos que ejercen funciones públicas elevadas se abandonan a la malversación de fondos públicos y a la corrupción, resulta razonable el pretender que los ciudadanos, que constatan tal actitud, se volverán más cínicos, justificando su propio comportamiento deshonesto, al que encuentran menos reprehensible que aquel del cual son culpables quienes los gobiernan, juzgan o administran. De hecho, los poderes públicos y económicos influncian y matizan las costumbres de la sociedad, al igual que lo hacen con la vida política y económica. Su impacto puede ser benéfico, pero también puede inducir la desconfianza de la población en el sistema, debilitando finalmente la cohesión social."(80)

Tal pensamiento Henri Bolle lo basa en las conclusiones a que llegó en Estados Unidos la "President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice", en el sentido de que "es lógico pretender que las empresas prestigiosas--- que violan la ley, son un ejemplo para el resto de la población, empujando a los individuos, particularmente a los jóvenes, a cometer otras infracciones, bajo el pretexto de que cada quien se encuentra legitimado para apropiarse de todo lo que pueda" (81).

Y, pensamos que ello resulta cierto en el caso--

(78) "Comentarios al Código de Defensa Social", t. V; Jesús Montero Editor, col. "Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros", vol CII; La Habana, Cuba, 1946, p.p. 312 y 313. Cfr. Vallejo Hinojosa, "La renovación moral de la sociedad", en Revista Mexicana de Justicia, Año III, # 20, sept.-oct. 1962, p. 10, quien dice: "...a fuerza de irse incumpliendo las leyes, los valores que éstas respaldan o en los que se sustentan han dejado de ostentarse valiosos, reconocibles admirables y exigibles. Por el contrario, sus opuestos, han idóntornandose imitables, admirables y en ocasiones exigibles so pena de descrédito y marginación del sector en donde el individuo o grupo interactúa."

de México, en que el extremo grado de corrupción a que han llegado los servidores públicos, aunado ello a una aguda crisis económica, se ha visto reflejado en la desconfianza del individuo en el sistema, manifiesta no ya tan sólo en el sempiterno--descontento del pueblo con las instituciones del gobierno, sino sobre todo, en el drástico aumento de la criminalidad, especialmente infantil y juvenil (82).

Si las repercusiones político-sociales del cohecho revisten especial importancia, éstas adquieren su mayor trascendencia cuando la corrupción presenta características internacionales, pues entonces se puede llegar a afectar también a la economía toda de un país. En efecto, los casos de corrupción internacional, que han aumentado en los últimos años, tienen---por rasgo distintivo la intervención corruptora de una empresa-transnacional ante los servidores públicos (especialmente pero no de manera forzosa) de países en vías de desarrollo, y tienen como consecuencia principal la eliminación de la libre concurrencia y la obtención de cuantiosos beneficios con detrimento de las economías nacionales.

Jorge Romero Imery, en su artículo sobre "El Soborno" resalta la importancia de esta particularidad del cohecho moderno, indicando que "contribuye esencialmente a establecer y

(79) Op. cit., p.p. 341.

(80) IDEM.

(81) IDEM.

(82) Francisco Argüelles (op. cit., p.p. 18) cree encontrar en la evasión fiscal una consecuencia de la corrupción, entendida en su acepción amplia, de los servidores públicos en México, y así, sostiene: "La noticia --que ha dejado se ser del descubrimiento de nuevas riquezas ilícitas hechas a la sombra del poder público, ha traído consigo una resistencia cada vez más acentuada del contribuyen

consolidar las relaciones de dependencia estructural entre los países desarrollados y subdesarrollados"(83).

Ejemplos de corrupción (cohecho) internacional-- han sido frecuentes en la década pasada, y lo son en la presente, así las prácticas ilícitas relacionadas con las empresas--- Lockheed, Boeing, e ITT, etc.; y podemos afirmar que el problema ya afectó, ocasionalmente, a nuestro país.

En contra de este tipo de criminalidad económica internacional se han pronunciado gran número de países, sin que hasta el momento, empero, se haya llegado a un acuerdo internacional sobre el problema (83), siendo en consecuencia todavía-- las leyes nacionales las que tratan de prevenir y sancionar a-- esta clase de ilícitos, siendo de destacarse la "Foreign Corrupt Practices Act" norteamericana, que, promulgada en 1977, tiende a evitar, y lo ha conseguido en cierta manera, las prácticas corruptoras de las empresas estadounidenses en el mundo, imponiendo al efecto sanciones de multa hasta un millón de dólares para la empresa y de privación de libertad hasta por cinco años y--- sanción pecuniaria de diez mil dólares, como máximo, a sus dirigentes.

--te para cumplir con sus obligaciones fiscales; no son válidas ni las amenazas, ni las modificaciones a la Ley, con el propósito de cerrar todos los caminos a los evasores... El argumento que parece satisfacer a los evasores, es el de que una gran proporción de los impuestos pagados van a dar a los bolsillos de los-- funcionarios y empleados inmorales, y, por tanto, el uso de vías ilícitas para-- engañar al fisco no va en detrimento del patrimonio nacional".

(83)En "Revista del Colegio de Abogados de Guatemala", # 2, jul. de 1975, p.68.

(84)Vid Henri Bolle, op. cit., p.p. 346 a 365.

J)PREVENCION:

Siguiendo la máxima de Confucio (Kung Fu-Tzu, 559 a 479 A.C.), el excelso filósofo chino, que aconseja: "trabajamos ahora los medios que a nuestro juicio deben ser utilizados en la prevención del delito de cohecho, señalando al efecto desde ahora, que la lucha contra tal ilícito debe desarrollarse--- a partir de dos frentes: el personal o humano, y el funcional o material.

a)En el terreno personal, debe intentarse, en--- primer lugar, inculcar en la ideología de la población la no--- ción de la importancia de la función pública para la vida comunitaria, para el bienestar social, y, la representación del trascendental papel que desempeña el servidor público en la vida social, y las obligaciones y responsabilidades que importa consigo un cargo público. Para el logro de tal "concientización", el Estado debe hacer uso, como ya lo hemos señalado en el primer--- capítulo, de la educación, absolutamente democrática y profundamente nacionalista, a que se refiere nuestro art. 30. constitucional (sobre todo la educación de niños y adolescentes); pudiendo hacer uso también de los "mass media" o medios masivos--- de comunicación, por medio de una campaña publicitaria tendiente a informar a la ciudadanía el valor del Estado y de sus agentes en las sociedades modernas, promoviendo la cooperación ciudadana con las funciones públicas y con los servicios que las--- desempeñan, ensalzando además los principios de legalidad y honradez que deben regir a todas las actividades sociales; con tales medidas se tratará de disminuir en lo posible el deseo y el

ánimo del particular de contribuir a la corrupción (85).

A la par que la concientización ciudadana, debe procurarse infundir en el espíritu de los servidores, por conducto de la educación, el sentimiento de los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia (86), necesarios para la adecuada prestación de los servicios públicos, y-- con lo que se evitará, un elevado índice de comisión, entre otros, del delito de cohecho pasivo.

También dentro del enfoque personal, Carrara estima recomendable, para eliminar la corrupción de los servidores

(85) La concientización a que hemos aludido ha sido efectuada con éxito por las autoridades de Hong Kong, según lo señala Pierre Henri Bolle (op. cit., p.p.-- 344 y 345), y se ha desenvuelto mediante campañas educativas desplegadas en escuelas, organizaciones de la juventud, asociaciones de colonos, asociaciones-- comerciales y religiosas inclusive; al través de conferencias y seminarios; y, por medio de mensajes publicitarios difundidos por los medios masivos de comunicación. Resulta interesante el hecho de que la referida colonia británica-- cuenta con una comisión creada para combatir específicamente al problema de la corrupción: la "Independent Commission Against Corruption", que, creada por decreto del 15 de febrero de 1974, se encuentra conformada por tres servicios:-- el operativo (encargado de la detección, investigación y persecución del soborno, en los casos concretos), el preventivo (que elabora estudios de los sectores que presentan mayor susceptibilidad respecto a verse afectados por el cohecho, con el objeto de encontrar los medios de reducir los riesgos y oportunidades de la corrupción), y, el encargado de las relaciones con la población (servicio que lleva a cabo la tarea de concientizar a los ciudadanos, y que "busca atraer la atención de los habitantes de la colonia, para motivarlos contra la corrupción. De un mismo golpe se acrecienta la confianza hacia el gobierno, se consolida el sentimiento cívico y se robustece la ética social".--loc. cit. Bolle, p. 344.)

(86) Principios reconocidos en el art. 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (LFRSP), como rectores de la calidad de "servidor-- público", y consagrados a nivel constitucional por el art. 113 de nuestra Carta Magna.

públicos, el "alejar la necesidad de la puerta del magistrado, asignándole sueldos suficientes para que no deba luchar con el hambre para mantenerse honesto" (87); nosotros también somos de la idea de que el trabajador público debe percibir un salario-- que no sólo satisfaga sus más apremiantes e inçentes necesidades o las de su familia (como lo son p. e. las de alimentación, vestido, habitación), sino que le permita incluso vivir una situación dasahogada, con posibilidad de ejercer los derechos humanos a la superación (a que conduce la educación) individual y colectiva, y a la diversión y esparcimiento sanos. El laudable-- medio preventivo a que nos hemos referido, definitivamente no-- puede ser satisfecho en toda su extensión por la sociedad mexicana contemporánea, dados diversos factores de tipo social, ne-- ro sobre todo de jaez económica, pues, la situación de la econo-- mía nacional no es propicia para mejorar de manera constante,-- permanente, los emolumentos que perciben los servidores públi-- cos, y ni siquiera es tan boyante como para adecuarlos, al me-- nos, al crecimiento inflacionario en el país; no obstante ello, el actual régimen de gobierno ha comprendido el problema, y ha-- tratado de solucionarlo, al menos en la Administración de Justi-- cia, en donde la corrupción, cuando la hay, es de lo más despre-- ciable y abyecta, de ahí que para contrarrestarla, elevó los sa-- larios de funcionarios y empleados encargados de la impartición de justicia.

Ahora bien, si hemos dicho que una percepción---

(87)Op. cit., t. V, p. 101, # 2557, nota 1.

digna y suficiente, retributiva del esfuerzo del servidor, esponderable como medio preventivo de la corrupción, no es por sí sólo el arma con que podrá derrotarse (88), pues habrá menester que a la recompensa pecuniaria se aune el alto sentimiento del deber, de la responsabilidad inherentes al cargo público, -- sentimiento que, como hemos visto, ha de ser "enseñado".

Para concluir con los medios preventivos del cohecho dirigidos al terreno personal, humano, debemos referirnos al establecimiento de controles sobre el servidor público; órganos de vigilancia que observen la conducta del trabajador, tanto en lo general (desarrollo de la función: empeño, conocimiento trato al público, etc. -- 89), como en lo particular (principio de honradez); aunque hemos de indicar que este método no es del todo recomendable, primero, por la gran cantidad de recursos materiales y humanos que se necesitan para llevar a cabo un control eficaz de todos los servidores públicos, segundo, porque en un sistema corrompido no es raro que el propio órgano de vigilancia se corrompa (90), y tercero, porque los resultados obtenidos por el control, por más satisfactorios que sean, nunca serán absolutos, universales, y no podrá ser erradicado totalmente el problema.

Ahora bien, medios indirectos de control especial o particular sobre los servidores públicos, respecto del cohecho, en nuestro país son:

1) El constituido por la previsión penal del delito de "enriquecimiento ilegítimo", delito con que se sanciona--

(88) Ello ya ha sido notado por Francisco Argüelles (op. cit., p.p. 18), para quien el razonamiento de que una buena remuneración aleja las tentaciones para no buscar enriquecerse al través del ejercicio del poder "es una falacia y ha fracasado en la práctica; en la actualidad los servidores públicos disfrutan--

al servidor público que no demuestre el lícito aumento patrimonial o la procedencia legítima de sus haberes personales o de sus allegados (dependientes económicos) -art. 224 c.p., 84, 86 y 87 LFRSP-, aunque no debemos perder de vista que no siempre el cohecho va a ocasionar un enriquecimiento ilícito demostrable, así, cuando la dádiva no tenga valor pecuniario, cuando el monto de la dádiva sea mínimo, o cuando el beneficio obtenido se destine al consumo de bienes o lujos que no acrecienten el patrimonio real del servidor (verbigracia viajes, espectáculos, fiestas, convivios, etc.); y

2) El delito originalmente previsto en la legislación española como "aceptación de regalos presentados en razón del cargo", hoy equiparado en nuestra legislación al cohecho, según se desprende del art. 88 de la LFRSP, que dispone:

"Durante el desempeño de su empleo, cargo o comisión y un año después, los servidores públicos no podrán solicitar, aceptar o recibir por sí o por interpósita persona, dinero o cualquier otra donación, servicio, empleo, cargo o comisión para sí, o para las personas a las que se refiere la fracción XIII del artículo 47 ... (es decir, 'su conyuge o parientes con sanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte.') ... y que procedan de cualquier persona cuyas ac-

—de sueldos decorosos, muchas veces superiores a los que perciben servidores de empresas privadas ... A pesar de lo anterior, la corrupción parece resistir lo cual demuestra que no se trata de cubrir necesidades de subsistencia (del servidor), sino de acumular riquezas a la sombra del poder".

(89) Tal es la función de vigilancia que ejerce la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, de acuerdo con la LFRSP.

(90) "La corrupción aumentará entre los corruptores, y de igual forma se acrecentará entre aquellos que ya han sido corrompidos" (Loc. cit. Montesquieu, "L'esprit des loís", libro VIII, # 2, p.p. 571).

tividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, que determinen conflicto de intereses.

"Para los efectos del párrafo anterior, no se consideraran los que reciba el servidor público en una o más ocasiones, de una misma persona física o moral de las mencionadas en el párrafo precedente, durante un año, cuando el valor acumulado durante ese año no sea superior a diez veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de su recepción. (91)

"En ningún caso se podrán recibir de dichas personas títulos valor, bienes inmuebles, o cesiones de derechos sobre juicios o controversias en las que se dirima la titularidad de los derechos de posesión o propiedad sobre bienes de cualquier clase.

"Se castigará como cohecho las conductas de los servidores públicos que violen lo dispuesto en este artículo y serán sancionados en términos de la legislación penal".

b) Por lo que hace al aspecto funcional, estimamos que la práctica del cohecho (sobre todo el que tiende a obtener la realización de un acto justo), se encuentra fomentada por la burocratización excesiva (92) de los servicios públicos, por la creación de los servicios gubernamentales en un sistema-

(91) Respecto de tal permisón a recibir presentes, son numerosos los tratadistas que a ella se oponen, así Montesquieu (*L'esprit...*, libro V, # 17) critica a la ley Julia Repetundarum, que permitía a los magistrados romanos el aceptar pequeños presentes (*munuscula*) siempre y cuando su valor no excediera de 100 escudos en un año, y al respecto el autor citado manifiesta: "Aquellos a los que no se da nada, no desean nada; aquellos a los que se da un poco desean primero un poco más, y después, mucho", indicando además que "En una República los presentes son una cosa odiosa, porque la virtud no tiene necesidad de ellos."

(92) El término "burocratización" es utilizado aquí en su acepción negativa, para denominar al sistema estatal caracterizado "por el apego a la rutina, por las normas más o menos inflexibles, las dilaciones, la renuncia a aceptar responsabilidades y la animadversión a introducir innovaciones" (*Enciclopedia Salvat*, loc. cit., p. 574: "Burocracia.-Econ. Pol.").

complejísimo de atención al público, cuya comprensión, por su misma complejidad, es de muy difícil acceso no sólo ya a las--- clases populares, sino a la población toda; si agregamos a esto la desinformación del pueblo acerca de los servicios públicos y de la organización de las entidades gubernamentales, así como-- la falta de vocación de servicio de los trabajadores de la Admi-- nistración Estatal (aspecto personal), resulta patente que el-- cohecho de particular, y el inducido por servidor público, no-- pueden ser extraños al sistema, pues, los obstáculos (trámites-- interminables de extrema lentitud) de la complejidad burocrática, junto con la desinformación respecto del camino más recto a seguir para la consecución de las pretensiones del ciudadano, o-- casionan en éste desesperación. que lo conduce a ofrecer dinero o dádivas indebidas, a fin de propiciar el aceleramiento de las gestiones requeridas ("ad accelerandum"); y, ni que decir del-- servidor público que, percatándose de la ignorancia del particu-- lar respecto de los trámites, solicita la dádiva para hacer el-- acto relacionado con la función.

Así pues, a las medidas personales, tendientes a formar ciudadanos y servidores conscientes y responsables, de-- ben aunarse los mecanismos materiales cuya finalidad lo sea no-- sólo el agilizar los trámites burocráticos, sino incluso dismi-- nuirlos a la mínima expresión posible, eliminando los innecesarios y admitiendo tan sólo a los imprescindibles; debiendo crear se además, un órgano especializado que tenga por objeto el in-- formar de los trámites al público en general, y sobre todo, auxiliario, en la medida de lo posible, para su realización.

SEGUNDA PARTE

ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE COHECHO

INTRODUCCION :

Por lo que respecta a la división que hacemos--- del estudio dogmático del delito de cohecho en tres capítulos, es necesario advertir que la misma quizás no corresponde a las divisiones que frecuentemente suele hacer la doctrina, sin embargo, justificamos la adopción de la clasificación en cuestión por la diversidad de teorías que intentan dar una explicación-- analítica del delito, sin que la doctrina se haya unificado en lo referente al número de los elementos del delito, al contenido de estos, la naturaleza y esencia de los mismos, etc.

Así pues, en el capítulo tercero decidimos incluira todos aquellos elementos que viven por el sujeto activo del delito (y a los cuales por consiguiente denominamos "subjeti--- vos"), comprendiéndose a la CONDUCTA, que sólo puede ser realizada por un ser humano, la IMPUTABILIDAD, como condición psíquica para la aplicación de la pena al hombre que desarrolla la--- conducta, y la CULPABILIDAD, entendida como el juicio de repro-

che a que es sometido el sujeto activo del delito.

En el capítulo siguiente, encuadramos como elementos "objetivos" a la TIPICIDAD y a la ANTIJURIDICIDAD, pues tienen validez general y son de apreciación meramente objetiva.

En el penúltimo capítulo se trata exclusivamente de la PUNIBILIDAD, merecimiento de la pena por la comisión de un "hecho injusto", que si bien al igual que el tipo se encuentra prevista en la ley, no es parte integrante del "hecho injusto", sino la consecuencia que la ley le impone, y que en conjunción con los demás elementos forma el ente jurídico penal conocido como delito.

Finalmente, en el capítulo sexto, nos referiremos al "iter criminis" o camino del delito, capítulo en donde se tratarán especialmente las cuestiones relativas a la participación delictuosa, tentativa, y concurso de delitos, en cuanto atañen al delito de cohecho.

Por otra parte, estimamos pertinente señalar desde ahora que, con el objeto de evitar incongruencias y errores de tipo técnico, cuando hablemos de cada uno de los elementos del ilícito nos referiremos en primer lugar a los aplicables al cohecho cometido por servidor público (el cual matiza al delito de cohecho en general, según se desprende de la ubicación que tiene en nuestro código: capítulo "De los delitos cometidos por servidores públicos"), y concluido lo cual pasaremos al estudio del cohecho cometido por particulares.

CAPITULO III.

CAPITULO TERCERO
EL ELEMENTO SUBJETIVO .

- 1.-La conducta y su ausencia.
- 2.-Imputabilidad e Inimputabilidad.
- 3.-Culpabilidad e Inculpabilidad.

1.-) LA CONDUCTA.

Ha sido considerada por la bibliografía como el primer elemento indispensable para la constitución del ente jurídico llamado delito. Así por ejemplo, ya Carrara resalta su importancia al describirla como "fuerza física subjetiva del delito" que consiste en "la acción corporal, con la cual el agente ejecuta el designio perverso" (1).

Por lo que hace a su esencia, Porte Petit estima que consiste "en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario" (2). Pavón Vasconcelos nos dice que es "el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria" (3). Por su parte,

(1) Cp. cit., T. I, p. 69, # 57.

(2) Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, t. I, p. 295.

(3) "Manual de Derecho Penal Mexicano", Porrúa, 4a. ed., 1978, p. 176.

Franz von Liszt, al referirse al "acto", lo define como la "causa voluntaria o no impidiendo de un resultado en el mundo exterior" (4). Jiménez de Asúa, también refiriéndose al "acto", lo conceptúa como "la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo cuya mutación se aguarda" (5). Finalmente, citemos la opinión de Maurach, partidario y propugnador de la teoría finalista de la acción, para quien "la acción, entendida en sentido lato, es una conducta humana regida por la voluntad orientada a un determinado resultado", añadiendo el autor en cuestión que "constituye la base común de todas las formas de aparición del delito; abarca tanto el hacer corporal como el no hacer ... Comprende tanto los casos en que la voluntad rectora anticipa el resultado típico (hechos dolosos), como aquellos en los que la voluntad está dirigida a un resultado distinto al típico causado por el autor (hechos culposos)" (6).

Por nuestra parte, diremos que conducta es el comportamiento voluntario expresado mediante acción, omisión simple o comisión por omisión, que por sus características materiales presenta visos de trascendencia para el Derecho Penal, por encuadrar objetivamente en determinado supuesto típico.

Ahora bien, la doctrina sostiene que son tres los componentes de la conducta, pues se integra con (A) una manifes

(4) "Tratado de Derecho Penal", t. II; Editorial Reus, España, 2a. ed., 1927, p.285

(5) "Tratado de Derecho Penal", t. III; Ed. Losada, Argentina, 3a. ed., 1965, p.331

(6) "Tratado de Derecho Penal", t. I; E. Ariel, España, sin fecha de ed., p. 182 a 183.

tación de voluntad -acción u omisión- (B) que ocasiona -nexo causal- (C) una mutación física o psíquica en el mundo externo- (resultado).

A) Por cuanto hace a la manifestación de voluntad esta puede expresarse en tres formas distintas: a) mediante acción (la forma normal de conducta, que implica la actividad voluntaria del activo, el "hacer algo que no debe hacer", por lo que al decir de Edmundo Mezger con tal forma de conducta se infringe una "ley prohibitiva" (7); b) mediante "omisión simple", -constituida por la inactividad voluntaria del autor del delito frente a la obligación jurídica de actuar (con lo que se viola una regla preceptiva); y c) comisión por omisión u omisión impropia, hipótesis en que la inactividad contraria a la norma preceptiva ocasiona o causa un resultado material, infringiendo se en consecuencia también, una norma prohibitiva.

Respecto de la "manifestación de voluntad" integrante de la conducta, ésta ha sido estimada como independiente de la volición componente de la culpabilidad, así pues, debe ser considerada como un simple "querer", sin referencia al conocimiento y comprensión del autor en relación con la antijuridicidad de su acto.

B) El resultado: Al decir de Carrara es "el daño-causado a otro con la acción" (8), daño que puede ser efectivo (destrucción del bien jurídico protegido) o potencial (menoscabo del bien jurídico). Jiménez de Asúa lo concibe como el "cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad,

(7) "Tratado de Derecho Penal, t. I; Ed. Revista de Derecho Privado, España, 2a. ed, 1946, p. 168.

(8) Op. cit., t. I, p. 90, # 96.

o la no mutación del mundo exterior por la acción esperada y--- que no se ejecuta"(9). Y, dicho cambio puede ocurrir en el mundo físico o en el psíquico.

En este punto es necesario dejar en claro que todo delito requiere de la producción de un resultado, el que sin embargo puede revestir dos distintas naturalezas: así, en ocasiones el resultado es perfectamente perceptible por nuestros sentidos al producirse un cambio en los objetos materiales, en tanto que, otras veces, dicho resultado tiene simple existencia psicológica reconocida por el derecho. Estas diferencias en cuanto al "resultado", han conducido a distinguir los delitos en: a) hechos ilícitos de resultado material, y b) de resultado "formal"- (impropiamente también llamados delitos de "mera actividad").

C)El Nexo Causal: es el vínculo que une al resultado con el comportamiento voluntario, en concreto, de una persona. Por necesidades del presente estudio, baste decir que sólo puede hablarse de "nexo causal" en los delitos cuya existencia requiera de un resultado material, y no así en los "formales", en los que la comprobación del vínculo entre el comportamiento y el resultado es innecesaria, virtud a que la ley enlaza "ipso iure" a ambos componentes de la conducta, por lo que cabe concluir con Maggiore, que en los delitos formales "la acción se identifica, temporal y espacialmente con el resultado,- hasta dar la impresión de que la consumación se puntualiza con un sólo acto." (10)

(9)Op. cit., t. III, p. 339.

(10)"Tratado de Derecho Penal", t. I; Ed Temis, Colombia, 1954, p. 368.

Precisado el concepto de conducta, y estudiados brevemente sus componentes, pasemos a estudiar al primer elemento del delito en la especie:

Al respecto comencemos por señalar la dificultad a que se enfrenta la doctrina de precisar cual es la conducta--consumativa del delito de cohecho, al grado de que Quintano Ripollés sostiene que tal delito no posee "conducta propia", señalando lo siguiente:

"El delito de cohecho ... tiene a la luz de la ciencia penal características tan poco acusadas que hasta puede dudarse de su sustantividad. En él, al menos en sus formas más graves de los artículos 385, 386 y 387 (c.p. español), no hay actividad criminal definida, debiendo operar forzosamente sobre otro acto concreto, en el que se apoya la nueva responsabilidad.

"La subordinación del cohecho al acto es, pues, absoluta y lo que da contenido a la responsabilidad es el lucro proveniente de otra persona, no el que por sí sólo pudiera obtener el agente. De donde resulta que más que delito sustantivo, el cohecho parece forma de ejecución de otros delitos y aún de actos delictivos, sobre los que opera creando responsabilidades nuevas." (11)

Sin llegar a los extremos de negar esencia propia al delito de cohecho, como lo hace Quintano Ripollés, la bibliografía pugna por encontrar la conducta del delito de cohecho;-- existiendo al respecto dos corrientes:

a) Para algunos autores (12), la conducta del delito se integra con un elemento objetivo consistente en el "so-

(11) "Comentarios al Código Penal" (español); Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1966, 2a. ed., p. 718.

(12) Tal postura es la adoptada por Grillo Longoria ("Los delitos en especie", t. I; Ed. Ciencias Sociales, Cuba, 1982, p. 158), Camacho Rosas ("Cohecho y Soborno", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, t. XIV, fasc. II, marzo-agosto, 1961, España, p.p. 295, 297 y 303), Casas Barquero ("Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el c.p. español", en Documentación Jurídica # 19, jul-sept. 1978, España, p. 374) y por el Diccionario Enciclopédico Oseba, p. 234. t. III

licitar, recibir o aceptar promesa".

b) Una segunda corriente doctrinaria (13) sostiene que para la integración de la conducta en el cohecho no basta el elemento objetivo a que se refiere la corriente antes expuesta, y así Carrara señala: "Exigir un premio por el servicio que se hace a otro no es por sí mismo un delito; se transforma en delito en el oficial público, porque abusa de sus poderes poniendo en venta lo que debía ser gratuito, o convirtiendo en--- ventaja pecuniaria suya lo que debía ser en beneficio público y solamente por obediencia a la ley." (14)

Es decir que esta corriente estudia como elemento de la conducta un aspecto subjetivo, que consiste en la pretensión del servidor público de recibir la dádiva "para" hacer un acto de su función.

La dificultad de precisar la conducta del delito de cohecho, no nos demuestra otra cosa que el hecho de que el delito es un ente jurídico complejo, un todo, que no puede ser descompuesto en partes, sino por razones didácticas y para facilitar su estudio; desmembramiento que en ocasiones (así p.e. en el caso del delito de cohecho), no resulta fácil de realizar.--- Partiendo del supuesto expuesto líneas atrás, señalaremos que--- la conducta, como ya lo hemos visto también, ha sido concebida--- como "acción corporal externa", por lo que no podemos aceptar---

(13) Corriente entre la que podemos contar a García Iturbe ("Delitos contra la Cosa Pública y la Administración de Justicia", Venezuela, 1969, p. 67), Sebastián Soler ("Derecho Penal Argentino", Ed. Tipográfica Argentina, 1978, 8a.--- reimpresión, p. 161), y Maggiore (op. cit., t. V, ed. 1972, p.p. 193 y 199).

(14) Op. cit. t. V, p. 102.

que un elemento interno (como lo es la voluntad del servidor de "hacer u omitir un acto de su función") forme parte de la conducta, eminentemente objetiva, pues tal elemento es más bien--- subjetivo del tipo, y se encuentra referido al motivo de su actuar. Así pues concluiremos diciendo que nos adherimos a la--- primera corriente expuesta, de ahí que estimemos que la conducta sólo consiste en "solicitar, recibir o aceptar promesa", por parte de un servidor público.

Ahora, pasemos al estudio detallado de la conducta en nuestra legislación vigente:

Comencemos por decir que, para establecer cual--- es el comportamiento voluntario que configura a esta clase de--- cohecho, debemos remitirnos a la definición típica que de dicho delito hace la frac. I del art. 222 c. p., en la que se establece:

"Comete el delito de cohecho: I.-El servidor público--- que por sí o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente para sí o para otro dinero o cualquier otra dádiva, o--- acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones."

Como puede observarse en la oración utilizada por el legislador, de manera maravillosamente sintética que no por--- ello es excluyente de conductas antijurídicas similares, se prevé toda una gama de conductas que puede desarrollar un servidor público y que son de estimarse como constitutivas del delito de cohecho. Dentro de esas diferentes hipótesis de conducta podemos concebir como verbos "rectores" a los siguientes: solicitar, recibir y aceptar promesa -de dinero o dádivas- (15).

Formas de manifestación de la voluntad del servidor público, constitutivas del delito de cohecho:

a) SOLICITAR: Aquí la conducta consiste en "pretender o buscar una cosa ... (en este caso dinero u otras dádivas) ... con diligencia o cuidado" (16). Y tal pretensión o búsqueda puede revestir, inclusive, la forma de "exigencia" (17), -- esto es, de un proceder coactivo del servidor público, para la consecución de su objeto. De esta forma, si el servidor público "exige" dinero u otra dádiva para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, cometerá el delito de cohecho y no otro diverso como por ejemplo la concusión.

Ahora bien, el verbo solicitar engloba una "acción", entraña movimiento, de lo que debe concluirse que en esta hipótesis sólo podrá consumarse mediante comisión.

b) RECIBIR: En esta conducta, el servidor público toma lo que le da o envía el particular para que haga un acto--relacionado con sus funciones. (18)

La conducta de recibir, a nuestro entender, sólo puede manifestarse mediante acción.

(15) Lo mismo se presenta en las legislaciones de los siguientes países: Austria, Brasil, Bulgaria, Dinamarca, Groenlandia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Noruega, Polonia, Puerto Rico, RDA, RFA, Rumania, San Marino, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Yugoslavia; en otros países sólo se sanciona la recepción del don y la aceptación de promesa, pero no la solicitud o exigencia de la dádiva, completándose en tales países la regulación del cohecho con la de la concusión (así en Argentina, Colombia, Haití, Honduras, Liechtenstein, Holanda, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, San Salvador, Turquía, Uruguay, Bélgica, Italia, Mónaco, Bolivia, Costa Rica, Ecuador y Guatemala.

(16) Diccionario Enciclopédico Espasa, vol. 22, p.p. 504 (solicitar)

(17) Fernando Corripio, en su Diccionario de Sinónimos (Ed. Brujnera, la. ed., - Madrid, 1977), nos dice que lo son de solicitar: "pedir, demandar, pretender, aspirar, suplicar, gestionar, firmar, buscar, REQUERIR, EXIGIR."

C) ACEPTACION DE PROMESA: Por la aceptación de---promesa el servidor público acoge gustosamente la expresión de voluntad del particular de darle o hacer por él alguna cosa, a cambio de la realización de un acto de función.

En este punto nos parece necesario dejar en claro que la aceptación puede ser expresa (por manifestación verbal o por escrito, de la voluntad del servidor, tratándose en consecuencia de un delito de "acción") o tácita (que es aquella que resulta de hechos o actos que la presuponen o autorizan a presumirla). Ejemplo de aceptación tácita de promesa, es el caso del servidor público que no expresa su voluntad al particular en el momento del ofrecimiento de la dádiva, pero que tampoco rechaza la promesa ni mucho menos denuncia el delito (como es su obligación) a la autoridad competente, y que además, realiza el acto solicitado por el particular, y una vez hecho tal acto de función acepta o recibe el dinero o la dádiva que le da el particular; la realización del acto de función y la recepción posterior del dinero son actos que autorizan a presumir la aceptación tácita del servidor público, y si bien la existencia del delito es sumamente dudosa cuando el acto efectuado por el servidor es "justo", no lo es cuando el acto es "injusto", pues en este último caso estimo que hay fundamentos sólidos para presumir que el actuar funcional del servidor se encontraba determi-

(18) La aparente pasividad que implican las conductas de "recibir" y de aceptar promesa, es puesta en duda por Vidal (op. cit., p.p. 238-239) al precisar que "el comportamiento del funcionario venal no debe ser siempre el de aquel que tiende la mano cuando le ofrecen una dádiva: sino que las iniciativas pueden nacer en él mismo pero limitadas a actitudes, gestos o palabras, que inciten en el codolinciente la oferta corruptora."

nado psicológicamente por la "esperanza" de obtener un beneficio de parte del particular. Ahora bien, si ya hemos señalado que la aceptación expresa de promesa es eminentemente "comisiva", la aceptación tácita, por el contrario, es netamente "omisiva", es decir, dicha conducta sólo podrá manifestarse mediante una "omisión", la que al decir de Manzini (19), consiste precisamente en "el incumplimiento del deber de rechazar la retribución". Esta forma de manifestación de la voluntad del servidor público, prevista implícitamente en el art. 222 frac I al igual que en la mayoría de los códigos penales extranjeros, sólo es prevista literalmente en el código penal rumano, que dispone en su art. 254 lo siguiente: "El hecho de un funcionario de solicitar o recibir, directa o indirectamente, dinero u otros beneficios in debidos, de aceptar promesa de tales beneficios o de NO RECHAZARLA, con el fin de cumplir o no, o retardar el cumplimiento de un acto relativo a los deberes del servicio, o con la finalidad de hacer un acto contrario a sus deberes, es sancionado con ..." (20).

La importancia de la aceptación tácita, a la que nos hemos referido, es a nuestro entender la siguiente: si se demuestra su existencia en el caso concreto, podrá sancionarse al servidor público por recibir el dinero o la dádiva aún después de verificado el acto de función, lo que no podría hacerse

(19) "Tratado de Derecho Penal" (Segunda parte: de los delitos en especial, vol. III, t. 8, EDIAR, Argentina, 1961), p.p. 250 y 266.

(20) Vidal (op. cit., p. 240) señala al respecto, que la "aceptación deberá manifestarse por medio de una expresión positiva de voluntad. Queda comprendida en ella un comportamiento sibilino, dudoso o encubierto del funcionario si, en definitiva, no rechaza la oferta. Las manifestaciones externas ceden ante el efectivo comportamiento del ánimo."

sin dicha aceptación (que implica acuerdo entre particular y--- servidor público) pues nuestro código, como veremos posteriormente, no prevé al llamado cohecho "subsecuente", que se da por la aceptación de promesa, recepción o solicitud de dádiva de--- parte del servidor público, después de realizado el acto de función, y sin que hubiera acuerdo previo a la ejecución del acto de función con el particular.

DINERO Y DADIVA: La solicitud, recepción o aceptación de promesa, nos dice nuestro código penal, deben ser de dinero o dádivas, por lo que considero necesario precisar la extensión de tales conceptos:

Dinero: es el medio de cambio utilizado en el territorio nacional, dentro del cual tiene curso legal; al respecto, la "Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos" es la--- que señala en sus arts. 1^{o.}, 2 y 2 bis lo que en nuestro país--- debe ser considerado como dinero, y los arts. 8 y 10 de la misma excluyen de tal consideración a la moneda extranjera y a las piezas perforadas o recortadas.

Dádiva (21): Respecto del significado de tal término, la Enciclopedia Salvat Diccionario señala lo siguiente:-- "(Del latín *dativa*, plural de '*dativum*', donativo): Regalo, cosa que se da graciosamente." (22)

Ante tal definición, cabe la pregunta acerca de la amplitud que debe dársele al vocablo dádiva, esto es, proce-

(21) En otras legislaciones, en lugar del término dádiva se utilizan los de--- utilidad (así Italia), y provecho (Uruguay, art 158: vide Canaño Rosas, op.cit. p.p. 298).

(22) Op. cit., t. 4, p.p. 990

de el inquirir a que se refiere el legislador al hablar de "regalo" o de "cosa que se da graciosamente".

En primer lugar, señalaremos que la palabra "dádiva" abarca indiscutiblemente a todas aquellas "cosas" muebles e inmuebles susceptibles de ser valoradas en dinero, así p.e.-- los terrenos, las casas, las joyas, la moneda extranjera, la moneda mexicana recortada o perforada, etc.

En este punto surge la duda de si también debe-- comprenderse "cualquier objeto o cosa apetecible", aún y cuando con el mismo no se obtenga un beneficio económico, sino de otra índole, como el caso de las distinciones honoríficas, la relación sexual con una mujer, la satisfacción de un deseo de venganza, etc.

Al respecto la doctrina se escinde, pues mientras algunos autores sostienen que tales beneficios no caen dentro-- del concepto de dádiva, otros propugnan su pertenencia al mismo.

Dentro de los primeros nos encontramos a Rodríguez Devesa (23), así como a Bernal Pinzón (24), pero sobre todo a Sebastián Soler para quien "la dádiva o la promesa debe--- consistir en algo dotado de valor económico, sea directamente-- dinero o cosas de valor, sea porque constituye la liberación de una carga o una mejora patrimonial del sujeto. ... Por esta razón resulta para nosotros clara la eliminación de todo lo que-- sólo constituye una satisfacción estética, sentimental, sensual

(23) Derecho Penal Español, p.p. 1022 y 1023.

(24) "Delitos Contra la Administración Pública y Asociación Para Delinquir", Ed.-- Temis, Colombia, 1965, p. 112. Bernal Pinzón al igual que el redactor del artículo relativo al cohecho en la Enciclopedia Jurídica OMEBA (p. 230) no hace otra-- cosa que seguir el pensamiento que expresa Sebastián Soler acerca del asunto.-- Vid también Humberto Vidal, op. cit. p. 242.

o puramente honorífica o una complacencia de la vanidad."(25)

En contra de tal pensamiento, se alza el criterio subjetivo de la determinación de la existencia del beneficio para decidir que puede ser considerado como dádiva; según esta tendencia el vocablo en cuestión comprende todo aquello--- que el sujeto se representa como codiciable, "todo aquello que desde el punto de vista del autor constituye satisfacción de un deseo"(26). Tal corriente es apoyada entre otros por Puig Peña (27); y en nuestro país por Carrancá y Trujillo quien sostiene que la "dádiva puede ser de cualquier naturaleza"(28).

Nosotros, por nuestra parte, estimamos que dentro del término dádiva, entendido como regalo o cosa que se da graciosamente, podemos ubicar --como lo hace la doctrina que--- sostiene el criterio subjetivo-- al beneficio de cualquier especie que le sea proporcionado al servidor público (29), pues tan antijurídica es la conducta del que por hacer ya lo que esta obligado, ya una injusticia, solicita, recibe o acepta promesa-- de dinero o bienes materiales, como la conducta del que para el mismo efecto solicita, recibe o acepta promesa respecto de los favores erótico-sexuales de una mujer, un ascenso, una mención-- honorífica, etc. en ambos casos nos encontramos la "venta de---

(25) Op. cit., p. 162.

(26) *Ibíd.*

(27) "Derecho Penal", t. III, Ed. Revista de Derecho Privado, España 1969, p. 455

(28) "Codigo Penal Anotado", 3a. ed., 1980, p. 456, nota #641 al art. 217.

(29) En contra Casas Barquero (op. cit) indica: "En una estricta perspectiva axiológica jurídica, la lógica parece indicarnos que se debe asumir un concepto amplio de los términos dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, en el sentido de estimar que la causa del acto puede ser constituida no solamente por un interes--

función de que nos habla Carrara.

Ahora bien, los requisitos adicionales que debe presentar esta dádiva "subjetiva" para que subsista el cohecho, son: 1) que el particular efectivamente haga entrega de algo, o prometa algo que puede ser dado, pues no podemos aceptar que se sancione como cohecho el actuar motivado por las pasiones, el odio, la animadversión, etc. sin que el particular haga ofrecimiento de algo, y, en este sentido, el vocablo dádiva no puede ser concebido como sinónimo de la "utilidad" a que hace referencia el código penal italiano (arts. 318, 319 y 320), voz respecto de la cual Maggiore comenta que absorbe "la satisfacción de un deseo cualquiera, de una necesidad ya directa y personal, ya indirecta ... Así, el odio, el favor, el precio material, una ventaja cualquiera para el funcionario mismo o para otro individuo por quien él se interese, son otras tantas causas que impelen al delito de corrupción ... Si la sórdida avidez de dinero es el motivo más frecuente de corrupción, también puede esta realizarse para gozar los favores de una mujer, para obtener un puesto o una distinción, para satisfacer un deseo de venganza,

—de índole económica o pecuniaria, sino integrada también por cualquier otra utilidad" (p. 889), añadiendo que "de 'lege lata' ... los términos 'dádiva o presente' no permiten una interpretación extensiva" (Idem), de lo que ha de concluirse que, de 'iure conditio': "sin bienes económicamente valiables no puede haber delito" (Ibid, p. 890).

César Pedrazzi, por su parte indica: "el contenido de la venta ilícita consiste en dinero u otros beneficios, así como decoraciones, ascensos, posiblemente también favores sexuales. Sin embargo es necesario excluir las satisfacciones puramente morales, así por ejemplo el reconocimiento de la persona a quien el funcionario beneficia" (op. cit., p. 329).

etc."(30). 2)Que el particular tenga conciencia de que lo prometido determinara de manera definitiva el actuar del servidor.

Así pues, no podemos decir que hay cohecho cuando el funcionario se inclina en favor de una de las partes por simple amistad, odio, etc., pues en estos casos no hay entrega o promesa de bien; el servidor actúa de manera injusta por voluntad propia sin encontrarse determinado por la idea de retribución indebida, que constituye el elemento de la culpabilidad en el cohecho (31).

(30)Op. cit., t. V, p.p. 194 a 195. Inbuido de manera notable por el criterio subjetivo de la dádiva, el art. 216 del c.p. turco dispone: "La pena será de cinco años de reclusión, al menos, para el juez que, a fin de obtener beneficios para sí mismo o para otro, o con el objeto de satisfacer su odio, su animosidad, sus deseos carnales, o sus pasiones, condene intencionalmente a un inocente a cumplir penas injustas..."

(31)Al respecto, Garraud manifiesta "Si la ley penal estima que ha lugar a punir al funcionario por su odio o parcialidad, debe erigir ese hecho en infracción distinta a la corrupción propiamente dicha" (op. cit., t. 4, p. 395); y en efecto la legislación francesa tipifica tal conducta en su art. 183 bajo el rubro de "forfaiture", y con el siguiente texto: "Todo juez o administrador que haya sido influenciado por el favor o enemistad hacia alguna de las partes será culpable de forfaiture y sancionado con la degradación cívica". En relación con el delito de "forfaiture" el propio Garraud nos comenta: "Ciertamente, no podría negarse al Poder el derecho de erigir en crimen social el hecho del juez o del administrador que pronuncia su decisión, sin tomar en cuenta las circunstancias de la causa, y sólo con un sentimiento personal de favor o enemistad; sin embargo, resulta en verdad difícil el comprobar que ese fue, en efecto, el móvil de la decisión, y la imposibilidad de la prueba convierte en inaplicable toda disposición en ese sentido, y entorpece a la legislación positiva con un crimen teórico." (Idem).

B) RESULTADO: El delito de cohecho cometido por servidor público carece de resultado material (32) -pues a consecuencia de él no se produce una mutación en el mundo externo-perceptible por nuestros sentidos-; formalmente, en el ámbito psicológico reconocido por el derecho, siguiendo el pensamiento de Carrara (33), podemos hablar de un "daño efectivo" en cuanto se ofende al derecho abstracto (34) protegido por el precepto-prohibitivo del cohecho, y de un "daño potencial" ocasionado a la sociedad, quien resiente un menoscabo en la honestidad de su Administración Pública, lo que constituye un peligro para la estabilidad social. También de acuerdo con Carrara señalaremos que el delito de cohecho origina un "daño inmediato de carácter público o general", al ofender a todos los integrantes de la sociedad, quienes tienen el derecho común de tener una administración pública proba y honesta (35), que sepa conducirse en sus decisiones y actuaciones de manera adecuada y justa.

(32) Casas Barquero sostiene por el contrario que "el comportamiento de recibir constituye un supuesto delictivo de resultado cuya consumación requiere la efectiva incorporación de un bien de contenido económico en el patrimonio del sujeto activo" (op. cit., p. 875), estimándolo por lo tanto de resultado material. Bernal Pinzón también es de esta opinión, y considera que el resultado de las conductas de dar y recibir es "la tradición material y aún simbólica" de la com- (op. cit., p. 124). Es de señalarse que el pensamiento de los autores citados es acorde con su concepción estricta de la dádiva, pero no es aplicable cuando se admite el criterio subjetivo de la misma, pues en tal caso los favores de una mujer o una mención honorífica, p.e. no pueden ser trasladados al patrimonio económico del servidor.

(33) En efecto Carrara establece: "La fuerza física del delito, considerada en su resultado u objetivamente, consiste en el daño causado a otro con la acción. Este daño puede ser efectivo o potencial; es efectivo cuando realmente ha ocurrido la pérdida del bien agraviado; es potencial cuando, aunque esa pérdida no se haya producido del todo, hay en el resultado del acto externo el poder de acarrearla, y por ello se verifica la completa violación de un derecho" (op. cit. t. I, p. 90 # 96). Y más adelante añade: "En el delito formal hay daño efectivo en cuanto se ofende al derecho abstracto, y daño meramente potencial en cuanto al derecho concreto, esto es, al goce del bien material que se quería arrebatar." (Ibíd, t. I, p. 91 # 96).

C)NEXO CAUSAL: lo encontramos "in re ipsa", pues como ya lo hemos visto, en los delitos de resultado formal no--se requiere su comprobación.

CONSUMACION:

a)Solicitar: aquí el delito se consume en el momento en que el servidor público despliega su conducta, siendo irrelevantes tanto la aceptación de la solicitud por parte del particular (36) como la realización o no del acto de función.

(34)Vid infra, cap. IV, el bien jurídico del delito de cohecho, p.p. 187-194.

(35)Citamos de nueva cuenta el pensamiento de Carrara, por parecernos sobremana ra claro su pensamiento al respecto: "El hombre en cuanto vive en una sociedad civil, además de los derechos que tendría como individuo, y que forman su patrimonio natural, tiene el derecho de que sea respetada la forma de ordenamiento concreto en que se encuentra su seguridad. El derecho a nuestra seguridad nos lo da la naturaleza; pero la sociedad, representante de la ley natural en la protección de ese derecho, procura la seguridad mediante la ley civil, y produce en los ciudadanos una opinión fundada de seguridad.

"Constituida así la forma de protección de la sociedad, esta se convierte en el objeto de un derecho ulterior y nace de ahí en los ciudadanos el derecho de exigir que se respete esa forma de protección. En ese sentido, la seguridad y el sentimiento de la propia seguridad constituyen para el ciudadano el patrimonio que se llama político. Y un hecho que, sin ofender a ningún individuo, ofenda al cuerpo social, agravia en esa forma a todos los asociados, no en su patrimonio natural, sino en su patrimonio político, porque atacando a la autoridad que protege los derechos de cada uno, pone en peligro la seguridad de todos." (Op. cit., t. I, p. 98, # 109).

Señalando Carrara finalmente que la ofensa a "una cosa en la cual todos los asociados tienen un interés comun", constituye un "daño inmediato general o público" (Ibid, t. I, p. 100-101, # 114 y 116).

(36)En este punto nuestro código se separa de otras legislaciones que estiman la consumación del delito en el momento en que el servidor acepta la dádiva, cuando se "acuerda" la venta de función, cuando se celebra el contrato ilícito; y ello acontece en los ordenamientos en que la solicitud de dádiva por parte del servidor no ha sido erigida en figura delictiva autónoma, sino que tal figura se sigue considerando como constitutiva de una "tentativa de delito".

b) Recibir: se consuma en el momento de que el empleado gubernamental toma lo que le es entregado por el particular, ya material, jurídica o virtualmente.

c) Aceptar promesa: en esta hipótesis el delito-- se encuentra consumado desde el momento en que el servidor accede a lo ofrecido por el particular; resultando indiferente para efectos típicos el hecho de que el acto de función se lleve o-- no a cabo, y, de igual modo, tampoco importa si la promesa es o no cumplida posteriormente por el particular.

Así pues, en todas sus hipótesis, el delito de-- cohecho cometido por servidor público es un DELITO INSTANTANEO- (37); y es además UNISUBSISTENTE, por requerirse de un sólo acto (el del servidor público -solicitar, recibir, aceptar-) para su consumación (38).

CONDUCTA DESPLEGADA POR EL PARTICULAR CONSTITUTIVA DEL DELITO DE COHECHO: El art. 222 frac. II preceptúa:

"Comete el delito de cohecho: ... El que de manera espontánea de u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones."

(37) Vide "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", de Fernando Castellanos Tena, Ed. Jurídica Mexicana, 2a. ed. 1963, p.p. 184 a 190.

(38) *Ibid.*, p.p. 191 a 192.

Del artículo en cuestión se desprende lo siguiente:

A) Manifestación de voluntad en el cohecho cometido por particular:

a) DAR: de acuerdo con ésta, el particular proporciona o entrega el dinero o la dádiva al servidor público. En esta hipótesis el delito es eminentemente comisivo. Consumación: se integra el ilícito con la entrega de la dádiva, aunque no se realice el acto de función reclamado por el particular, o el servidor devuelva o rechace la dádiva.

b) OPRECER: aquí el particular promete o presenta espontáneamente al servidor público una dádiva. Es indudablemente un delito de "acción". Consumación: el delito se integra con la sólo promesa o presentación de la dádiva, siendo irrelevante para efectos típicos el que esta sea rechazada por el servidor, e igualmente, resulta indistinta la situación si se llega a realizar o no el acto de función.

B) Resultado: es de índole formal, produciéndose un daño efectivo al derecho abstracto, y un daño potencial a la sociedad, a quien se perjudica con la deshonestidad que en la Administración Pública ocasiona la conducta del cohechador; por lo mismo, se desprende que el cohecho de particular crea un daño inmediato general o público.

C) Nexo Causal: su existencia no requiere ser comprobada toda vez que el derecho la presume "iuris et de iure" al tratarse de un delito de resultado formal.

De lo antes expuesto ha de concluirse que el cohecho de particular, en sus dos formas de manifestación, debe-- ser clasificado por su duración, como delito instantáneo, y, de acuerdo a los "actos integrantes de la acción típica", como a--delito unisubsistente.

AUSENCIA DE CONDUCTA:

"Es ... uno de los aspectos negativos, o mejor-- dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico."(39)

Como ya ha sido señalado, son tres los componentes de la conducta: manifestación de voluntad, resultado y nexo causal entre uno y otro. Piezas indispensables del todo constituido por la "conducta", resulta obvio el que la falta de uno-- de los citados ingredientes, al menos, ocasionará la "ausencia de conducta", ya por carencia de manifestación de la voluntad,-- inexistencia de resultado, o falta de nexo causal. Ahora bien,-- si la comprobación real de los tres componentes de la conducta es imprescindible en los delitos de resultado material, ello no acaece en los formales, en los que sólo se requiere acreditar-- la presencia de la manifestación de voluntad, pues, como ha que

(39)Loc. cit. Castellanos Tena, op. cit., p.p. 222.

dado asentado páginas atrás, en estos últimos la acción y el resultado se identifican plenamente, al grado de que según Jiménez de Asúa "esos dos momentos coinciden en el tiempo y se suelen intimamente" (40).

El delito de cohecho, en sus dos formas, es un delito formal, y por ello sólo estudiaremos la hipótesis de ausencia de conducta por carencia de manifestación de voluntad, pues la inexistencia de esta entraña por lógica la del resultado y la del nexo causal, no pudiendo presentarse aisladamente estas últimas por las razones ya expuestas.

Falta de manifestación de voluntad: habrá ausencia de la manifestación de voluntad cuando el ser humano ha obrado o se ha abstenido, por causas ajenas a su voluntad; es decir cuando su obrar ha sido influido por factores externos (vis absoluta, fuerza mayor, hipnosis, narcosis) o internos (sueño, acto reflejo, sonambulismo), de naturaleza irresistible, e imprevisibles, que lo impelen a actuar de una manera automática por necesidad, sin que tales factores o circunstancias dejen en el individuo lugar a la posibilidad de volición o de consciencia.

Respecto de la falta de manifestación de voluntad en el delito de cohecho (estudiado en sus dos aspectos), comenzaremos por indicar que a nuestro juicio son dables, en relación a las conductas de recibir y dar, del servidor y del particular respectivamente, la vis absoluta (fuerza física humana irresistible), la fuerza mayor (fuerza física subhumana e irresistible) y los movimientos reflejos ("movimientos corporales--

(40) "Tratado . . .", t. III, p. 464.

diremos que nuestra postura será diversa de acuerdo a la opinión que, acerca de la hipnosis como causal de ausencia de conducta, tengamos. Así, si seguimos a la escuela de Nancy, tendremos que concluir que el sujeto hipnotizado sin su consentimiento ha realizado el cohecho (ya como servidor público, ya como particular) de manera automática, inconciente, involuntaria, por lo que no podrá responsabilizársele del delito cometido.--- Por el contrario, atendiendo a la escuela de Paris, y a la ecléctica, el sujeto hipnotizado será siempre responsable de su conducta (43). Así pues, la solución determinante de la cuestión--debemos encomendarla no a los juristas, sino a los médicos y---psiquiatras, quienes deberán decidir acerca de los alcances de la hipnosis; y lo mismo debe acontecer respecto del sonambulismo y la narcósis.

(43)Al respecto, vide: Pavón Vasconcelos, op. cit., p.p. 251 a 252, y Jiménez de Asúa, "Tratado ...", t. III, p.p. 708 y s.s.

2.-) LA IMPUTABILIDAD:

En segundo término dentro del presente capítulo, nos corresponde analizar a la imputabilidad como elemento del delito, y principiaremos por advertir las disidencias que en la doctrina han surgido en torno al carácter del mismo.

Verdaderamente, la situación de la imputabilidad en la moderna teoría del delito se encuentra a la fecha indeterminada, pues en tanto algunos tratadistas estiman que se trata de un presupuesto del delito todo, otros la reputan presupuesto de la culpabilidad -así p.e. la mayor parte de la bibliografía alemana- o de la conducta, y finalmente, algunos la aprecian-- como a verdadero elemento del delito. Nosotros, siguiendo a--- Jiménez de Asúa, somos de esta última opinión, por considerar-- que es elemento indispensable de todo ilícito.

Pasemos ahora a dar una breve noción de la imputabilidad, y al efecto citemos el pensamiento de Maggiore, ---- quien nos dice: "que en el agente se requieren condiciones de madurez y consciencia moral, por los cuales en el momento de la acción, podrá ser considerado como culpable."(44)

Ahora bien, para comprender de manera correcta-- el extendido de la imputabilidad, es menester, en principio, se ñalar que esta tiene su fundamento primigenio en la tésis clásica del libre albedrío del ser humano. Tésis que sostiene la posibilidad de elección que tiene el hombre frente a dos conductas distintas (una lícita y otra ilícita); elección que, de acuerdo con la Escuela Clásica, se lleva a cabo sin que elementos externos a la razón humana plenamente desarrollada (normal) determinen o inclinen el fiel de la balanza de la voluntad en--

(44)Op. cit., t. I, p. 478.

favor de alguna de las conductas de realización factible; así-- pues, dicha selección se efectúa, según sostiene la Escuela en-- cuestión, gracias a la facultad humana fundada en la libertad-- que le permite discernir al hombre entre lo que es bueno --en-- tiendase socialmente aceptado-- y lo que no lo es --en este caso penalmente reprimido--. Esta supuesta libertad de elección, tan acremente criticada por la Escuela Positiva, es a su vez fundamento de la responsabilidad moral, a la que nos referiremos al-- hablar de la culpabilidad.

De lo expuesto se desprende que corresponde a la imputabilidad el fijar la existencia de dicha libertad en el su jeto delincente, libertad que se presume si encuentra en el su jeto determinadas características o condiciones de carácter psí quico que lo constituyan en ente apto, capaz "de entender y de-- querer en el campo del Derecho Penal"(45).

Así pues, la imputabilidad del autor implica el-- "estado psíquico ... que le garantiza la posibilidad de condu-- cirse socialmente ... de determinarse de un modo general, por-- las normas de la conducta social"(46).

De lo que se concluye que "será pues imputable,-- todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psí quicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente"(47).

(45) Loc. cit. Castellanos Tena, op. cit., p. 296; Cfr. Von Liszt, para quien-- "una definición positiva de la imputabilidad necesariamente comprendería los si guientes elementos: la capacidad de examinar la injusticia (ilegalidad) del ac to, y por la capacidad de obrar en conformidad con ese examen"; op. cit. t. II p.p. 384 y s.s.

(46) Loc. cit. Von Liszt, op. cit., t. II, p. 377.

(47) Loc. cit. Carrancá y Trujillo, "Derecho Penal", p. 415, quien en este punto sigue a Mezger, el que expone: "es imputable el que posea al tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la imputabilidad a título de culpabi--

En relación al delito de cohecho (en su esencia-dicotómica, diremos que será imputable respecto del mismo el--- ser humano que realice la conducta delictiva de manera voluntaria, siempre que dicha voluntad haya tenido la suficiente libertad psíquica para elegir y discernir entre la conducta lícita-- (no cobrar por la realización del acto relacionado con la fun-- ción, el funcionario público; no corromper a la administración, el particular), y la ilícita; libertad que se presume cuando el delincuente es estimado como capaz de entender y querer en el-- campo del Derecho Penal, es decir, cuando no se encuentra den-- tro de algún caso de inimputabilidad.

INIMPUTABILIDAD:

La imputabilidad es la regla general en el Dere-- cho Penal, constituyendo excepción su aspecto negativo, "de lo-- que se sigue -indica Franz Von Liszt (48)- que la misión del-- legislador no consiste en la definición positiva de la imputabi-- lidad, sino en la descripción de aquellos estados que excepcio-- nalmente hacen aparecer como imposible la imputabilidad". Así-- pues, estudiemos a continuación esos estados a que se refiere-- Liszt, y que son aplicables, de acuerdo con nuestra legislación vigente, al delito de cohecho:

---lidad."(Op. cit., t. II, p. 58).

(48)Op. cit., t. II, p. 385.

Pensamos nosotros que en el caso del cohecho cometido por servidor público, éste no podrá ser nunca inimputable del mismo por "miedo grave", pues no podemos concebir que frente a la angustiada perturbación de la mente del servidor subsista su ánimo de lucro (requerido como elemento típico subjetivo), de tal forma que si comete la conducta del cohecho será perfectamente imputable, toda vez que la perturbación psíquica, en caso de haberla, no eliminó la capacidad de entender y querer --- como se demuestra al acreditar el ánimo de lucro- del servidor público. No resulta lógico que frente al riesgo real o fingido que se cierne sobre el servidor éste reciba "instintivamente" la dádiva para protegerse; la hipótesis, pensamos, es más-- creíble en tratándose del "temor fundado" o vis compulsiva, existente de la culpabilidad, que será estudiada posteriormente.

Respecto del particular nuestra posición es la-- opuesta, pues ante el servidor público, ante el "representante del Estado" y el aura de poder, de autoridad, de potestad, que de él emana (más cuando es de presumirse un abuso de autoridad), no resulta imposible que el particular vea perturbada su mente por el miedo grave de un mal inminente (real o irreal) y grave en su persona, lo que lo inducirá a combatir ese mal con el único medio que cree tener a su alcance: la corrupción del servidor público.

Por cuanto hace al desarrollo intelectual retardado, aquí nos encontramos, entre otros, a aquellos que padecen de enfermedades mentales permanentes (idiotez, imbecilidad, debilidad mental) y a los sordomudos que no saben leer ni escribir. En relación al delito de cohecho cometido por servidor público, estimamos que el desarrollo intelectual atrasado no se--

bilidad esta que se funda por un lado en la falta de desarrollo intelectual pleno que se presume en el menor de edad y por el otro en la esperanza de adaptar al menor delincuente, así como en la necesidad de aplicarle al efecto y como protección de la sociedad una medida de seguridad y readaptación (véase: Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores en el D.F.).

Prácticamente es factible la realización de la conducta típica del cohecho -tanto de servidor público, como de particular-, por un menor de edad; aunque es necesario indicar que en el servidor público, este deberá tener al menos catorce años, si atendemos a la prohibición constitucional que existe respecto de la contratación laboral de menores de la edad indicada (art. 123, apartado A, frac. III. Const.).

C) Extremo atraso cultural y aislamiento social del sujeto activo del cohecho: si hemos dicho con Von Liszt (54), que la imputabilidad supone en el individuo la posesión de un estado psíquico que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente, y que ese estado psíquico presume la madurez intelectual del individuo y su conciencia moral, resulta lógica la explicación de la hipótesis estudiada, la cual es regulada por el art. 59 bis del código en vigor como causa de imputabilidad disminuida, cuyos efectos prácticos son los de reducir considerablemente la pena imponible al sujeto activo del delito de que se trate, siempre que se satisfaga la condición de que el atraso cultural o el aislamiento social induzcan al error o produzcan la ignorancia invencible de la ley penal o de los alcan-

(54) Vid supra, en el presente capítulo, La Imputabilidad, p. 156.

ces de ésta. Se supone aquí que el agente no ha tenido la posibilidad de alcanzar un grado de madurez y de conciencia moral-- que le permitan no ya conocer la ley penal, sino incluso conducirse socialmente, y ello debido a su aislamiento (55).

Esta hipótesis de "imputabilidad disminuida" no la consideramos aplicable al cohecho de servidor público para-- el agente primario o principal (autor intelectual), atendiendo a que la calidad de servidor público, que debe poseer necesariamente, implica una vinculación estrecha con la idea de sociedad (que niega el aislacionismo social), además de que denota un-- cierto desarrollo cultural del sujeto activo. En el cohecho de particular, puede considerarse que el sujeto activo principal-- puede estar "beneficiado" de la referida imputabilidad disminui

da.

(55) La exposición de motivos de la iniciativa presidencial de reformas al código penal, de fecha 28 de noviembre de 1983, confiere la siguiente importancia a la reforma del art. 59 bis: "Durante la consulta nacional sobre administración de justicia, realizada en todas las entidades federativas, se percibió-- claramente la necesidad de tomar en cuenta sobre todo en lugares donde se a-- sientan grupos étnicos no incorporados a la cultura media nacional, el extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto para modificar, en virtud de dicho atraso y aislamiento, las consecuencias penales correspondientes."-- (En Proceso Legislativo de la iniciativa presidencial de decreto... -13 de ene ro de 1984-, p.p. 22 a 23).

3.-) CULPABILIDAD.

Tercer elemento plenamente subjetivo del delito, constituye hoy día uno de los puntales más importantes de la moderna teoría del ilícito penal. Ya Carrara resalta su importancia cuando indica que "a nadie se le puede pedir cuenta de un-- resultado del cual ha sido causa puramente física, sin haber sido de ningún modo causa moral"(56); por su parte Liszt expresa que "no basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente, el nexo de culpabilidad del autor"-- (57).

Por lo que ve a su naturaleza, dos son las principales corrientes en que se ha dividido la doctrina para explicarla: la psicologista y la normativista.

La corriente psicologista, de mayor antigüedad, fundamenta y conceptúa la culpabilidad como a simple hecho de carácter psicológico, consistente en el nexo psíquico (volición-querer) que hay entre el sujeto y su acto: el sujeto es culpable por querer el acto. "El juez dice al delincuente: Tu has-- causado el resultado, has querido la acción. Una y otra te pertenecen, hayas o no hayas tenido consciencia de la antijuridicidad de tu obrar. Luego te declaro culpable"(58). Esta corriente según Maggiore, "tiene el defecto de encastillarse en el concepto de imputabilidad sin tratar de superarlo"(59). Defecto que--

(56)Op. cit., t. I, p. 37, # 12.

(57)Op. cit., t. II, p. 375.

(58)Loc. cit. Maggiore, op. cit., t. I, p. 453.

(59)IDEM.

conduce, entre otras cosas, a negar la existencia de "causas de inculpabilidad", pues el sujeto siempre que "quiera" su conducta merecerá la pena.

Lo limitado de la concepción psicológica dió lugar al surgimiento de la llamada corriente "normativa", ampliamente socorrida por los tratadistas alemanes (60), y a la cual nosotros nos adherimos desde ahora, pues consideramos que subsana los errores en que incurre la teoría antes estudiada.

De acuerdo con la tésis normativa, a más del nexo psicológico entre el sujeto y su acto, se requiere la circunstancia de que el sujeto valore su conducta o haya tenido la posibilidad de hacerlo; que sepa o haya podido saber que su comportamiento es contrario a derecho, y, no obstante ello, lo realice, estando en tal momento facultada la sociedad, para reprocharle al individuo -por medio de un juez- su conducta, por no haber actuado como debía y podía, en fin, como se lo exigía el orden normativo.

Entre los autores seguidores del normativismo--- destacan Carrara, quien al hablar de los requisitos de la fuerza moral del delito incluye los siguientes: "1) conocimiento de la ley, 2) previsión de los efectos, 3) libertad de elegir, 4) voluntad de obra" (61); y sobre todo Mezger, quien define a la culpabilidad como "reprochabilidad personal de la conducta anti jurídica", añadiendo que "la acción aparece por ello, como ex--

(60) Así p.e. Beling refiere: "en la subjetividad del autor no se ha examinado (la acción) como debiera haberse hecho, conforme a las exigencias del orden jurídico, y por esa deficiencia le es reprochable su acción" ("Esquema de Derecho Penal", Ed. Depalma, Argentina, 1944, p. 30). El mismo autor al estudiar la imputabilidad estima que esta consiste en el "poder de resistencia como poder de ser obediente al derecho" (Op. cit., p. 33).

(61) Op. cit., t. I, p. 70, # 59.

presión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente" (62).

Finalmente, digamos que Jiménez de Asúa, influenciado notablemente por el criterio normativo, dispone que "la culpabilidad es el reproche que se hace al autor de un acto psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas" (63).

Ahora bien, de lo expuesto se desprende que el juicio de culpabilidad no es otra cosa que un reproche que el juzgador efectúa del acto psicológico contrario a derecho. Elementos de tal juicio son, por consiguiente, el acto psicológico y la exigibilidad de una conducta conforme a derecho.

A) Acto psicológico: implica el querer del individuo respecto de la conducta, el nexó psicológico de que hablan los autores. Es un aspecto meramente volitivo, en el que al decir de Mezger "se trata de exponer la acción como 'injusto interno anímicamente enraizado' mediante la prueba de 'referencias subjetivas, psicológicas' del autor a su acto" (64). Jiménez de Asúa, siguiendo a Mezger aunque apartándose de él (65), considera como elementos del acto psicológico a los "motivos", y a las "referencias de la acción a la total personalidad del autor" (66)

(62) Loc. cit., t. II, p.p. 1 a 2 y s.s.

(63) "La Ley y el Delito", Ed. Sudamericana, lla. ed., Argentina, 1980, p. 357.

(64) Op. cit., t. II, p.p. 47 y s.s.

(65) En efecto, Mezger señala que el juicio de la culpabilidad en sí está integrado por el acto de la voluntad, los motivos del autor y las referencias de la acción a la total personalidad del autor; pareciéndonos más adecuada la ponencia de Jiménez de Asúa, quien como se puede apreciar, concibe a los motivos y las re-

a) Respecto del "motivo del delito", diremos que éste es la "representación acompañada de un sentimiento de placer, de los cambios en el mundo externo, que trae consigo esa manifestación de voluntad" (67) del delincuente; y sólo tiene relevancia en tratándose de algunos delitos dolosos, en que la ley exige, como medio para comprobar la culpabilidad, la existencia en la voluntad del criminal de un motivo determinado, de una intención específica.

b) Referencias de la acción a la total personalidad del autor: de acuerdo con este elemento, el acto psicológico debe corresponder a la personalidad toda de quien lo causó. En nuestro derecho, pensamos nosotros, esta referencia no tiene verdadero efecto sobre la existencia de la culpabilidad, sino que sólo servirá al juzgador para aplicar la sanción que a su juicio merezca el delincuente, de conformidad con los arts. 51 y 52 del código penal en vigor.

B) Exigibilidad de una conducta conforme a derecho: si el acto psicológico, fundamento del juicio de culpabilidad, es un elemento que debemos a la teoría psicologista, resulta indudable que a la teoría normativista corresponde la paternidad de este segundo ingrediente del juicio de referencia.

—referencias como integrantes del acto psicológico, y no como elementos equivalentes en el juicio de culpabilidad. Vid Mezger, op. cit., t. II, p.p. 47 y s.s.

(66) "La ley y el delito", p. 357.

(67) loc. cit. Liszt, op. cit., t. II, p. 285; aunque es de señalarse que este autor estudia el "motivo" al referirse al "acto", a la conducta, primer elemento del delito, postura con la que nosotros discordamos según hemos sostenido que la "acción" es la expresión objetiva de la voluntad del sujeto, lo que nos impide incluir en ella un elemento subjetivo de la clase del "motivo", atendiendo a que la "voluntad" requerida por la conducta implica simplemente al estado de "consciencia" del individuo.

De acuerdo con este elemento, el juicio de reproche será válido sólo si el individuo promedio hubiera podido actuar conforme a derecho en vez de ilícitamente, en el caso concreto; y más aún, si el agente en cuestión tenía la posibilidad de hacerlo así,-- haya reflexionado o no al respecto. Gracias a este elemento el magistrado a quien corresponda aplicar el derecho al caso concreto podrá afirmar: "Has obrado diversamente de como debías obrar, has hecho lo que no hubieras debido hacer; por eso te declaro-- culpable y te castigo"(68).

Ahora bien, el juicio de valor, el reproche en-- que consiste la culpabilidad se manifestará distintamente según que el acto psicológico demuestre una mayor o menor oposición-- al orden jurídico: de ahí que debemos hablar de conductas dolosas, culposas y preterintencionales.

Dolo:"Es la libre y conciente determinación de-- la voluntad encaminada a causar un resultado contrario a la ley penal"(69). Actualmente nuestra legislación vigente lo identifica con el término "intención" al preceptuar el art. 9 del ordenamiento punitivo (D.F.) que: "Obra intencionalmente el que,-- conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte

(68)Loc. cit., Maggiore, op. cit. t. I, p. 455.

(69)Ibíd, t. I, p. 576.

el resultado prohibido por la ley." (70)

Liszt señala que "el concepto de dolo comprende por tanto: a) la representación del acto voluntario mismo, de las circunstancias de hecho ... (pertenecientes a la definición legal del acto) ..., b) la previsión del resultado, y c) en los delitos de comisión, la representación de la causalidad del acto, en los delitos de omisión la representación del no impedimento del resultado" (71).

Culpa: Baste decir, para efectos del presente---
trabajo que es el actuar imprudente o negligente del sujeto el-

(70) En relación al artículo en cita debemos recalcar la notable influencia que en su redacción han tenido los tratadistas y la legislación alemanes, pues en efecto, el art. 59 en su primer párrafo del c.p. alemán (ya derogado), disponía: "Cuando al momento de la comisión del acto punible el autor ignorara la existencia de las circunstancias que constituyen los elementos legales ... esas circunstancias no serán tomadas en su contra", precepto que inspiró al actual 16, párrafo primero, del ordenamiento punitivo de la Alemania Federal, el cual establece: "si al momento de la comisión del acto, el autor ignoraba alguna circunstancia constitutiva de alguno de los elementos del delito, no obró intencionalmente". Véase también la definición que del dolo nos da Mezger: Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción, y ha admitido en su voluntad el resultado." (op. cit., t. I, p. 91)

(71) Op. cit., t. II, p. 398. Belling, por su parte, precisa la extensión de las circunstancias de hecho que corresponden al tipo, señalando lo siguiente: "no (se) requiere que el autor haya conocido el delito-tipo mismo o sus elementos y, por el contrario ... la imagen del estado de hecho que el autor ha tenido en su espíritu debe haber sido tan comprensiva, que el delito-tipo se adecue a ella en toda su extensión, plenamente y sin dogmas" (op. cit., p. 76).

que ocasiona un resultado típico, previsto o no por el individuo pero siempre previsible; en otros términos es la infracción al deber de cuidado que personalmente incumbe al sujeto, infracción respecto de la cual puede prever la aparición de un resultado típico y antijurídico (72).

Preterintención: Concebida como la tercer forma de aparición del delito en su aspecto moral, nuestro código (— art. 9, párrafo tercero) determina que "obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia". Lo que nos lleva a concluir que su esencia se nutre inicialmente con el dolo del agente y finalmente con la culpa del mismo.

LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE COHECHO:

En la doctrina resulta indiscutible la particularidad de que el delito de cohecho (en sus dos aspectos) sólo— puede cometerse mediante una actitud dolosa (73), de lo que ha—

(72) Véanse: Mezger, op. cit., t. II, p. 171, y art. 9 c.p. D.F, párrafo 2º.

(73) Carrara, sin embargo, menciona algún autor (Caldero, Decisiones Catholoniae) que concibe a la culpa como posible en la corrupción, y a algunas legislaciones en que el delito de "baratteria" se extendía a imprudencias y negligencias graves de algunos magistrados (concretamente en la legislación catalana y en el Estatuto de Luca, lib. 5, cap. 28 y 31, y lo mismo acaecía, como ya hemos visto, en la "Novísima Recopilación"), precisando el autor en cuestión— contra tales posturas lo siguiente: "no alcanzo a comprender que pueda aceptar se la idea de una imputabilidad (SIC) por negligencia en un delito cuya esencia está en la corrupción del ánimo" (Op. cit., t. V, p. 99, nota 1 al # 2556).

En el c.p. italiano el cohecho agravado por el resultado (art. 319 # 2), puede ser cometido "preterintencionalmente" según lo sostienen Carlo Saltelli y Enrico Romano di Falco ("Commento Teorico Practico del Nuovo Codice Penale, t. 2, parte prima, Ed. Union Tipografico, Italia, 1930), quienes afirman que: "No

bremos de concluir que se trata de un delito de "dolo específico" por no admitir el tipo, para su integración, otra forma de culpabilidad (74).

COHECHO COMETIDO POR SERVIDOR PUBLICO: Aquí el dolo estará constituido por la voluntad libre y consciente de solicitar, recibir o aceptar promesa de dádiva o dinero, que le será proporcionada por el particular como "retribución" de un acto de función, a pesar y no obstante, el conocimiento de una norma moral-penal prohibitiva al respecto que lo obliga a prestar sus servicios gratuitamente.

A) El acto psicológico de la culpabilidad lo será la voluntad libre y consciente de solicitar, recibir o aceptar promesa de dádiva o dinero, que le es proporcionado por el particular como "retribución" de un acto relacionado con su función (75).

—se requiere que una consecuencia ulterior (como lo es el pronunciamiento de una sentencia en que se condene a alguien a sufrir trabajos forzados a perpetuidad, o reclusión, o incluso a la pena capital) sea prevista y querida en la culpabilidad (por el sujeto activo), porque sólo es necesario que exista una relación de causalidad material entre la corrupción y el daño que de ella se haya derivado (sentencia). Y en efecto acerca de la fórmula 'si del hecho deriva' (fórmula establecida en el art. 319) es de notarse que, como sucede respecto de otras disposiciones del código, el hecho al cual la fórmula se refiere nos traslada a la figura de la responsabilidad objetiva; siendo consecuencia de la acción, que puede o no corresponder a una intención o a un fin específico del agente, el que así responde por haber cometido de manera consciente y voluntaria, un hecho adecuado para la causación de la consecuencia predicha (pronunciamiento de sentencia condenatoria)" (p. 238, # 735); en el mismo sentido véase Porguese, "Il codice penale italiano", Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Italia, 1953, p. 404.

(74) Así lo sostienen, p.e. Bernal Pinzón (op. cit., p.p. 110 a 112), Camacho Rosas (op. cit., p.p. 300 y 307), Casas Barquero (op. cit., p.p. 891 y s.s.), Maggiore (op. cit., t. V, p.p. 195, 196, 201), Rodríguez Devesa (op. cit., p. 1023) Sebastián Soler (op. cit., p.p. 163 y 165), etc.

El motivo del delito de cohecho: si bien la regla general es que el fin bueno o malo, que se propone el agente resulta intrascendente para la constitución y existencia del dolo en la mayoría de los ilícitos penales, en ocasiones "el motivo pasa a formar parte del dolo, cuando la ley, además de la intención en general, exige alguna intención especial para integrar el delito"(76). Y ello acaece en el delito de cohecho cometido por servidor público, en que el actuar del sujeto activo--del delito se encuentra motivado por la idea de la "retribución indebida"(77) del acto relacionado con su cargo.

Es decir, el delito de cohecho requiere en el--servidor público la intención específica de solicitar, recibir, o aceptar dinero u otra dádiva, como recompensa o pago del acto relacionado con la función; en otras palabras, la dádiva o el--dinero operan como prestaciones a cambio de las cuales el servi--dor efectuará un acto de función (78).

La falta, en el servidor público, de la inten--
ción de aceptar una "retribución" por su actuar funcional entra

(75)Al respecto Guello Calón ("Derecho Penal", t. II, Ed. Bosch, España, 1961, p.p. 376, nota 1) nos dice: "la intención delictuosa la constituye la conciencia en el funcionario de que las dádivas o regalos los obtiene por razón del--cargo que desempeña, a sabiendas de que lo que hace, aunque sea justo, no tie--ne que retribuirse." Cfr. Vincenzo Manzini (Tratado, t. 8, p.p. 252; e "Istitu--zioni di Diritto Penale Italiano", vol II, Casa Editrice Dottor Antonio Milani, Italia, 1949, p.p. 73 y 74), y Saltelli (op. cit., p.p. 237 y 238 # 733 y 735).

(76)Loc. cit., Maggiore, op. cit., t. I, p. 582.

(77)En este sentido Rodriguez Devesa señala que "el funcionario debe ser con--ciente no sólo de la dádiva o presente, ofrecimiento o promesa, sino de la fi--nalidad con que es entregada, ofrecida o solicitada" (op. cit., p. 1023).

(78)"La retribución --refiere Borguese--, debe referirse siempre a acto determi--nado"(Op. cit., p. 401).

Hará la inexistencia del dolo (culpabilidad) y por ende del de lito.

En este lugar nos parece conveniente entrar al-- estudio del acto de función, y al respecto diremos que éste im-- porta la actualización de las diligencias, decisiones, y provi-- dencias a las que determinado servidor público esta obligado o-- facultado, de manera legítima, para realizar; providencias o de cisiones en razón de las cuales, es más, el individuo detenta-- precisamente la calidad de servidor público.

En efecto, el servidor público, como ya lo hemos visto, existe como tal para el desempeño de determinadas activi-- dades que la sociedad ha considerado imprescindibles para su--- subsistencia y para el mantenimiento del orden social; tales--- funciones, para su desarrollo, han sido encomendadas originaria-- mente al aparato estatal, quien las ejerce, como resulta obvio, a través de los individuos, personas físicas.

Ahora bien, de la inmensa gama de actividades es-- tatales sólo una pequeña porción es conferida a cada servidor-- público en particular, para su desempeño; esa actividad determi-- na su función, puesto o cargo, en fin, su competencia, confi--- riéndole por ende prerrogativas, derechos y obligaciones perfec-- tamente delimitados, y que son los que caracterizarán su o sus-- actos "relacionados con la función".

"El acto ... debe relacionarse con la función pú blica ... Este elemento no debe sin embargo ser interpretado de manera restringida, pues sería excesivo el pretender siempre la remuneración de un acto de la competencia específica del funcio-- nario corrompido. Cuantimás si tomamos en cuenta que la injus-- ticia del acto remunerado puede incluso consistir en exceder---

los límites de la competencia ... lo esencial es que el tráfico recaiga sobre el comportamiento que podamos considerar como expresión de la función pública. Siguiendo una opinión bastante extendida, el acto deberá pertenecer, si no a la competencia--- personal del funcionario corrupto, al menos a la competencia de la oficina pública de la que aquel forma parte"(79).

Para finalizar el estudio del acto de función,-- resulta necesario resaltar la circunstancia de que no interesan ni afectan a la culpabilidad del activo en el delito de cohecho, la justicia o injusticia del acto a realizar, la calidad del acto (administrativo, resolución judicial, laudo arbitral, etc.), la revocabilidad o irrevocabilidad del mismo, ni su consumación efectiva o no (80).

B) Exigibilidad de una conducta conforme a Derecho:

El sujeto sabe o presume que no debe lucrar con su función, que moralmente le debe lealtad a su empleador, y que penalmente se encuentra prohibido el tráfico de la función, la venta del oficio o cargo público, mediante la previsión del "tipo" de cohecho de servidor público. El sujeto en consecuencia siente que la--- conducta exigida por el derecho es la matizada por la honestidad, por el desprecio de la corrupción y del lucro indebido que se obtenga con el puesto.

(79) Loc. cit. César Pedrazzi, op. cit., p. 330.

(80) Respecto de la "justicia o injusticia" del acto, vid infra, cap. 5, La Punibilidad, p.p. 234 a 236

En relación a la verificación o no del acto, Garraud (op. cit., t. IV, p. 399) refiere: "el acto o la abstención es el fin, el resultado perseguido por las partes, sin embargo no es elemento del delito, cuando menos en el sentido de que el cuerpo del delito se encuentra completo aunque el acto o la abstención no hayan tenido lugar"

COHECHO COMETIDO POR PARTICULAR:

El dolo lo encontramos en la voluntad libre y---
conciente y la intención de inducir a un servidor público a re-
cibir, o aceptar promesa de dinero o dádiva, como retribución--
de un acto relacionado con la función de realización futura, a-
pesar, y no obstante la existencia de una norma prohibitiva al-
respecto, la cual podía acatar el particular.

A)El aspecto psicológico del "dolo" se encuentra
constituído aquí por la voluntad libre y conciente de inducir--
al servidor público a realizar determinado acto relacionado con
su función, con la idea de que es o será retribuido con dinero-
o dádiva para ello (81).

Respecto del motivo que matiza la conducta del--
sujeto activo del delito, indicaremos que lo integra la inten--
ción de retribuir el acto relacionado con la función.

B)Exigibilidad de una conducta conforme a dere--
cho: El sujeto conoce que la conducta corruptora es ilícita, y
que existen cauces para llevar a buen término y conforme a dere-
cho el acto de la función, por lo que no necesita retribuir al-
servidor.

(81)"El ánimo corruptor es el elemento interno del delito"(Cuello Calón, op.--
cit., t. II, p. 378).

INCULPABILIDAD:

Aspecto negativo de la culpa, entendida en sentido amplio, aparecerá bien cuando no exista (absoluta o parcialmente) el acto psicológico, o cuando el derecho sea incapaz de prescribir una conducta distinta a la realizada por el sujeto--activo del delito.

A) Causas de inculpabilidad fundadas en la falta del acto psicológico:

a) Caso Fortuito (art. 15 frac. X c.p.): situado por algunos autores como hipótesis de ausencia de conducta por falta de voluntad, y por otros como frontera (82) o límite (83) de la culpabilidad, como concepto "meta-culpable" (84), en verdad el "caso" no es otra cosa que la inexistencia absoluta del acto psicológico, por el no conocimiento ni representación del individuo respecto de que su conducta pueda ser causante de un resultado típico, a pesar de ser realizada con el cuidado y diligencia mínimas prescritas por la ley. Aquí el resultado producido es siempre imprevisible, ilógico, fortuito, es un "suceso irreductible a nuestras categorías mentales, rebelde a nuestro poder de previsión y de conocimiento" (85).

Por las particulares características del resultado en el delito de cohecho (en sus dos aspectos), el que al ser "formal" se identifica hasta cierto punto con la realización de la conducta típica, consideramos que no es dable el "caso fortuito" como causa de inculpabilidad, para el delito en estudio.

(82) Así lo conceptúa Jiménez de Asúa, "Tratado...", t. VI, p. 213.

(83) Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 409.

(84) Según terminología de Castellanos Tena, op. cit., p. 339-340.

(85) Loc. cit. Maggiore, op. cit., t. I, p. 509.

b) Falta del motivo, cuando éste es requerido por el tipo: Ya hemos indicado que en algunos delitos el "tipo" exige en el sujeto activo una intención específica, proyectada dentro de su acto psicológico, sin la cual no puede existir la culpabilidad. Tal acontece en el delito de cohecho, tanto de servidor como de particular, en que la falta de la idea de "retribuir el acto de función" ocasiona la ausencia del dolo por no haber en el sujeto la representación de las circunstancias de hecho, exigidas por la ley penal. Ejemplos de entrega-recepción, etc., de dinero o dádiva al servidor público, en los que no existe comisión del ilícito de cohecho, por carencia de la intención de "retribuir" el acto de función en los sujetos: 1) retribución de un acto a realizar por el servidor público fuera de su competencia funcional; 2) recepción-entrega que es motivada por la simple amistad, o el parentesco, etc.

c) Obediencia Jerárquica: Del art. 15 frac VII c. p. se desprende que es causa de inculpabilidad y no de justificación (86), pues sólo opera si el inferior obedece la orden de cometer el delito, sin que la circunstancia delictiva sea noto-

(86) En el derecho alemán se distingue si el mandato es obligatorio (c. de justicia militar), o si no lo es (c. común), dicho de otra manera, si el inferior carece de facultades de revisión de la orden dada por el superior, o no. En el primer caso, cuando el mandato es obligatorio, nos encontramos ante una verdadera causa de justificación, por existir choque de intereses, y de esos el más valioso es el de la obediencia, la disciplina de las fuerzas armadas que protegen al país. En la segunda hipótesis nos encontramos ante la causa de inculpabilidad que estudiamos. En nuestro país la obediencia de las ordenes "absolutas e incondicionales" para las fuerzas armadas está considerada no como "obediencia jerárquica" (art. 119, frac VI, c. Justicia Militar), sino como "cumplimiento del deber" al tenor del art. 119 frac VII del código en cita, del cual se desprende la posible existencia de "ordenes absolutas e incondicionales" que deben ser cumplidas "aun con inminente peligro de la vida" del militar.

ria, y sin que el subordinado hubiere conocido tal circunstancia. No existe aquí nexo psicológico entre el sujeto y la conducta antijurídica; la consecuencia de su comportamiento no era conocible toda vez que ignoraba el carácter ilícito de lo ordenado y tal circunstancia además no era notoria, esto es, la índole delictiva del mandato no era de fácil apreciación por los sentidos; así pues en el subordinado no hay representación de las circunstancias de hecho exigidas por el tipo penal (87).--- De lo expuesto se desprende que la obediencia jerárquica, como causa de inculpabilidad, es dable en ambos tipos de delito de cohecho. Cabe aquí la pregunta de si puede considerarse inculpable al inferior que ante el temor de las represalias del superior jerárquico (despido p.e.) ejecuta la orden delictiva, conociendo el carácter ilícito de dicha orden, y al respecto diremos que sí lo es, pero con fundamento no en la obediencia jerárquica, sino en la vis compulsiva o temor fundado, el que será estudiado posteriormente.

d)Error: entendido como la falta de adecuación entre la realidad y la concepción mental del individuo, cuando es esencial e invencible constituye un verdadero vicio del acto psicológico, vicio que le resta validez frente al Derecho Penal, pues el individuo "quiere" su conducta y el resultado por considerar que su obrar no es antijurídico, sino conforme a derecho.

Nuestra legislación prevé dos tipos fundamenta--

(87)Por tanto, no es, como sostienen algunos autores, que la "obediencia por parte del inferior con relación al mandato del superior, constitutivo de delito, se debe a un error esencial de hecho, que destruye la culpabilidad"(loc. cit, Celestino Forte Petit, "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, México 1954, p.p. 53-54).

les de error esencial e invencible: el de derecho (que es el error que recae sobre alguno de los elementos esenciales de la descripción legal.- art. 15 frac. XI c.p.), y el de hecho (que es aquel por el cual el sujeto activo considera lícita su conducta por creer que esta amparada bajo alguna causa de justificación.- art. 15 frac. XI c.p.)

Error de Derecho: Estimamos que no será excusa para declarar la inculpabilidad del servidor público, quien siempre tendrá la obligación de conocer, al menos, sus deberes morales para con el Estado. Tal obligación deriva del mismo cargo.

En relación al cohecho de particular si creemos posible la inculpabilidad por error de derecho.

Error de Hecho: Se manifiesta a través de las eximentes putativas, mismas que se fundan en las causas de licitud, esto es, en el error sobre el elemento negativo de la anti juridicidad.

Ni en el delito de cohecho cometido por servidor público, ni en el del particular, son dables: la legítima defensa putativa, el estado de necesidad putativo, el impedimento legítimo putativo, ni el consentimiento putativo del ofendido, por la simple razón de que, como se verá en el capítulo siguiente, las causas de justificación respectivas no son aplicables a los delitos en estudio.

Sólo operarán entonces:

En el cohecho cometido por servidor público:

1) Ejercicio putativo de un derecho: se dará cuando el servidor público, por un error esencial e invencible de hecho estime que la ley lo faculta para el cobro de honorarios-

por realizar actos relacionados con sus funciones.

2) Cumplimiento putativo del deber: cuando el servidor público, por el error esencial e invencible, considera--- que es su obligación recibir el dinero o la dádiva (en forma de derecho o contribución, etc.), para realizar un acto relacionado con sus funciones.

En el cohecho cometido por particular:

Sólo será dable el cumplimiento putativo de un--- deber, si el particular incurre en el error esencial e invencible de hecho de pensar que debe dar el dinero al servidor para--- cumplir con un deber legítimo.

B) No exigibilidad de otra conducta:

Estimada como excluyente de responsabilidad pe---
nal "supralegal" (88) de nuestra legislación vigente, comprende todos aquellos casos en que conforme al derecho natural y a la-

(88) Así p.e. Jiménez de Asúa ("La ley y el delito", p. 415) remarca: "La importancia, y hasta la esencia, de esta causa genérica de inculpabilidad, radica--- justamente en ser supralegal". Y Mezger nos dice que "tiene su punto de apoyo--- en un enjuiciamiento individual de la situación de hecho y del deber que de--- ella se deduce para el autor" (op. cit., t. II, p. 222). En nuestro país, sin--- embargo, algunos ordenamientos jurídicos ya la prevén expresamente como hipóte--- sis de inculpabilidad (así el c.p. del Estado de Guanajuato, de 1978, que en--- su art. 44 señala: "No es culpable quien obrare bajo coacción o peligro de un--- mal actual y grave, ... cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta--- diversa") o, sencillamente como "causa que excluye la incriminación" (en éste--- sentido el art. 20 del c.p. para el Estado de Veracruz-Ilave, de 1980, dispone: "Son causas que excluyen la incriminación: XI.-Que razonablemente no pueda exi--- gírsele al agente una conducta diversa a la que realizó ..."; y en el antepro--- yecto -versión al 10 de agosto- de c.p. para el D.F. en materia común y para--- toda la República en materia Federal, de 1983 se señala: "Art. 12.- Se excluye--- la incriminación cuando: ... frac. XI.-Cuando -sic- razonablemente y debido a--- las circunstancias específicas que concurren en el caso no se pueda exigir--- al agente una conducta diversa a la que realizó; ...").

razón humana no puede exigirse del individuo un actuar diverso al realizado, porque de hacerlo atentaría contra sus derechos vitales (la vida, la integridad personal, la honra, su actividad profesional, etc. del propio sujeto o de sus allegados). Es de señalarse que en la no exigibilidad de otra conducta el daño ocasionado puede ser menor, igual o mayor al que sufriría el agente de haber actuado conforme a derecho, y abarca tanto a conductas dolosas, como a culposas. Respecto de la importancia de esta causal de inculpabilidad Porte Petit señala: "lo que no se puede negar, es que la no exigibilidad de otra conducta cobra un campo insospechado con una indudable finalidad justiciera..." (89).

a) Vis compulsiva, coacción o temor fundado: Previsto por la frac IV del art. 15 c.p., es una especie de la "no exigibilidad de otra conducta" que implica la necesidad del sujeto activo de evitar o desviar un mal inminente y grave que se cierne sobre la persona del contraventor. Es aplicable a las dos clases de delito de cohecho.

b) En relación al delito de cohecho, algunas legislaciones extranjeras fundan en la no exigibilidad de otra conducta, atenuantes o excusas absolutorias para el caso del reo, o familiares próximos de éste, que coheche al juez penal, o pretenda hacerlo, con el objeto de que éste lo absuelva o al menos le imponga una penalidad baja (90).

(89) "Importancia de la dogmática ...", p. 55.

(90) Vid infra, cap. V, p.p. 249 a 250 y 252 a 253.

CAPITULO IV.

CAPITULO CUARTO .

El elemento objetivo :

La Tipicidad.- Ausencia de tipo y atipicidades.

Antijuridicidad.- Causas de licitud o justificación.

1)LA TIPICIDAD.

Este elemento, de ingente importancia en la moderna teoría del delito, surgió en plenitud a principios del presente siglo, hacia 1906, con la teoría que del mismo esbozó Von Beling. Y, si bien es cierto que las nociones primigenias de la tipicidad habían sido concebidas ya con anterioridad al autor alemán, también lo es el hecho de que fué éste quien realizó por primera vez un estudio concienzudo y sistematizado de este elemento del delito, haciendo resaltar la importancia indubitable del mismo en el ámbito del derecho penal moderno, el cual se encuentra basado fundamentalmente en el pensamiento li-

beral, que tiene como postulado esencial al principio de "nullum crime sine lege".

Unificada la doctrina en el contenido de la tipicidad, a la que se define como "adecuación de la conducta a un tipo penal", diverge por lo que respecta a su posición dentro del delito y muy especialmente en lo que se refiere a sus relaciones con la antijuridicidad, por lo que creemos conveniente el precisar que para nosotros la tipicidad, que durante su formación legal (tipificación, creación de tipos), tiene su fundamento en la idea que tiene el legislador de lo que es gravemente antijurídico (1), constituye a la postre, una vez que la ley ha sido promulgada y que ha entrado en vigor (y de conformidad con el principio aludido de nullum crime sine lege, transformado al "nullum crime sine tipo" beligniano) el indicio de lo antijurídico, y en consecuencia el presupuesto de la antijuridicidad. En efecto, sólo las conductas tipificadas son susceptibles de ser valoradas penalmente como antijurídicas, y es por ello que el hecho de que una conducta sea típica constituye un fuerte indicio de que la misma puede ser también antijurídica, salvo la aplicación de una causa de licitud o justificación.

(1)Maurach nos dice que "La función de protección especialmente asignada al derecho penal, descansa, sin embargo, en la circunstancia de corresponder a esta rama del derecho la represión de las perturbaciones especialmente graves del orden. Incumbe en efecto al derecho punitivo la defensa represiva frente a aquellas perturbaciones del orden referidas, por la dirección y especie de la acción, a intereses que, conforme a la convicción general de la sociedad o, en defecto de una identidad en la valoración ética, conforme por lo menos al criterio de las capas sociales dominantes, son especialmente valiosos, particularmente necesitados de protección. Se trata de intereses que ni siquiera por aplicación del principio de economía penal pueden prescindir de la protección jurídico penal." (Tratado de Derecho Penal, t. I, p.p. 249-250).

Abundando en la idea antes expuesta, diremos que el legislador, como representante social encargado de legislar, al crear los tipos toma en consideración conductas que son contrarias a derecho (2), que constituyen la contradicción máxima del individuo con el orden social en general, y que por ello---son merecedoras de una pena como medida de protección de esa sociedad. El tipo así formado y sustentado en principio en una---antijuridicidad general, viene a constituir un indicio de antijuridicidad respecto de todas aquellas conductas que se le aducen, y sólo es indicio y no "ratio essendi" de la antijuridicidad atendiendo a que una conducta perfectamente típica puede, a pesar de ello, no ser antijurídica por no ir en contra de los---fines generales de la sociedad, es decir, al existir alguna cau

(2) En este punto nos parece necesario mencionar el pensamiento de Mezger, con cuya tesis de la tipicidad como "ratio essendi" de la antijuridicidad no concordamos, pero que resulta en extremo interesante y certero al recalcar la importancia del tipo para el derecho penal en la actualidad: "Es indudable que el delito es acción antijurídica. Pero si no fuera más que esto cualquier precepto del sistema jurídico podría ejercer influjo decisivo en esta fundamental característica del hecho punible. El derecho penal se hallaría entonces en una situación extremadamente desagradable y peligrosa: el más importante presupuesto de la pena (la antijuridicidad) sería dependiente de manera inmediata de la multitud, inabarcable con la vista y en constante cambio de las normas jurídicas en el total ámbito del derecho. El derecho penal que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio en la libertad, en el honor, e incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello resulta imprescindible que el mismo se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que en su ámbito la antijuridicidad, por lo menos en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. El derecho penal ha creado esta necesaria claridad mediante un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el tipo." (Loc. cit. t. I, p.p. 349-350).

Entre otros autores, comparten el criterio de la importancia del tipo como medida de seguridad jurídica, Raul Carranca y Trujillo ("Derecho Penal Mexicano", p.p. 407), y Mariano Jiménez Huerta (op. cit., p.p. 12-14 y passim).

sa de licitud. Y así opina Beling, al expresar que:

"De la sanción de la ley penal debe inducirse que la clase de conducta a que se refiere la ley penal, para el legislador, es antijurídica en todo caso, dentro de ciertos límites... (y que) ... Toda clase de conducta (típica) es en ciertas--circunstancias antijurídica y en otras no."(3)

Entendida pues la tipicidad, indicio de antijuridicidad, como la conducta que se encuadra al tipo legal, resta sólo el precisar que es lo que se entiende por adecuación o encuadramiento de la conducta al tipo, y diremos al respecto que tal adecuación acaece cuando la conducta del sujeto activo asume todos y cada uno de los elementos descriptivos, subjetivos y normativos previstos en el tipo; y así, en el caso concreto del delito de cohecho, la conducta desplegada ya por el servidor público, ya por el particular, será típica cuando la misma englobe todos los requisitos previstos de manera abstracta en el artículo 222 de nuestro código penal, fracción I o II, según el caso.

TIPO: Precisado el concepto de tipicidad, en lo general y en lo particular, menester es enfrentarnos a la difícil tarea de estudiar y explicar al tipo penal, base de la tipicidad.

Beling nos dice al respecto que "el delito-tipo--traza fundamentalmente el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase" (4). Jiménez de Asúa, siguiendo al

(3) "Esquema de Derecho Penal"; Ed. Depalma, Argentina, 1944, p.23.

(4) *Ibíd.*, p. 44.

autor antes citado, define al tipo como a la "abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito"(5), concibiéndolo además como "concepto rector al que han de subordinarse todos los caracteres del hecho punible." Para Carrancá y Trujillo es la configuración hipotética de la conducta humana efectuada por el precepto legal (6). Mezger nos lo describe como el "injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal."(7). Y, Maurach, finalmente, la considera como "la terminante descripción de una determinada conducta humana antijurídica"(8).

Por nuestra parte, entendemos que es la descripción abstracta de conducta hecha por el legislador (quien toma como base para ello una idea de antijuridicidad de la misma,--- que se desprende de la valoración que en ese sentido hace la so ciedad o la clase dirigente), descripción que trata de ser lo--- más general posible a efecto de abarcar el máximo de antijuridi- cidad similar o análoga, excluyéndose por lo tanto --- como dice Jiménez de Asúa--- los detalles irrelevantes a la ilicitud del--- hecho.

Pasemos ahora al estudio dogmático del delito de cohecho:

El tipo penal, de acuerdo con la doctrina más---

(5) "Tratado ...", t. III, p. 747.

(6) "Derecho Penal ...", p. 407.

(7) Op. cit., t. I, p. 352.

(8) Op. cit., t. I, p. 267.

avanzada, se encuentra formado por tres elementos, de los cuales el llamado "objetivo" es imprescindible, y de existencia accesorio o secundaria los elementos "subjetivo y normativo".

ELEMENTO OBJETIVO: "El tipo penal es por naturaleza eminentemente descriptivo. En él se detalla, con la máxima objetividad posible la conducta antijurídica que recoge. De ahí que la mayoría de los tipos de la parte especial de un código tenga como contenido una mera descripción objetiva de conducta, descripción que se realiza mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible." (9) Dichas descripciones objetivas tienen como característica esencial el hecho de que son susceptibles de ser percibidas por nuestros sentidos de manera fehaciente, y son: bien jurídico tutelado, conducta, resultado (cuando se trate de delito con resultado material), sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material, y modalidades de la acción en sentido estricto (tiempo, lugar, medios).

ELEMENTO OBJETIVO DEL TIPO DE COHECHO COMETIDO POR SERVIDOR PUBLICO:

BIEN JURIDICO TUTELADO: Como elemento objetivo-toral, que caracteriza y singulariza a cada tipo, se ha concebido al bien jurídico tutelado, al cual suele denominarse también con los apelativos de objeto jurídico, objeto de protección y objeto de ataque, y respecto del que Reinhart Maurach

(9) Op. cit., t. I, p. 253.

nos dice que es el verdadero "núcleo de la norma y del tipo. ... (y que)... todo delito amenaza un bien jurídico"(10).

La importancia del bien jurídico fué ya destacada por Carrara, quien expresó que el delito se persigue no como hecho material sino como ente jurídico, y que ese ente jurídico sólo puede tener como objeto una idea: el derecho violado, que la ley protege con su prohibición. "Sólo un derecho puede ser objeto del delito, y un derecho al cual la ley le haya concedido su tutela con una prohibición y con una sanción; y de esta manera, la ley protectora y el derecho protegido se compenetran para formar la idea que viene a constituir el objeto del ente jurídico llamado delito, acto delictivo, crimen, infracción, no porque agravie al hombre o a la cosa, sino porque viola la ley." (11).

En el caso específico del delito de cohecho cometido por servidor público, la mayoría de los autores concuerdan en que el bien jurídicamente protegido lo es "el funcionamiento normal y correcto de la administración"(12) pública. Abundando en el tema Manzini nos dice que: "Objeto específico de la tutela penal es el interés concerniente al normal funcionamiento y prestigio de la administración pública, en cuanto se refiere a la probidad de la misma, y precisamente al interés de preservar inmune el ejercicio de la función pública y del servicio público frente al peligro y el daño inherentes a la ilícita retribu-

(10)Op. cit., t. I, p.p. 54 y passim.

(11)Op. cit., t. I, p. 54, # 42, y passim.

(12)Loc. cit., Sebastián Soler, op. cit., p. 157; Cfr. en el mismo sentido:— Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. III, p. 228; Arnoldo García Iturbe, op. cit., p. 31, y s.s.; Bernal Pincón, op. cit., p.p. 1 a 4 y 99; etc.

ción privada de la actividad funcional y a la venalidad del oficial público encargado del servicio público"(13).

Rodríguez Devesa, por su parte, señala que: "el cohecho es fundamentalmente un delito contra la integridad en-- la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por-- móviles ajenos, concretamente de lucro ilícito"(14).

Para Miguel Sapain Urizar, el cohecho atenta con-- tra el decoro y la dignidad del cargo como valores jurídicos en-- globados por la administración de justicia (15).

Otros autores, por su parte, hacen consistir el-- objeto jurídico del delito de cohecho en la protección a un---- principio de carácter meramente moral, así por ejemplo Diego Vi-- cente Tejera y García, quien en sus "Comentarios al código de-- Defensa Social", expresa:

"A toda sociedad que tienda al progreso, que lleva co-- mo fin vivir de acuerdo con las leyes naturales sin que se difi-- culte la marcha de los asuntos que nacen de las necesidades hu-- manas y del choque, rudo a veces, de la voluntad y los intere-- ses de los ciudadanos, le interesa grandemente que la moral y-- la honradez radique en los elementos que han de dirigir la cosa pública y en los que tienen como ministerio del cargo que osten-- tan, decidir las cuestiones que entre los hombres sobrevienen"-- (16).

Influenciado por este mismo sentimiento moralis-- ta, que pretende encontrar en el legislador al instituir penal-- mente el delito de cohecho, Quintano Ripollés establece, a nues-- tro parecer de manera acertada, que el bien jurídico infringido

(13) Istituzioni, t. II, p.p. 72 y 73.

(14) Op. cit., p. 1017.

(15) Citado por Bernal Pinzón, op. cit., p. 3.

(16) Op. cit. p. 309.

por el servidor público corrupto es su "obligación oficial de lealtad" (17).

Por nuestra parte, estimamos que de la redacción del tipo de cohecho cometido por servidor público, en nuestra legislación, se desprenden dos hipótesis distintas respecto de la protección jurídico-penal:

a) Cuando la conducta del agente consiste sólo en RECIBIR o ACEPTAR; caso en el que el bien jurídico tutelado lo es el normal funcionamiento de la administración pública en general, en indudable relación con la obligación de moral profesional del servidor público, que bajo la forma de lealtad debe al Estado, su patrón, y que se ve violada en la hipótesis del delito de cohecho por una actitud de falta al deber de desinterés (forma material de la probidad y la honestidad) de los servidores públicos.

En efecto, al recibir la dádiva o aceptar la pro mesa, el servidor público dejará de intervenir en el negocio de que se trate, de la manera desinteresada e imparcial que le exige el buen desempeño de la función al favorecer a aquel que le otorga el presente, y, dicha postura asumida, es obvio que el servidor público denota un talante desleal, traidor, frente a aquel que al darle trabajo provee a su subsistencia. Esta fal-

(17) Op. cit., p. 718. Como precisaremos a continuación además del sentimiento moral de lealtad, se protege también, por consecuencia, el aspecto funcional de la administración pública. Sustenta un pensamiento similar al de Quintano Ripollés, el autor Casas Barquero, quien afirma: "por una parte en el delito de cohecho cometido por el funcionario el objeto de la tutela está constituido por el deber básico inherente a la condición de todo funcionario público, cual es el relativo al fiel desempeño de la función del cargo que dentro de la orga nización jurídico-administrativa en concreto le compete ... (Y) De manera corre lativa con el alcance del deber funcional, se trata de tutelar penalmente ade-

ta, de esencia moral, perjudica además el normal funcionamiento de la Administración Pública, con el consecuente menoscabo para la ciudadanía en general, pues como bien lo señala Tejera y García "lleva a la consciencia del que espera justicia ... el hondo desaliento que produce la asquerosa venta de sagrados deberes por parte de los llamados a otorgar lo que se espera por todos ..." (18); engendrándose así, en el ánimo del ciudadano, desconfianza y sentimiento de inseguridad jurídica.

b) Cuando la conducta del agente se conforma con el "solicitar", especie en la que debemos distinguir: si el particular acepta libremente la solicitud (lo que sería difícil de demostrar dada la coacción psicológica ejercida por el servidor público), o si la acepta contra su voluntad (supuesto que es presumido por la frac. II del art. 222, en el que se sanciona al particular sólo si espontáneamente da la dádiva, pero no si es coaccionado para darla). En el segundo caso, estimamos la existencia de dos bienes jurídicos (19), el primero de los cuales es el relativo a la protección del normal funcionamiento de la Administración Pública (estudiado con amplitud en el inciso inmediato anterior), y que desempeña el papel de "bien jurídico dirigente", al determinar la clasificación del delito dentro de los cometidos por servidores públicos (título décimo del - - -

--más la confianza consustancial a la titularidad de la función, que en el titular de la misma se deposita por el Estado y la propia sociedad en general, cuyo sentir dentro de las exigencias de respeto impuestas por el orden jurídico corresponde a cada uno de los individuos integrantes de ésta" (op. cit. p. 871).

(18) Op. cit., p. 311

(19) Acerca de la problemática que esto suscita, véase Reinhart Maurach, op. cit. t. I, p.p. 255 y s.s.

libro segundo de nuestro código penal). Siendo el segundo de tales bienes jurídicos, el derecho del particular, del ciudadano, de ser tratado en forma debida, desinteresada e imparcial-- por el servidor público; bien jurídico éste en el que consideramos se subsume el señalado por Carrara cuando expresa que si el particular no consintió libremente el cohecho, se habrá violado un derecho particular, a saber, "el de propiedad sobre aquel valor del cual se despojo al particular"(20). Y pensamos que esta idea se subsume en la violación al derecho de ser servido--- por la Administración Pública en forma desinteresada, porque en esta última concepción se abarca tanto los casos en que el particular ha dado la dádiva pecuniariamente considerable (caso en--- el que si hay perjuicio patrimonial), como aquellos casos en--- que ha aceptado dar la dádiva a futuro (pero que por tanto puede no llegar a darse), o en que la dádiva no es valuable pecu-- niariamente y que por lo tanto no ocasiona un perjuicio al patri monio del particular (o al derecho de propiedad, según dice Carrara). Además, resulta a nuestro juicio de mayor valía el derecho del ciudadano a ser respetado por la Administración Públi ca, y a poder disponer de una administración proba y honesta, a su derecho simple de propiedad.

Ahora bien, en la legislación de otros países,-- el objeto de protección del delito de cohecho "pasivo" es diver so, y así, en aquellos países en que el cohecho se configura só lo con la aceptación de promesa o recepción de dádiva, el bien

(20)Op. cit., t. V, p. 90. En este punto nos parece necesario recalcar que al hacer esta observación Carrara se refería al delito de "concusión", pues en la-

jurídico protegido por la norma es más restringido que en nuestra legislación federal, y el cohecho se ve completado con la regulación que dichos países hacen del delito de "concusión".-- Por otra parte, también existen países en los que el bien jurídico protegido por la figura delictiva del cohecho reviste gran amplitud, así, en los siguientes Estados:

10.) En Francia, dónde el interés protegido lo es, aparte de la honorabilidad de la Administración Pública, en el sentido al que ya nos hemos referido: a) la imparcialidad en la administración de justicia, aún de los árbitros y peritos nombrados por las partes (21); b) la honestidad profesional de médicos y parteras (22); c) el correcto desempeño del servicio público (entendido en términos de Derecho Administrativo) por parte de los ciudadanos, y en general, la lealtad del concesionario de un servicio público hacia el Estado (23); y, d) la lealtad de los subordinados para con el patrón (24).

--legislación italiana éste prevé, entre otras formas de conducta, el "solicitar" del servidor público (art.-317: "El funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones constrinja o induzca a alguno a dar o a prometer indebidamente, a él o a un tercero, numerario o cualquier otra utilidad..."). Además es de señalarse que para Carrara el cohecho no se dirige principalmente contra el ente público, sino contra la persona privada, y ello se desprende de la ubicación que del delito hace Carrara dentro del capítulo dedicado a tales ilícitos, así como de la idea sostenida por el autor italiano de que es mayor la lesión al derecho particular que la violación al derecho universal de justicia pública. Igual pensamiento sustentan García Iturbe en Venezuela (op. cit. p. 59) y Bernal Pinzón en Colombia, respecto de sus delitos de "concusión".

(21) Art. 177, párrafo primero, frac. 2a.: "... al que haya solicitado o aceptado ofrecimientos o promesas, solicitado o recibido dádivas o regalos para que: ... Siendo árbitro o perito nombrado por el tribunal o por las partes, rinda una decisión o de una opinión favorable o desfavorable a una de las partes." (E igual tendencia sigue el c.p. turco, en su art. 219).

(22) Art. 177, párrafo primero, frac. 3a.: "... al que haya ... (etc.)... Siendo médico, cirujano, dentista, partera, certifique falsamente o disimule la existencia de enfermedades, o el estado de ingravidez de una persona, o proporcione indicaciones falsas sobre el origen de una enfermedad o sobre las causas de--

2o.) El código penal austriaco, por su parte, protege a la economía nacional al regular el cohecho cometido por los funcionarios dirigentes de empresas (gerentes, miembros del consejo de administración o del consejo de vigilancia, etc.;---- arts. 305 y 309).

3o.) Los códigos penales yugoslavo y de la República Democrática Alemana (25), dadas las particulares características del sistema de producción socialista protegen a la economía nacional. Y, el código penal checoslovaco, también siguiendo la orientación socialista, se refiere al cohecho cometido en perjuicio del "interés general" (26).

--un fallecimiento."

(23) Art. 177, párrafo primero, frac. la.: "... al que haya ... (etc.) ... siendo ciudadano encargado de un ministerio de servicio público, haga o se abstenga de hacer un acto de sus funciones o de su empleo no sujeto a salario." (Véase también, los códigos penales belga (art. 346), italiano, portugués (art. 318 # 8), y el de la República Federal de Alemania.)

(24) Art. 177, párrafo segundo: "será sancionado ... todo dependiente, empleado, o comisionista, remunerado en cualquier forma, que directamente o por interposta persona, solicite o acepte ofrecimiento o promesa, o solicite o reciba dádivas, regalos, comisiones, descuentos o primas, sin el consentimiento de su patrón, para hacer o no hacer un acto de su empleo". Los códigos de Mónaco y Rumania, también prevén la hipótesis.

(25) El código penal yugoslavo, en su artículo 325, párrafo seis indica: (corrupción pasiva) "La persona responsable en una organización económica o social, o en un órgano de gestión social, que haya cometido la infracción prevista en los párrafos primero a cuarto de éste artículo -referente al cohecho pasivo- será sancionada con la pena prevista para dicha infracción."

El ordenamiento punitivo de la Alemania Democrática, por su parte, establece en su art. 247: "El que en el ejercicio de funciones públicas o de dirección de la economía..."

(26) Art. 160, párrafo primero (De la aceptación de presentes dados en vías de corrupción): "Aquel que, en conexidad con la gestión de negocios de interés general, haya aceptado o se haya hecho prometer un presente dado en vía de corrupción, será sancionado ..."

CONDUCTA (27): Como ya lo hemos indicado, el tipo es descripción de conducta antijurídica, y así nos dice Maurach que "el tipo es, en primer lugar, acción tipificada por la ley en una figura legal"(28).

Dicha acción (o inacción en los delitos de omisión) se ve precisada por medio de un verbo, al que se le ha dado el nombre de "núcleo del tipo", y del que Jiménez de Asúa comenta, que "la función del verbo que sirve de núcleo a la figura rectora es la de delimitar la acción más que condenarla"(29).

En el caso del delito de cohecho cometido por servidor público, el núcleo del tipo se encuentra constituido por el solicitar, recibir o aceptar, y la conducta descrita implica que el servidor público "solicite o reciba indebidamente dinero o cualquier otra dádiva, o acepte promesa".

Ahora bien, con Mariano Jiménez Huerta, cabe hacer la aclaración de que "sería desconocer la naturaleza de las cosas si tratásemos de concebir el verbo activo o núcleo como un elemento en el que se refleja siempre y en todo caso la verdadera esencia del tipo"(30), pues en algunos delitos -y es el caso del cohecho- el núcleo del tipo no es suficiente para definir el cuadro dominante del esquema rector del delito; en el cohecho cometido por servidor público el tipo no se completa con el simple hecho de solicitar, etc., sino por la conjunción de una serie de características a las que la doctrina denomina "modalidades de la acción", a las que se unen los elementos normativo y subjetivo.

(27) Para el estudio detallado de la conducta, nos remitimos a lo expuesto con amplitud en el capítulo precedente.

(28) Op. cit., p. 267; Beling por su parte nos indica que "Los elementos del delito-tipo se toman a) de una particularidad del comportamiento corporal" p. 44 y 4

(29) Tratado, t. III, p. 802.

MODALIDADES DE LA ACCION:

A) **SUJETO ACTIVO** del delito de cohecho cometido-- por servidor público: es el hombre que delinque, en éste caso-- sólo puede serlo una persona que tenga la calidad jurídica de-- servidor público(31); es así que se trata de un delito propio,- particular, exclusivo, o de sujeto calificado, pues la ley fija de manera restrictiva el círculo de los que pueden ser autores- del ilícito. Ahora bien, si es cierto que un particular puede- intervenir en la comisión del ilícito como intermediario entre- el servidor y el otro particular, éste intermediario (interpósi- ta persona como lo denomina el código) no puede ser considerado nunca como sujeto activo "primario" del delito(32) por tener me- ra presencia accidental, por lo que deberá ser sancionado con-- forme a las reglas generales de la participación previstas en-- el art. 13 del c.p., así como de acuerdo a las especiales del-- art. 212 párrafo segundo del mismo ordenamiento jurídico, como- cómplice del sujeto activo (33).

En las legislaciones de otros países nos encontra- mos las siguientes variantes respecto de las personas que pueden ser sujeto activo del delito de "cohecho pasivo":

1) Los asalariados subordinados en general, ex-- presión que se contuvo originariamente en el código penal fran- cés (art. 177 párrafo segundo, fracción tres), del cual se ex-- tendió al código penal de Mónaco (art. 141, cuarto párrafo) y-- al rumano (art. 258). La incriminación de los subordinados en-

(30) Op. cit., p. 69.

(31) Respecto de dicha calidad, véase el primer capítulo, p.p. 34 a 51.

(32) Jiménez Huerta señala: "No es autor todo sujeto que ha cooperado a la cau- sación de un resultado lesivo, sino sólo aquel que ejecuta el acto típico". Op. cit., p. 368.

general, en Francia, hacia 1919, tuvo su razón de ser según Garraud, en la presencia de costumbres nuevas motivadas por la escasez consecuente a la Primera Guerra Mundial, costumbres consistentes en que "en muchas empresas la corrupción devino en uso constante y regular. Los empleados de la compra de mercancías, o de su recepción, se veían beneficiados por el proveedor con una remuneración secreta, la que tenía por objeto que el empleado favoreciera a dicho proveedor, o que eliminara a los competidores de éste"(34). Y, según Garçon, aquí se comprende "a toda persona ligada a una empresa privada o a un particular por un vínculo de subordinación"(35).

2) Los árbitros y peritos nombrados por las partes (códigos penales francés -art. 177 primer párrafo, inciso 2o.-, del Principado de Mónaco -art. 141, tercer párrafo-, y turco -art. 219-).

3) Los médicos, cirujanos, dentistas y parteras (código penal francés, art. 177, párrafo primero, frac. III).

4) Los ciudadanos que sin ser empleados del gobierno desempeñan un servicio público (c.p. francés -art. 177, primer párrafo, inciso primero-, de la Alemania Federal -arts. 332 y 334-, belga -art. 246-, y portugués -art. 318 # 8-).--- Inculcados por primera vez en el código penal de Bélgica (36), de donde la idea paso a la "ley del 16 de marzo de 1943" francesa y a otros códigos punitivos; Emile Garçon nos dice lo siguiente respecto del encargado de un ministerio de servicio público,

(33) Al respecto Mezger señala que: "La limitación del círculo de los que pueden ser autores en los llamados delitos especiales no supone que las personas que no pertenecen a dicho círculo, esto es los 'no cualificados (extranos)' no pueden ser en absoluto sujetos del delito, queda la posibilidad de que participen como cómplices y sean, por tanto, sujetos del delito". Op. cit., t. I, p.p. 368.

simple ciudadano: "La ley comprende, en efecto, en el caso que nos ocupa, a toda persona que temporal o permanentemente, por retribución o a título gratuito, voluntariamente o por solicitud de las autoridades, desempeñe un servicio público"(37).

5) Directivos de empresas privadas (arts. 305 y 309 del código penal austríaco).

6) Todo aquel que en conexidad con la gestión de negocios de interés general cometa cohecho (c.p. checoslovaco, art. 160).

7) Y, la persona responsable de una organización económica o social o el encargado de un órgano de gestión social (Yugoslavia, art. 325).

8) En algunas ocasiones, como condición agravante de la penalidad, se exige en el sujeto activo del delito de cohecho cometido por servidor público una calidad especialísima, y ello acaece en las legislaciones de Bélgica, Bulgaria, Grecia, Noruega, Holanda, Portugal, San Marino, Turquía, Unión Soviética, entre otras. Dicha calidad especialísima puede ser, según el caso, alguna de las siguientes: perito, árbitro, juez, hombre bueno (prud' homme), jurado, procurador, juez de instrucción, magistrados criminales, funcionarios que ocupan nivel de dirección, etc.

En nuestro derecho, también fue considerada como circunstancia agravante de la pena el hecho de que el servidor-

(34) Garraud, op. cit., t. 4, p. 382.

(35) Op. cit., p. 704, nota 151.

(36) Op. cit., t. 4, p. 377, y nota 12. (Garraud).

(37) Op. cit., t. 1, p. 693, nota 25 al art. 177; vid supra nota 49 al capítulo primero, p. 43.

público tuviera además una calidad especialísima, así el art.--1018 del c.p. de 1871 disponía: "Se tendrán como circunstancias agravantes de cuarta clase: I.-Ser el cohechado juez, jurado, a sesor, árbitro, arbitrador ó perito; ..."; y, en el art. 586---del c.p. de 1929, se señalaban como agravantes: "I.-Ser el cohechado funcionario judicial, jurado, asesor, árbitro, arbitrador, o perito, ..."

Ahora bien ¿el cohecho cometido por servidor público, es uni- o plurisubjetivo?; es decir, ¿se exige pluralidad de sujetos activos primarios para la constitución del delito de cohecho cometido por servidor público, o no?:

Para contestar a tales interrogantes nos parece necesario desmembrar las tres conductas que puede realizar el--servidor público para cometer el delito:

a) Solicitar: en este caso el delito es esencialmente uni- o monosubjetivo, si atendemos a que esta hipótesis--del delito se consuma en el momento en que se hace la solicitud, no teniendo importancia alguna la aceptación o no de la solicitud por parte del particular; y ello, según se desprende de la--frac. II del artículo 222, que dispone que sólo será sancionado el particular, si la dádiva o promesa tiene su origen en la espontánea voluntad del mismo. Así pues, para la integración de la conducta típica se requiere sólo la del servidor público.

b) Recibir dádiva o aceptar promesa: En estas dos situaciones, consideramos que el delito es plurisubjetivo (38),

(38) Esto mismo sostiene entre otros Bernal Pinzón, op. cit., p.p. 99 y s.s.

pues si bien es cierto que la conducta del particular y la del servidor se encuentran previstas en dos tipos distintos (es decir, en las fracs. I y II del art. 222) y pueden ser sancionadas de manera independiente, también es cierto que la recepción o aceptación de la dádiva o promesa por parte del servidor público requiere, como presupuesto lógico indispensable, la promesa u ofrecimiento del don de parte del particular; no podría pensarse que el servidor aceptara una promesa o recibiera algo si antes no le ha sido prometido o entregado; y así, Puig Peña indica que la corrupción pasiva "presume la activa del sobornante"(39).

Así pues, en la especie, las conductas de cohecho estudiadas en este inciso, estarían constituidas por el "pacto de venta del acto de autoridad"(40), siendo el cohecho por consiguiente un delito bilateral (41).

Es decir, en los casos estudiados, el tipo es plurisubjetivo, por requerir implícitamente la intervención activa de dos o más personas, siendo además un tipo de "encuentro" por presuponer la "intervención activa de dos o más personas recíproca y finalísticamente orientadas a coincidir en la realización de un hecho que no puede surgir sin una bilateral o plural actividad"(42), actividades que son materialmente distintas (el servidor público recibe o acepta, en tanto que el---

(39)Op. cit., t. III, p. 454.

(40)Loc. cit. Sebastián Soler, op. cit., p. 157.

(41)Así lo conciben también: Diccionario Jurídico Omnia, t. III, p. 230; García Iturbe, p. 67; Garraud, op. cit., t. 4, p. 370; Maggiore, op. cit., t. V, p. 190; Soler, op. cit., p. 157, y especialmente Humberto Vidal, quien señala: "desde el punto de vista rigurosamente científico el cohecho (con-facere) es-

particular ofrece o da).

Cabría aquí la pregunta de si debemos considerar al particular que ofrece o da espontáneamente como co-delincuente, y al respecto debemos señalar que ello no nos parece técnicamente correcto, si tomamos en cuenta que su conducta se encuentra prevista ya en otra norma, de tal forma que se adecúa al esquema típico previsto por la frac. I, aunque coadyuva (como lo hemos visto), con su integración (43).

SUJETO PASIVO: Es el titular del bien jurídico tutelado por la ley; en otra concepción "es el hombre o la cosa (SIC) sobre la que recaen los actos materiales del culpable, en caminados al fin malvado" (44).

Encontramos en el cohecho cometido por servidor público tres sujetos pasivos:

a) La sociedad, quien es el titular del derecho de tener una administración honesta, así como servidores imparciales, desinteresados y probos.

b) El Estado, atendiendo a lo señalado por Bettiol de que todo delito es violación de un interés público estatal--
(45), interés que en este caso consistiría en ofrecer a la so--

—un delito de tipo contractual que exige aceptación de la oferta corruptora (p. 232). En contra Diego Vicente Tejera, op. cit., t. V, p.p. 315 y s.s., Rodríguez Devesa, op. cit., p. 1018 y s.s., y sobre todo Casas Barquero, quien estima que: "En los supuestos en que haya acción por parte de uno y otro sujetos, procedera apreciar concurso de delitos de cohecho entre las ejecuciones delictivas del cohecho activo y pasivo" (op. cit., p. 869).

(42) Jiménez Huerta, op. cit., p. 60.

(43) Así lo sostiene Casas Barquero: "Los tipos de delito cohecho activo y pasivo se comportan por separado entre sí, con plena desvinculación típica autónoma" (op. cit., p. 869).

ciudad a la que representa y por la cual existe, una administración, entiéndase gobierno, honesta e imparcial, con lo cual se garantiza el apego al derecho en general y el respeto a las garantías individuales, cuya protección es la finalidad del órgano estatal, y precisamente para ese fin fue constituido por los hombres (46).

c) En relación al supuesto de la conducta desplegada por el servidor público que se expresa por la solicitud de la dádiva, se presenta un tercer sujeto pasivo: el particular a quien el servidor público coacciona para obtener un beneficio--so pretexto de realizar un acto relativo a sus funciones. Menos clara resulta la configuración de la calidad de sujeto pasivo en el particular cuando el acto que realizará el servidor---será un acto "injusto" relativo a sus funciones, aún y cuando--sea el funcionario quien solicite la dádiva y proponga su conducta contraria a derecho.

Cabe señalar que respecto de éste sujeto pasivo--nuestro código no exige tampoco determinada calidad, por lo que no existe impedimento alguno para que lo sea otro servidor público, en funciones o no.

OBJETO MATERIAL DEL DELITO: Por tratarse de un delito de resultado "formal", carece de objeto material (47).

(44) Loc. cit., Carrara, op. cit., t. I, p. 52, # 40.

(45) Citado por Celestino Porte Petit, "Apuntamientos ...", t. I, p. 441.

(46) Sin embargo, Casas Barquero sostiene: "En el marco delictivo del cohecho--puede entenderse que en general, el Estado constituye sólo sujeto pasivo indirecto o mediato por cuanto el titular del bien jurídico protegido se halla representado por la Administración Pública en sentido lato ... es decir, comprensiva de todas las actividades estatales" (op. cit., p. 832).

OTRAS MODALIDADES DE LA ACCION:

En el cohecho cometido por servidor público, el tipo no exige referencias espaciales, ni respecto de los medios, así como tampoco requiere de "determinada situación".

REFERENCIA TEMPORAL: Nosotros consideramos que, en el caso concreto del delito de cohecho, existe una modalidad de carácter temporal implícita en el tipo (art. 222, frac. I), de acuerdo con la cual es requisito típico el que la recepción del objeto sea hecha con antelación a la realización del acto de función, o al menos, que la solicitud del mismo sea anterior a dicho acto; y ello se desprende de la frase, puntualizada en tiempo futuro, que señala el fin que persigue el sujeto activo con el cohecho: "para hacer o dejar de hacer" (48). Sin embargo, hecha la solicitud, y aceptada en ese momento, o no, por el particular, resulta indiferente para efectos típicos el que con posterioridad a la realización del acto se lleve a cabo la entrega del objeto, pues la referencia temporal ya ha sido cumplida al ser la solicitud de dádiva antecedente del acto de la función. La doctrina denomina a este tipo de cohecho precisamente como "antecedente".

En algunos códigos penales de otros países se subsana la omisión de que adolece nuestro ordenamiento subjetivo, previéndose también al cohecho "subsecuente"; y así por---

(47) Al respecto véase Mezger, op. cit., t. I, p. 370.

(48) Siguen la tendencia de sólo sancionar al llamado "cohecho antecedente", entre otros países, los siguientes: Alemania Democrática, Alemania Federal, Argentina, Austria, Colombia, Cuba, Checoslovaquia, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Groenlandia, Hungría, Islandia, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Polonia, Portugal, Suecia, Suiza, Turquía, Unión Soviética, Yugoslavia, y Venezuela.

ejemplo, la legislación búlgara impone sanción al funcionario-- que solicite o acepte un presente "por haber hecho u omitido un acto que estaba obligado a realizar, en razón de su situación-- de servicio"(art. 259), y lo mismo sucede en los códigos de Bél-- gica (art. 247), Grecia (arts. 235 y 236), Italia (49) y Ruma-- nia (art. 256), así como en Holanda (50).

ELEMENTO SUBJETIVO EN EL TIPO DE COHECHO COMETI-- DO POR SERVIDOR PUBLICO: Mezger señala: "Una conducta que exte-- riormente es la misma, puede una vez ser conforme a derecho y-- otra antijurídica, según la situación o disposición anímica en-- que se ejecute la acción"(51); es decir, en ocasiones no basta-- la mera descripción objetiva de conducta para deducir que la--- misma es antijurídica, pues el legislador considera que en la-- conducta debe estar presente un elemento psicológico determina-- do.

Para Luis Jiménez de Asúa los elementos subjetivos que puede contener un tipo penal son de distinta índole, ha-- ciendo la clasificación, que en forma sintética expone Pavón--- Vasconcelos:

(49)Art. 318 c.p. italiano: (párrafo segundo): "Si el funcionario público re-- cibe la retribución por un acto de su función ya realizado, será castigado--- con pena de reclusión hasta por un año y multa de hasta tres mil liras."

Art. 319, último párrafo: "Si el funcionario público recibe el numerario o la utilidad, por haber obrado contrariamente a lo exigido por los deberes-- de la función, o por haber omitido o retardado un acto de ésta, la pena impo-- nible será la de reclusión ... ".

(50)"Art. 363.-Será sancionado con pena privativa de libertad de cuatro años, como máximo, el funcionario: lo. ...; 2o. Que acepte un regalo, sabiendo que-- le ha sido dado como consecuencia o en razón de lo que hizo o no hizo, contra-- riamente a sus deberes, en el ejercicio de su función."

(51)Op. cit., t. I, p. 337.

"1)Elementos que de modo indudable se refieren a la culpabilidad; 2)Elementos ambivalentes respecto a la culpabilidad y a lo injusto; 3)Elementos que al vincularse al fin originan los delitos de tendencia interna trascendente; 4)Elementos que al referirse al móvil se ubican en la culpabilidad; 5)-Elementos de exclusiva referencia a lo injusto, como el ánimus-lucrandi en el robo y el ánimus iniurandi en los delitos contra el honor"(52).

Jiménez Huerta, por su parte, señala que por razones técnicas el legislador hace "una especial referencia a---una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta, bien perfilado en sus caracteres hasta integrar un estado de conciencia, para de esta manera, dejar inequívoca constancia de que la conducta que tipifica es solamente aquella que esta presidida por dicha finalidad o estado y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo"(53).

En el cohecho cometido por servidor público saltan a la vista dos elementos subjetivos de distinta índole, y---así, siguiendo la clasificación de Jiménez de Asúa, antes expuesta, tenemos lo siguiente:

a)Elemento que se asimila al fin, pues la conducta de solicitar, recibir o aceptar, el servidor público la lle-

(52)Pavón, op. cit., p. 269. Cfr. Jiménez de Asúa, "Tratado...", t. III, p.p.-341 y s.s.

(53)Loc. cit. Jiménez Huerta, op. cit., p. 79.

va a cabo con la finalidad de posteriormente realizar u omitir un acto relativo a su función: "para hacer u omitir un acto justo o injusto relacionado con su función". De ahí que debamos-- concluir que el cohecho es un delito de "tendencia interna trascendente".

Ahora bien, si es cierto que este elemento es in dispensable para la formación del delito, también lo es que resulta indiferente el hecho de que posteriormente a la recepción de la dádiva o a la aceptación del ofrecimiento, el servidor pú blico no realice el acto prometido al particular (54), pues el delito se consuma, como ya lo hemos visto, desde que el servi-- dor solicita o recibe la dádiva o acepta la promesa, siempre y cuando en el servidor público existiera la idea del elemento--- subjetivo al que hemos hecho referencia en este inciso, pues la carencia de tal elemento será constitutiva para el servidor de otro delito (fraude, abuso de autoridad, extorsión, etc), pero no de cohecho (55), hipótesis que no acaece en la legislación-- portuguesa, en la que se prevé: "Las disposiciones del presente artículo (relativo al soborno) y de sus parágrafos son igual-- mente aplicables en el caso de que el funcionario, arrogandose-- fraudulentamente o simulando el poder de ejecutar un acto, acep-- te el don o el presente, para ejecutar ese acto o abstenerse de hacerlo, salvo si su conducta es constitutiva del delito de--- 'falso', caso en que se aplicarán las penas previstas para éste" (art. 318 # 6).

(54) Vide César Pedrazzi, op. cit., p. 329.

(55) Vide Casas Barquera, op. cit., p. 893.

b)Elemento de clara referencia a lo injusto, --- pues implícitamente el tipo requiere que el servidor público--- pretenda beneficiarse, de cualquier manera que sea, con la comisión del ilícito, con la violación a su deber de lealtad al Estado. Sin embargo, "es irrelevante que no se derive una utilidad personal para el oficial público, porque las conductas de recibir la utilidad o de aceptar la promesa pueden ser realizadas para beneficio de un tercero que no lo sea la Administración Pública"(56). Ahora bien, si el tercero beneficiado lo es la Administración, "el oficial no responderá por corrupción, si no por abuso de autoridad"(57).

ELEMENTOS NORMATIVOS: Pavón Vasconcelos señala que "forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido"(58).

Respecto a la naturaleza de los elementos normativos existe gran divergencia en la doctrina, pues mientras algunos estiman que sólo tienen carácter de elemento normativo--- "aquellos que por estar cargados de desvalor jurídico resaltan específicamente la antijuridicidad de la conducta"(59), constituyendo lo que algunos autores denominan "antijuridicidad espe-

(56)Saltelli, op. cit., vol. II, parte prima, p. Cfr. la expresión "para-
/sí o para otro" del c.p. '31.

(57)IDEM.

(58)Op. cit., p. 266.

(59)Loc. cit. Jiménez Huerta, op. cit., p. 79.

cial"(60), y que en los tipos se presenta cuando el legislador-utiliza términos tales como "indebidamente, sin causa legítima, sin derecho", etc.; otros autores, siguiendo a Eriko Wolf y a--- Mezger (61), sostienen por su parte que son elementos normati--- vos aquellos en los que el juzgador debe efectuar un juicio va--- lorativo de tipo jurídico o cultural, así p.e. en los casos en--- que el juez debe valorar los conceptos de "casta y honesta",--- "funcionario público", "tutor", etc.

Por nuestra parte consideramos que la "antijuridicidad especial", no es un elemento verdaderamente normativo--- del tipo, pues siempre el juzgador (aún sin dicha antijuridici--- dad especial) estudiará y valorará en el caso concreto la anti--- juridicidad de la conducta del sujeto activo, y ello, atendien--- do a que sólo la conducta que es antijurídica debe ser castiga--- da, para cumplir así con los fines del Derecho Penal. Así pues, el término "indebidamente" que aparece en el tipo del delito de cohecho cometido por servidor público, por no formar parte esen--- cial de la descripción típica (como ya lo hemos dicho), no será objeto de estudio en este inciso del capítulo, sino que será es--- tudiado posteriormente, cuando analicemos la antijuridicidad.

Así pues, para nosotros es correcto el pensamien--- to de Mezger, pues en verdad existen tipos en los que el juzga--- dor debe de valorar los vocablos utilizados por el legislador,--- debiendo corroborar que los mismos son aplicables en el caso--- concreto. Para tal valoración el juez debera atender al dere---

(60)Así la denomina, entre otros, Maggiore, op. cit., t. I, p. 382.

(61)Mezger, op. cit., t. I, p.p. 374 y s.s.

cho escrito, al significado común de las palabras o al sentimiento promedio de lo que significan para el común de la población-- los términos empleados por el creador de la ley.

Siguiendo a Mezger (62), diremos que existen dos tipos de elementos normativos: aquellos que requieren de una valoración jurídica, y los que necesitan de una valoración cultural.

En el delito de cohecho cometido por servidor-- público, son susceptibles de ser valorados jurídicamente los-- siguientes vocablos:

- 1) Servidor público.
- 2) Dinero.
- 3) Acto relacionado con la función (63).

Y culturalmente, deberá valorarse el sentido de las palabras "dádivas" y "promesa".

Para el estudio de las voces señaladas, nos remitimos a lo expuesto en capítulos precedentes, a fin de evitar-- repeticiones innecesarias.

ESTUDIO DEL TIPO DE COHECHO COMETIDO POR PARTICU

LAR: Se encuentra previsto por el art. 222 frac. II, que establece:

(62) IDEM.

(63) Por otro lado, no se requiere el efectuar una valoración acerca de la justicia o injusticia del acto para efectos típicos, pues basta con que se trate de un acto relacionado con la función; así pues, que el acto realizado sea-- justo o injusto sólo interesa para efectos de la singularización de la pena.

"Cometen el delito de cohecho: II.—El que de manera espontánea de u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones".

NUCLEO DEL TIPO: lo son los verbos "dar u ofrecer", aunque como ya lo vimos al hablar del cohecho cometido--- por servidor público, la total idea de antijuridicidad de esta conducta se desprende de todos y cada uno de los elementos previstos en el tipo.

SUJETO ACTIVO: puede serlo cualquier persona, incluso un servidor público, en funciones o fuera de ellas.

De acuerdo con el sujeto activo, se trata de un delito esencialmente monosubjetivo, pues para la comisión del mismo no se requiere la aceptación del servidor público, sino tan sólo la conducta del particular. En otros países (64) no basta la entrega o el ofrecimiento para configurar el delito, sino que resulta indispensable que el funcionario acepte o reciba.

SUJETO PASIVO: Lo son: 1) La sociedad. 2) El Estado (en cuanto titular de la Administración Pública). Y, 3) el servidor público, sólo en el caso de que rechace la oferta, pues entonces la conducta del particular ha implicado una injuria cometida en agravio de la investidura que representa, y de él mismo, ya que el particular ha presupuesto su inmoralidad, su falta de honradez y lealtad y por ello le ha ofrecido la dádiva.

(64) Así sucede, p.e., en Bélgica (art. 252), Luxemburgo (art. 252), Mónaco (art. 143), etc. y lo mismo ocurría en nuestras legislaciones de 1871 y 1929.

BIEN JURIDICO TUTELADO: Al igual que en el cohecho cometido por servidor público lo es el funcionamiento normal y correcto de la Administración Pública (65). Cuando el servidor público rechaza la dádiva o promesa también se protege la honra y reputación de dicho servidor, frente a la injuriosa conducta del particular.

OBJETO MATERIAL: No existe por tratarse de un delito de resultado "formal".

MODALIDADES:

REFERENCIA TEMPORAL: Nuestra ley sólo prevé el cohecho antecedente, por lo que la dádiva debe ser entregada o prometida con anterioridad a la realización del acto por parte del servidor público.

REFERENCIA A LOS MEDIOS: Es requisito indispensable del delito de cohecho cometido por particular que el ofrecimiento o la dación ocurran de manera espontánea, pues sólo en este caso es el particular quien ataca el normal y correcto desempeño de la Administración; cuando es el servidor público quien le solicita la dádiva el legislador comprendió que la conducta del particular se encuentra coaccionada y que por lo tanto no es culpable.

(65) Casas Barquero indica al respecto lo siguiente: La conducta del particular "implica atentar no sólo contra la función concreta que incumbe al funcionario singular, sino también contra el normal desarrollo de las funciones públicas que el conjunto general de tales órganos tienen encomendadas. Así mismo el comportamiento típico del cohecho realizado por el particular afecta a la esencia de la dignidad del Estado y al prestigio social que en todo momento han de ostentar los entes públicos en el marco de la ordenación jurídica de la vida social". (op. cit., p. 872).

ELEMENTO SUBJETIVO: a)Elemento que se vincula al fin, pues la conducta de ofrecer o entregar, la lleva a cabo el particular "para" que el servidor público realice un acto de su función, o lo omita; por lo que ha de concluirse que el cohecho cometido por particular también es un delito de tendencia interna trascendente.

b)Elemento de clara referencia a lo injusto (implícito en el tipo), pues se quiere corromper a la administración en beneficio propio.

ELEMENTO NORMATIVO:

Requieren valoración jurídica:

a)Dinero.

b)Servidor Público.

c)Acto relacionado con la función del servidor público.

Necesita valoración cultural el término "dádiva".

ELEMENTO NEGATIVO CORRESPONDIENTE A LA TIPICIDAD:

La doctrina más avanzada estima la existencia de dos aspectos diversos en el elemento negativo de la tipicidad, - el primero de ellos referido al tipo, y el segundo a la tipicidad propiamente dicha; en este sentido Luis Jiménez de Asúa nos dice:

"Ha de afirmarse que existe ausencia de tipicidad en estos dos supuestos: a) cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales especiales, y puesto que son varias las relaciones y elementos de los tipos, distintas son también las hipótesis que pueden concebirse (atipicidad, propiamente dicha); b) cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica (ausencia de tipo en sentido estricto)" (65).

AUSENCIA DE TIPO: Concretando su pensamiento Jiménez de Asúa señala que "hay verdaderos hechos antijurídicos y culpables ... que por mala técnica del legislador, o por creer éste que no deben recibir los intereses violados la enérgica protección del derecho penal, los descuida o no los fija y define en fórmulas legales" (66).

En el caso concreto del delito de cohecho (en sus dos formas), estimamos la existencia de las siguientes hipótesis de ausencia de tipo en nuestra legislación federal vigente:

(65) Tratado, t. III, p. 940.

(66) *Ibid.*, t. III, p. 946.

1) Cohecho cometido por cualquier subordinado asalariado: Respecto de la antijuridicidad reinante en tal hipótesis nos parece necesario citar a Diego García y Tejera, quien comenta respecto del cohecho al cual denomina "privado", lo siguiente:

"Si el derecho penal existe para garantizar a la sociedad ..., es indiscutible que la ciencia que nos ocupa, tiene que prestar atención al fenómeno general que perturba el medio, no sólo cuando los funcionarios o empleados públicos, por dinero, dádivas, promesas, dejan de cumplir con sus deberes, sino también cuando los particulares los abandonen, estando pagados por alguien (entidad o persona) para que ejecuten algunos actos en provecho de terceros, que por ciertas circunstancias tienen el derecho de exigir el cumplimiento de determinadas funciones; también cuando los particulares los sobornen para que ejecuten los actos en contra de los amos o patrones que los pagan para que defiendan los intereses de ellos en contra de esos terceros con que el dueño o la entidad han de contratar."

"Estamos en presencia en el mundo entero y especialmente en Francia y los Estados Unidos, de una costumbre corruptora que se extiende cada día con mayor auge, invadiendo todos los órdenes de la actividad humana y que por momentos, también tras pasa el confín de un nuevo país, para invadirlo y corromperlo de manera absoluta..."

"... el cohecho privado que surge cuando un empleado-privado o criado, esta pagado por una empresa para que preste determinados servicios al público que con ellos esta en contacto, ataca el orden social también..."

Y, continua Diego Vivente Tejera, "si esto es así, si con la idea de lucro se deja de cumplir un deber lesionando al que tiene derecho a exigir su cumplimiento, porque paga, y a la empresa o particular se le ocasiona uno de los males más grandes, como es el que produce el descrédito de su negocio faltando con ello a su deber, que consiste en este caso, en servir con lealtad a los intereses de quien le paga, el dolo vive en estas acciones y ese acto debe ser previsto como delito en las legislaciones penales del mundo" (67)

Efectivamente, nosotros compartimos las ideas de Tejra y García, pues tan reprehensible es la deslealtad del subordinado asalariado a su patrón (68), como la del servidor público al Estado; y en ambos casos la sociedad resulta ampliamente perjudicada por el vicio de la inmoralidad. También debemos decir que si el cohecho público ataca a la Administración del Estado, el "cohecho privado" vulnera sobremanera a la economía nacional.

Entre las legislaciones vigentes que subsanan en algún modo la omisión que presenta el articulado de nuestro código penal, se encuentran, como ya vimos, las de Francia, Mónaco, Checoslovaquia y Rumania.

2) Cohecho cometido por dirigentes de empresas--- privadas: En algunas ocasiones, principalmente en el ámbito internacional, ha sido observada una conducta de reciente incursión en el comercio: la corrupción de los dirigentes de empresas, con el objeto de que supediten las directrices administrativas y comerciales a los requerimientos de otras empresas, generalmente de mayores dimensiones. Este tipo de cohecho reviste especial importancia si tomamos en cuenta que por regla general las empresas corruptoras lo son las nacionales de países súmamente desarrollados (incluso transnacionales), en tanto que--- las corrompidas son por el contrario las pertenecientes a los países en vías de desarrollo, lo que resulta en franco detrimento para la economía del país subdesarrollado, al ser limitada--- por la empresa transnacional la capacidad de producción de las--- empresas locales. Este tipo de cohecho vendría a ser el complemento del "cohecho privado" simple; y en la actualidad sólo se encuentra sancionado por el código penal austriaco, de manera---

expresa.

3) Cohecho cometido por particulares que prestan un servicio público: Siguiendo a la doctrina administrativista que estima el servicio público como la actividad técnica que, dada la importancia que representa la satisfacción de necesidades colectivas de interés general, es regulada por el Estado a fin de garantizar su extendido y permanencia (69), algunos países, imitando en este punto a Bélgica, han considerado que debe reprimirse la corrupción que pueda existir en los servicios públicos concesionados por el gobierno a los particulares, y no importando si la conducta del cohecho es cometida directamente por los concesionarios o por los subordinados de estos. La norma penal en cuestión resulta lógica y congruente con la tesis del "servicio" sustentada en el Derecho Administrativo, pues constituye un medio extremo de salvaguardar no sólo la regularidad, permanencia y continuidad del servicio público, sino incluye su correcta prestación por los particulares concesionarios y sus empleados, toda vez que resulta evidente que es antijurí-

(68) Tan injustificable es la deslealtad del trabajador asalariado para con su patrón, que el art. 381 de nuestro código penal, en sus fracs. II y VI prevé como agravantes de la pena a algunas hipótesis de tal traición de la confianza, en relación al delito de "robo". Nuestra Ley Federal del Trabajo, patentiza también el deber del trabajador de ser leal para con su patrón en diversas disposiciones legales, así p.e. en los arts. 47 (de las causas de rescisión de las relaciones de trabajo), 134 y 135 (de las obligaciones y prohibiciones a los trabajadores).

(69) Véase nota 49 al cap. 1, p. 43. Al respecto véanse también: Borguense, op. cit., p.p. 457 a 459, comentario al art. 358; y Saltelli, op. cit., vol II, parte prima, p.p. 339 a 346, notas 814 a 810, este último, señala lo siguiente: "el elemento esencial que caracteriza a la persona encargada de un servicio público se encuentra constituido precisamente por la actividad que la citada persona desarrolla" (p. 341, nota 814), así, encargado de un servicio público es la persona "que desempeña una actividad perteneciente al Estado o a otros entes públicos, sin que por ello detente necesariamente la calidad de empleado público". (p. 342).

dica en extremo la conducta de los prestatarios de un servicio público que desempeñan sus funciones a cambio de dádivas y regalos, siendo tal comportamiento violatorio de la confianza estatal que les confirió el servicio en cuestión.

4) Cohecho subsecuente: Es el realizado con posterioridad a la verificación del acto de la función; en algunas ocasiones efectivamente puede darse el caso de que el servidor solicite la dádiva por un acto de su función, justo o injusto, ya realizado, y que el particular ofrezca o de, sin pacto previo, dinero o dádiva para agradecer el acto de la función realizado; en tales casos la conducta no será punible, no obstante a que parezca a todas luces antijurídica (sobre todo la del servidor que solicita, o la del particular que da una vez que el servidor público hizo un acto injusto), pues en todo caso el desempeño del servidor público debe ser gratuito, u oneroso en la medida que eso esté permitido por el Estado.

5) Cohecho para realizar un acto facilitado por la función pero que no emana directamente de esta: La legislación francesa prevé la hipótesis, como complemento del cohecho "de funcionario público o asimilado", y del "tráfico de influencia"; aquí, a diferencia del cohecho, el funcionario o asimilado solicita, recibe o acepta dádiva o promesa, para realizar un acto que no entra dentro de sus funciones, y que es más, no emana de su función, empero que le es facilitado precisamente por su calidad de funcionario público o asimilado; y, se distingue del tráfico de influencias en que el funcionario o asimilado no promueve o gestiona la tramitación o resolución ilícita del negocio público ajeno, ante el funcionario o asimilado competente, sino que el citado acto ajeno lo hace por sí mismo.

ATIPICIDAD: Entendida como la falta de adecuación de la conducta al tipo, nos encontramos con tantas causas de atipicidad como elementos y sub-elementos posea en la especie el tipo penal estudiado. Así habrá atipicidad por la carencia de alguno de los elementos objetivos (sujeto activo, referencia temporal, y referencia a los medios, esto último sólo en el cohecho cometido por particular), subjetivos, y normativos (por considerar el juzgador que la conducta en el caso concreto no encuadra dentro de su valoración del vocablo o término empleado por el legislador) previstos en el tipo penal.

A mayor abundamiento, digamos:

COHECHO DE SERVIDOR:

Por sí sólo creemos que nunca podrá invocarse la falta de objeto de protección como hipótesis de atipicidad, aun que cualesquier carencia de la conducta respecto de los elementos objetivo, subjetivo y normativo, entrañara por regla general la falta de ataque a un bien jurídico protegido. Es decir, si una conducta se adecúa a los elementos objetivo, subjetivo y normativo, necesariamente afectará siempre al objeto de tutela penal de la norma, salvo la existencia de una causa de licitud (hipótesis extraña al elemento tipicidad), por el contrario, casi siempre que la conducta concreta sea omisa respecto de alguno de los elementos del tipo, el bien jurídico protegido será inexistente en consecuencia. Así p.e. siempre que la conducta delictiva se adecúe en todas sus hipótesis al art. 222 frac. I el bien jurídico protegido por el precepto necesariamente se verá afectado siempre. En tanto que, si p.e. quien comete el cohecho de servidor es un subordinado cualesquiera pero de extracción "privada", este hecho, constitutivo de atipicidad por fal-

ta del sujeto activo requerido por el tipo inducirá a la falta de bien jurídico protegido, contra el cual se enderece el ataque.

Atipicidad por falta de sujeto pasivo: Como ya lo hemos visto, el Estado es el principal sujeto pasivo de la conducta ilícita desplegada con el cohecho, sujeto que, dados sus caracteres de abstracción y generalidad, además de omnipresencia, nunca podrá ser ajeno a las conductas corruptoras, de ahí que neguemos que pueda presentarse en el caso concreto este tipo de atipicidad.

Atipicidad por falta de referencia temporal: Si la dádiva o el regalo se solicitan, reciben o aceptan después de que el servidor ha realizado el acto de función (y sin que exista acuerdo precedente), la conducta de éste será atípica por falta de la referencia temporal implícita en el tipo.

Elemento subjetivo: Si el servidor carece del ánimo de lucro indebido motivado por la función que requiere el tipo, no existirá cohecho; así, en el caso de que el servidor acepte el dinero o la dádiva del particular por trabajos que le realice ajenos completamente a su función.

También falta el elemento subjetivo, siendo por tanto atípica la conducta, cuando se encuentra ausente de la mente del servidor público el elemento que se vincula al fin, es decir, cuando la dádiva o el dinero no son entregados por el particular para que el servidor haga o deje de hacer un acto justo o injusto relacionado con su función, así p.e. en el caso de los regalos hechos por razones de amistad o parentesco.

Finalmente, por lo que ve al elemento normativo, la conducta del servidor será atípica si el juzgador estima, en

los casos concretos, que lo dado al servidor por el particular no puede ser considerado dentro del concepto de dádiva.

Ahora bien, por lo que respecta a las atipicidades en el COHECHO DE PARTICULAR, comentaremos lo siguiente:

Siempre que cualquier persona ofrezca dinero a un servidor, para que haga o deje de hacer un acto relacionado con su función, la conducta será típica, constitutiva del delito de cohecho, pues, a diferencia del ilícito que comete el servidor público, en el cohecho de particular no se requiere calidad específica en el activo.

Ahora bien, si el comportamiento corruptor del particular no se encuentra dirigido a un servidor público, sino a otro particular (p.e. empleado de una empresa privada), tal conducta será atípica.

Tal y como acontece en el cohecho de servidor, en el de particular tampoco es dable la atipicidad fundada en la falta de sujeto pasivo, ausencia que no es concebible al ser el Estado un ente omnipresente en toda violación cometida en perjuicio de la Administración Pública.

No habrá cohecho si no se cumple con la referencia temporal prevista en el tipo.

Tampoco se adecuara la conducta del particular al tipo del art. 222 frac. II, cuando éste sea coaccionado por el servidor a dar u ofrecer la dádiva.

La conducta del particular también será atípica si no pretende beneficiarse, de cualquier manera que sea con la entrega del dinero o la dádiva, es decir, si no pretende que el servidor haga u omita algo relacionado con su función.

2) LA ANTIJURIDICIDAD:

Castellanos Tena, siguiendo a Sebastián Soler,-- nos dice que "no basta observar si la conducta es típica, se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación al derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario"(70).

En efecto, como ya lo hemos indicado, el tipo--- constituye sólo un indicio de antijuridicidad, pues describe--- conductas que la sociedad, a través del Estado su representante, estima nocivas para la consecución de sus propios fines (convivencia, paz social, etc.). Indicios de antijuridicidad que de acuerdo al principio "nullum crime sine tipo" son los únicos punibles dentro de una gama más amplia que constituye el todo de la antijuridicidad. Sin embargo, no basta el que una conducta sea típica para que también sea punible (71), pues para ello se requiere, además, que de la valoración objetiva de la misma conducta (valoración basada en el conjunto de normas jurídicas de una sociedad determinada) se desprenda su contradicción con los fines del ordenamiento jurídico. A dicha valoración objetiva-- (que sin embargo comporta elementos subjetivos, en ocasiones),-- es a la que se le ha denominado con las voces de antijuridicidad, ilícito, injusto, entuerto, etc.

En forma simplista ha sido conceptuada la antijuridicidad como lo "contrario a derecho", lo que para Jiménez de Asúa resulta tautológico pues nos dice que "no se ha hecho más que traducir al griego lo que el profano dijo en lenguaje co---

rriente" (72). Verdaderamente, la antijuridicidad es lo contrario a derecho, pero es menester aún precisar este concepto, lo que intentaremos al transcribir a continuación el pensamiento-- de Quintilano Saldaña respecto al hecho antijurídico y sus diferencias con el jurídico:

"El hecho antijurídico es: a) Socialmente, imperio temporal de la coacción. ...

"A) Contenido del hecho antijurídico (la coacción).--- Coacción es un entuerto, procedimiento que, en vista de un fin-- significa obrar torcidamente (gauche), no a derecho (unrecht).

"Coacción es fuerza, al servicio de un fin contrario-- a la justicia sentida y acostumbrada (delito natural) o legislada (delito legal). Por el contrario, contenido del hecho jurídico es la libertad; el derecho puesto al servicio del orden,-- entendido por la razón (derecho natural), y estatuido en las leyes (derecho positivo).

"Coacción es maleficencia; su único fin el mal, como-- resultado fatal de la consideración exclusiva del bien propio-- (egoísmo). Así como derecho es beneficencia, cuyo objetivo es-- el bien de todos (justicia). ...

"Coacción es relatividad, subordinación de la causa-- al efecto, del efecto al fin; cadena circular de medios (como-- el derecho es una relación de condicionalidad). A diferencia-- de la moral, que es orden sustantivo de absolutos bienes, de--- propios, intransitivos, fines.

"Coacción es utilitarismo activo, absoluto, cuya norma es el éxito puro. Cuando el derecho es principio racional-- de quien es sólo derivación el talión laudativo de la reciprocidad (este utilitarismo limitado del mutuo respeto, permuta de-- servicios, igualdad de condiciones).

"Sujeto del hecho antijurídico (la actividad delincuente). La actividad delincuente es denegadora de los medios necesarios para el fin múltiple de la vida. En tanto que la activi

(70)Op. cit., p. 241.

(71)Recordemos que Beling señaló que: "Toda clase de conducta es en ciertas-- circunstancias antijurídica y en otras no".

(72)Loc. cit., "La ley y ...", p. 267.

dad jurídica es cooperación constante por vivir y ser, como exigencia imperiosa (derecho, Fin) y obligación inexcusable (deber, medios).

"La actividad delincuente es anarquista, no reconoce otro que el estado individual; es rebelde al poder del Estado--por mano del Gobierno, en representación de la Nación, que niega (delitos políticos); es enemiga de la sociedad actual mantenida por el Ejército, basada en la propiedad privada, organizada en la familia, unida espiritualmente en la religión (delitos anarquistas). Al contrario de la actividad jurídica, alma de la personalidad del Estado, que integra el Estado social, y sin abdicar de la libertad política (como individuo), y de la libertad civil (como miembro de la familia), con autonomía y autarquía (en el municipio y la provincia)"(73).

Ahora bien, esa valoración objetiva a realizarse por el juzgador, en cada caso concreto, para determinar la naturaleza injusta de cierta conducta (típica), debe basarse no en el derecho penal, que es quien nos da el indicio de antijuridicidad (74), sino en el resto del orden jurídico de la sociedad (derecho civil, laboral, administrativo, etc.), contra el cual el delincuente obra.

La antijuridicidad de una conducta que se adecúa a un tipo en concreto, resalta por el ataque al bien jurídico--protegido por la norma, y sólo carecerá de tal carácter cuando a pesar de dicho ataque la conducta tienda a proteger otros bienes de mayor importancia social.

Si bien es cierto que la antijuridicidad es elemento que matiza al delito todo, y que debe encontrarse en toda

(73) Quintilano Saldaña, en "El Derecho Penal Español", adición al Tratado de Derecho Penal de Von Liszt, t. II, p.p. 314 y 315.

(74) Pues como Beling asevera: "Del sentido de las amenazas penales del Estado se deduce que aquellas sólomente valoran conducta antijurídica, es decir aquella que está objetivamente en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado." (op. cit., p. 21).

conducta típica para que ésta pueda ser objeto de una sanción-- penal, en algunas ocasiones el legislador ha pretendido establecer de manera indubitable la antijuridicidad de la conducta descrita, es decir, establece una "antijuridicidad especial", expresada en el tipo por la utilización de palabras tales como--- ilegítimamente, arbitrariamente, sin derecho, sin justo motivo, etc. Y, en el caso concreto del cohecho cometido por servidor público, nos encontramos ante una verdadera hipótesis de esta-- antijuridicidad regulada de manera especial, según lo dispuesto en el sentido de que la solicitud o recepción deben efectuarse "indebidamente".

Por cuanto a la función de la antijuridicidad especial la doctrina se escinde en dos tesis: a) la que propugna-- que ante la "antijuridicidad especial" establecida en el tipo-- se debe demostrar la consciencia de tal antijuridicidad (en el sujeto activo), y por lo tanto la "ilegalidad debe ser declarada, también en la sentencia" (75); y b) la que estima que la antijuridicidad especial sólo denota la "impaciencia" del legislador (según la expresión de Jiménez de Asúa), por lo que la mención de la misma es innecesaria e irrelevante (76). A esta última tesis nos adherimos, de ahí que concluyamos que en el caso

(75) Loc. cit., Von Lisst, op. cit., t. II, p. 325. Opinan de manera similar: Florian, citado por Maggiore, op. cit., t. I, p. 382, nota 2; Carranca y Trujillo, "Derecho Penal...", p. 406; Maggiore, quien resalta la importancia de la antijuridicidad especial en sentido inverso al de otros autores al pretender que la tipificación de la misma tiene por objeto que el juzgador perciba que en tales casos existen causas especiales de justificación (¿cuales?) (Ib.); y Maurach, para quien en ocasiones la antijuridicidad especial "no se refiere a la total acción típica, sino a una particular característica del tipo", y en consecuencia la acción no será típica si falta dicha antijuridicidad (op. cit., t. I, p.p. 350-351).

(76) Y así lo sostienen entre otros: Mezger (según lo refiere Jiménez de Asúa, Tratado, t. III, p. 113), y Celestino Porte Petit, "Apuntamientos...", p. 489.

del delito de cohecho cometido por servidor público resulta indiferente el que el legislador haya mencionado el vocablo "indebidamente", pues resulta lógico que la conducta del funcionario sólo será delictiva si, en género, es antijurídica, no estimando por nuestra parte que el hecho de que la conducta sea "debidada", conforme a derecho, constituya una atipicidad (como parecen sostenerlo quienes consideran que la antijuridicidad especial forma parte esencial del tipo, como verdadero elemento subjetivo de éste.- 77), sino más bien una causa de licitud, que en la especie puede consistir en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber.

Ahora bien, es de concluirse, con Maggiore, que la antijuridicidad del cohecho "está en general, 'in re ipsa'-- (en el hecho mismo), pues siendo obligatorio para el funcionario el acto del cargo, la retribución es sin causa y por lo tanto intrínsecamente ilícita"(78).

(77) Así p.e. Jiménez de Asúa, Tratado, t. III, p.p. 903-904; y Maurach, op. cit. t. I, p. 351.

(78) Op. cit., t. V, p. 196.

CAUSAS DE LICITUD O JUSTIFICACION.

Constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. Su importancia dentro de la teoría del delito ha sido recalcada por Maurach cuando afirma que "la teoría de la antijuridicidad es, en la práctica, una teoría de lo conforme a derecho, a saber, la presentación de aquellas conductas que, a pesar del cumplimiento del tipo, son, en el caso particular, no-antijurídicas, y por lo tanto irrelevantes para el derecho penal" (79).

La naturaleza de las causas de licitud es precisada por Maggiore al decir que: "La ley, del mismo modo que puede acriminar un hecho, puede desacriminarlo, es decir, puede--- quitarle el predicado de crimosidad, haciendo secundum ius--- (conforme a derecho) lo que es contra ius (contrario al derecho). De esta manera 'justifica' la acción, esto es, se vuelve a poner dentro de la órbita del derecho una acción que debía ser excluída de allí" (80).

El fundamento de las causas de justificación se encuentra, según lo expone Mezger, en los principios de "ausencia de interés" (no existencia del bien jurídico protegido por la norma, o no afectación a éste), y del "interés preponderante" (que se presenta cuando frente al interés protegido surge "otro de más valor que transforma en conducta conforme a Derecho lo que en otro caso hubiera constituido un injusto".-81).

Por lo que hace a las causas de licitud o justificación aplicables al delito de cohecho, principiaremos por se

(79)Op. cit., t. I, p. 347.

(80)Op. cit., t.I. p. 357.

(81)Op. cit., t. I, p.p. 393 y s.s.

ñalar que no lo son (para ninguna de sus dos formas), ni la legítima defensa regulada por la frac. III del art. 15 c.p. (pues no hay agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente para el funcionario corrupto, o ejercida contra el particular espontáneamente cohechador), ni el estado de necesidad -art. 15, frac. IV- (porque no hay peligro---real, grave e inminente que amenace un interés del sujeto activo, y que sea preponderante al bien jurídico tutelado con el delito de cohecho), ni finalmente, el consentimiento del ofendido (pues el sujeto pasivo de mayor importancia en este delito, lo es la sociedad, y por ende el Estado, el que no puede permitir la corrupción ni la inmoralidad entre sus agentes).

Así pues, sólo son aplicables las siguientes causas de justificación:

A) EN EL COHECHO COMETIDO POR SERVIDOR PÚBLICO:

a) EJERCICIO DE UN DERECHO: Nuestro código penal en su artículo 15 establece como circunstancia excluyente de---responsabilidad penal: "V.-Obrar ... en el ejercicio de un derecho consignado en la ley." En el caso del delito de cohecho es aplicable esta causal en todos aquellos casos en que la ley, directa o indirectamente, o la autoridad (competente en términos de ley) faculte al servidor público para el cobro de honorarios por realizar actos relacionados con sus funciones (así p.e. en el caso de policías auxiliares y bancarios, verdaderos servidores públicos en términos del art. 212 del c.p., en relación con los arts. 38, 40 y demás relativos del "Reglamento de la Policía Preventiva del D.F.). Aunque resulta obvio que el acto de función debiera ser "justo" siempre, pues de lo contrario estaremos ante la presencia de un "abuso de derecho", y en consecuen-

cia ante un acto injusto.

b) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER: Es la misma frac. V- del art. 15 la que prevé esta causa de licitud, respecto de la que es necesario recalcar que el servidor público sólo está facultado para recibir lo expresamente señalado por la Ley, siendo indebida una percepción mayor a la legal. Tampoco opera esta causa de justificación cuando el acto que debe realizar el servidor sea injusto, pues en este caso, aún cuando la ley exigiera el cobro de impuestos, derechos, etc., la solicitud de los mismos sería antijurídica, toda vez que no puede facultarse al servidor a atacar el Derecho.

B) EN EL COHECHO COMETIDO POR PARTICULAR:

Sólo es dable el cumplimiento de un deber legítimo (pago de impuestos, derechos, etc.), cuando da, de manera espontánea, el dinero o la dádiva que sabe ser debida, para la realización exclusiva de un acto justo.

CAPITULO V.

CAPITULO QUINTO
PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

PUNIBILIDAD.

Es la consecuencia prevista en la ley del hecho-típico, antijurídico, imputable y culpable. En relación a la-- misma Jiménez de Asúa indica que "conforme al significado res-- tricto del término, es la posibilidad de penar, y en verdad lo-- que queremos expresar no es que un acto pueda ser susceptible-- de pena, sino que ya la tiene conminada en las leyes vigentes"-- (1).

La naturaleza del elemento en estudio ha sido--- ampliamente analizada por la doctrina, la cual divide opiniones, al concederle la calidad de elemento (o característica o aspec-

(1) Tratado, t. VII, p. 107.

to) del delito, o de consecuencia de éste.

Entre quienes lo conciben como verdadero elemento del delito destacan Liszt (2), Belling (3), en Alemania; y en nuestro país Pavón Vasconcelos, Carrancá y Trujillo, y Celestino Porte Petit (4).

Por nuestra parte, estimamos también que se trata de un verdadero elemento del delito, pues pensamos que es correcta la postura asumida por Liszt, quien señala que la punibilidad es la diferencia específica del delito dentro del género del acto culpable; "porque la antijuridicidad y la culpabilidad son el género próximo; la penalidad constituye en el acto delictivo su última diferencia" (5). Y si bien la punibilidad es un elemento del delito, ello no está referido con su situación de consecuencia del hecho antijurídico, pues "justamente que el hecho ilícito acarree esa consecuencia es lo que lo separa de las demás acciones antijurídicas" (6).

Recalquemos finalmente el hecho de que la punibilidad no es otra cosa que la "amenaza estatal de imposición de sanciones, si se llenan los presupuestos legales" (7).

(2) "El delito es el 1) acto 2) culpable, 3) contrario a derecho y 4) sancionado con pena; los tres primeros caracteres lo son del acto culpable, el cuarto es el carácter específico del delito" (op. cit., t. II, p. 254).

(3) Quien considera que los restantes elementos del delito son "presupuestos de la punibilidad".

(4) Pavón, op. cit., p.p. 414 y s.s. (quien por cierto sigue en todas sus partes los planteamientos que al respecto hace Jiménez de Asúa); Carrancá y Trujillo, "Der. Penal ...", y en la "Interpretación dogmática de la definición del delito en la legislación penal mexicana" (Criminalia, año XXVII, # 6), p.p. 388 y 389; y Celestino Porte Petit, "Apuntamientos...", p.p. 248-249, e "Importancia de la dogmática...", p. 59 y s.s.

(5) Loc. cit. Jiménez de Asúa, Tratado, t. VII, p. 133, quien sitúa a la punibilidad, al lado de la tipicidad, como los dos caracteres específicos del delito, siendo seguido por Pavón Vasconcelos, op. cit., p.

Por cuanto hace a la punibilidad en el delito de cohecho, es de señalarse que la legislación penal vigente en--- nuestro país, ya tiene conminada una pena aplicable, según el-- caso, tanto al servidor público corrupto, como al particular co-- rruptor.

Habiéndonos referido ya a la punibilidad, elemen-- to del delito, de lo expuesto se desprende que el estudio de la misma resultaría incompleto si no se analizara a la pena (tanto en lo general como en lo particular), motivo por el que, a con-- tinuación, nos abocamos a su estudio.

La pena ha sido concebida por la bibliografía,-- aproximadamente en términos similares a como la conceptúa Liszt, para quien "es el mal que el juez penal inflinge al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con res-- pecto al acto y al autor" (8).

La pena es pues la consecuencia del delito, la-- aplicación de la sanción prevista en la ley al ejecutor del de-- lito en concreto. Ahora bien, a resultas del pensamiento "clá-- sico" la mayoría de las legislaciones vigentes prevén de manera específica penas "relativamente determinadas" en cuanto a su ca-- lidad o clase (es decir de acuerdo al derecho o derechos de que se priva al delincuente, p.e.: de muerte o capital, afflictivas, pecuniarias e infamantes) y en relación a la cantidad o medida-- (período durante el cual se privará al reo de sus derechos, o--

(6) IDEM.

(7) Loc. cit. Castellanos Tena, op. cit., p. 363: el autor en cuestión, por cier-- to, concibe a la punibilidad no como elemento, sino como la consecuencia del-- delito.

(8) Op. cit., t. II, p. 197: para Mezger "La pena es retribución, esto es, una-- rprivación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto cul--

se verá afectado en ellos, cuando sea posible tal valoración).— Cuando la clase o especie de pena aplicable a un delito en particular es susceptible de poseer diversas magnitudes, el legislador establece la cantidad por medio de los llamados "marcos" o "escalas" penales, en los que se prevé tanto la cantidad máxima como la mínima imponibles al infractor de la ley penal; y,— dentro de tales límites, el juzgador deberá hacer uso de su criterio para la imposición de sanciones (9).

Las penas imponibles a los delitos han sido establecidas por el legislador, de acuerdo a criterios mensuradores de la antijuridicidad constitutiva de cada ilícito en particular; correspondiéndonos ahora el estudio de esos criterios en el caso del delito de cohecho cometido por servidor público, en tanto que más adelante analizaremos los correspondientes al cohecho cometido por particular:

1) El primer criterio en que se fundamenta la penalidad del delito de cohecho de servidor público ha sido establecido en relación al acto respecto al cual se dió la "venta de función", de acuerdo con este criterio son tres las corrientes que siguen los códigos penales vigentes:

a) La de mayor aceptación hoy día (por su rancia-

—pable (imposición de un mal adecuado al acto)! op. cit., t. II, p. 381; Carrara, nos dice que "pena en sentido especialísimo, denota el mal que la autoridad pública le inflige a un culpable por causa de su delito" (op. cit., t. II, p. 34, # 582); y Baling la considera el "sufrimiento que el ordenamiento jurídico hace seguir a un determinado hecho ilícito para el autor de éste" (op. cit., p. 1).

(9) En nuestro país, el juzgador normará su criterio "teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente", según lo dispuesto en los arts. 51 y 52, c.p.

tradición.- 10), es sin duda alguna la que de manera casuística impone penas atendiendo a la mayor o menor gravedad de la falta a los deberes de probidad, honestidad y lealtad (o en una palabra al deber de moralidad) del servidor público, gravedad que-- se determina con base en el acto de función que motivó el cohecho.

Las legislaciones que adoptan este método de mensuración de la penalidad imponible al delito, distinguen entre lo que la doctrina ha dado en denominar cohecho pasivo "propio" e "impropio"(11); entendiéndose por cohecho propio, aquel en--- que incurre un funcionario cuando el acto, objeto de la venta, es injusto, pudiendo incluso ser constitutivo de delito; en tanto que el "impropio" implica la voluntad de realizar el acto--- "justo" a cambio de dádiva.

Antes de continuar con el estudio de esta corriente, nos parece necesaria la comprensión del acto justo y del injusto, por lo que pasamos al estudio de los mismos:

(10) Así p. e., todos los códigos mexicanos anteriores al vigente se basaron en la corriente señalada: y en el extranjero se acogen aún a la misma: Alemania-- Federal (arts. 331 y 332), Austria (304), Bélgica (246-247), Bolivia (344 a--- 350), Bulgaria (259), Colombia (160-161), Chile (248-249), República Dominicana (177-178), Ecuador (260 y s. s.), España (335-339), Guatemala (279-281), Grecia (235-236), Haití (137-139), Holanda (362-363), Honduras (384-386), Italia (318-319), Nicaragua (273-275), Noruega (112-114), Liechtenstein (104-105), Luxemburgo (246-248), Panamá (160-161), Perú (349-350), Portugal (318), San Salvador (331-332), Suiza (315-316), Turquía (211, 213), Uruguay (157-158), Venezuela (198-199), Yugoslavia (325), etc.

(11) Por nuestra parte criticamos esta clasificación doctrinaria por considerar que es inadecuado llamar cohecho "impropio" a un delito que cumple con todos-- los requisitos que la ley señala al cohecho en general, configurándose una "venta de función", y violándose el bien jurídico que encontramos en todo delito-- de cohecho: el normal funcionamiento de la administración pública en relación con la obligación de moral profesional del servidor público. Así pues estimamos que en las legislaciones extranjeras que adoptan el sistema que venimos estudiando el llamado "cohecho impropio" constituye en realidad el tipo básico-- o fundamental del cohecho, en tanto que el cohecho propio, y las demás subespecies de cohecho, son tipos agravados. Vid Maurach, op. cit., t. I, p. 281 y s. s.

Al respecto indicaremos que el acto justo (12)-- es aquel que se desenvuelve conforme a los deberes del servidor público, es lo debido, a lo que está obligado; para Maggiore es el acto legítimo, el acto del cargo (13), y, por su parte, Bernal Pinzón señala: "es el acto en el cual se concreta la actividad propia del funcionario público, o sea aquel acto que realiza el funcionario atendiendo a sus funciones específicas, cumpliendo a cabalidad el mandato legal"(14).

Acto injusto es por el contrario el acto que se realiza en violación de los deberes del cargo, contrario a las funciones específicas y generales del servidor público. Bernal Pinzón afirma que "comprende todo acto que esté en contraste--- con las normas jurídicas o con las instrucciones del servicio,-- como también con el uso del poder discrecional"(15). Saltelli-Romano di Falco indica que el acto injusto "es el ilegítimo por incompetencia, exceso de poder o violación de la ley, pero siempre perteneciente a la función"(16). Camaño Rosa precisa además que "es todo lo que va contra alguna norma jurídica o alguna instrucción de servicio que regule la actividad administrativa"(17). Finalmente, citemos a Casas Barquero, quien señala:

(12) En algunas legislaciones no se sanciona el cohecho para acto justo (así p. e. en el código penal de Alemania Democrática): en tanto que en otras sólo sanciona si la dádiva recibida es de gran valor, o si la conducta deshonestadel servidor es reiterada (así lo dispone p.e. el art. 304, párrafo tercero del c.p. austríaco: "El que exija, acepte o se haga prometer un beneficio pecuniario de poco valor, no será sancionado sino cuando la conducta sea cometidaconstantemente"), en este último caso nos encontramos ante un verdadero delito "plurisubsistente".

(13) Op. cit., t. V, p. 193.

(14) Op. cit., p. 128.

(15) *Ibid.* n. 131.

(16) Citado por Camaño Rosa, op. cit., p. 299

"Injusto es valorar y ofrecer el uso arbitrario de las prerrogativas o facultades que confiere una función pública de cuyo ejercicio pueden derivarse consecuencias indebidas muy diversas y antagónicas para los intereses de la persona a que tal pretensión se dirige"(18).

Siguiendo a Manzini debemos asertar el hecho de que el acto injusto comprende a la omisión y el retardo del acto justo, porque en ambos casos encontramos violación a los deberes del cargo; y lo mismo diremos de la "abstención del acto injusto", pues aquí el funcionario, infringiendo sus deberes, coacciona al particular para que éste le de la dádiva ante el temor de ser objeto de la injusticia (19).

De acuerdo con el criterio estudiado, las legislaciones imponen penas distintas según que el cohecho se hubiere efectuado para:

	-acto justo (cohecho impropio).	
acción u omisión de		-constitutivo de delito.
	-acto injusto	-acto injusto.
	(cohecho	-abstención de acto in-
	propio).	justo.
		-omisión de acto justo.
		-retardo del acto justo.

No obstante el notorio casuismo que nos ofrece--

(17) *Idem*.

(18) *Op. cit.*, p. 333.

(19) *Tratado*, t. 8, p. 259.

este sistema, algunos ordenamientos jurídicos extranjeros lo--- han adoptado hasta sus últimas consecuencias, al establecer a-- gravantes de la pena que se fundan en la especial calidad del-- acto de función (independientemente considerado o relacionado-- con la específica calidad de un servidor público).

Así en Italia (art. 319), cuando el acto consis-- te en "atribuir empleos públicos, subsidios, pensiones, distin-- ciones honoríficas o en la conclusión de contratos en los que-- esté interesada la Administración"(20).

En Portugal, se agrava la pena imponible a jue-- ces y jurados que se hubieren dejado corromper para pronunciar-- sentencia, y, en materia criminal, para dictar "resoluciones"-- en favor del acusado (art. 319); y lo mismo ocurre en Argentina (art. 257), y en Perú (art. 351).

Finalmente, en Turquía, en relación a los "procu-- radores de la República" (agentes del Ministerio Público) y sus sustitutos, es agravado el cohecho que cometieren con la finali-- dad de "abstenerse del ejercicio de la acción penal", tanto a-- nivel persecución (fase indagatoria), como procesal (art. 215).

b) La amplia crítica que ha sido efectuada por--- los tratadistas, en el rango internacional, contra el casuismo-- excesivo de que adolece el criterio de mensuración de la pena-- antes expuesto, ha conducido en algunos países a establecer, me-- diante fórmulas sencillas, una pena única, de marco penal am-- plio, aplicable al funcionario corrupto en razón del tráfico---

(20) En este punto la legislación italiana es seguida en América Latina por Pa-- ramá (art. 360), Uruguay (158), y Venezuela (art. 199).

del acto de función, sin que interese al legislador el específico carácter (delito, injusticia, etc.) del acto en cuestión.

A esta corriente se adhieren, entre otros, los códigos penales de Argentina (256), Cuba (170), Costa Rica (368), Brasil (317), Finlandia (art. 1 del cap. XL), Francia (177), Mónaco (141), Polonia (290), Rumania (254), la Unión Soviética--- (173), y nuestro país (art. 222, frac I).

c) Finalmente, la última corriente sanciona al funcionario público por la indebida solicitud, recepción de dádivas o aceptación de promesas, pero sin tomar en consideración, para nada, al acto de función.

Así verbigracia el art. 27 de la Ley Criminal para Groenlandia dispone: "Será condenado por corrupción pasiva-- el que, en el ejercicio de una función o de un cargo público,-- recibe, exige o se hace prometer, de manera ilícita, dádivas u otros beneficios". Y en términos similares encontramos redactados a los códigos de Dinamarca (144), Islandia (128) y San Marino (260).

COMENTARIO: Respecto de cual de los tres criterios para determinar la pena al delito de cohecho es más aceptable, diremos lo siguiente:

Aquellos ordenamientos que de manera casuística-- prevén al cohecho por el acto específico vendido, adolecen en primer lugar de innumerables errores técnicos (omisiones y lagunas) provocados precisamente por el excesivo casuismo con que se encuentran redactados (21); además tal regulación resulta-- contraria a la esencia del delito de cohecho, pues ya Carrara--

enseña que "el delito de baratería está completo en sus caracteres esenciales ... tanto si el acto es intrínsecamente injusto..., como si es justo en sí mismo ..." (22), de lo que ha de concluirse que la división del mismo resulta técnicamente inadecuada. Finalmente, contra la corriente en cuestión digamos que no en todos los casos es fácil apreciar la injusticia o licitud---del acto, apreciación que se dificulta sobremanera "cada vez---que el acto representa el ejercicio de poderes discrecionales,--sin que se excedan los mismos" (23).

Frente a tales desventajas, encontramos un sólo aspecto positivo, aunque de gran peso, en la corriente analizada; a saber, el que no se deja al puro arbitrio del juzgador la función de medir la gravedad (antijurídica) de la conducta desplegada por el delincuente, pues esta ya se encuentra delimitada de manera precisa, por la diversa pena que para el acto justo y el injusto ha prescrito el legislador.

Respecto de la segunda corriente, señalaremos---
que subsana las omisiones y lagunas en que, como hemos visto,--

(21) Véase al respecto José Peco ("Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho"; en "La Ley", Revista Jurídica Argentina, t. 71, 1953, Argentina, p.p. 1-3, # 1 a 6 y 8 a 10); a guisa de ejemplo diremos que el autor en cuestión refiere, entre otros, el error en que incurre la legislación argentina, al prever en un artículo el tipo básico del delito de cohecho de "funcionario público (256), y en otro diverso (257) el agravado del juez, pues en el primero la recepción de la dádiva establece la ley que deberá hacerse por sí o por persona intermedia, en tanto que el segundo, al referirse al juez, no alude al "intermediario", lo que trae por consecuencia la duda en la doctrina de si podrá ser sancionado el juzgador que reciba por intermédita persona. Otro ej. se desprende de los mismos arts., pues el 256 prevé que la aceptación puede ser de "dinero o cualquier otra dádiva", en tanto que el siguiente sólo se refiere a las dádivas.

(22) Op. cit., t. V, p. 94, # 2550.

(23) Loc. cit. César Pedrazzi, op. cit., p. 330.

incurre el sistema casuista, es, además, acorde con la esencia del delito de cohecho cometido por servidor público, y, finalmente, no presenta la problemática que implica el establecer de manera indubitable la justicia o la injusticia del acto (para-- aplicar en su caso uno u otro tipos); pero en revancha, concede amplias facultades al juzgador para apreciar al acto y al autor lo que en un momento dado puede resultar contraproducente frente a jueces deshonestos o faltos de criterio jurídico; no obstante ello, nos parece que este sistema es y será siempre el--- más adecuado y correcto.

Por cuanto hace al tercer sistema, el que sanciona al funcionario por la recepción "indebida", indicaremos que no regula al verdadero tipo de "cohecho" (pues nosotros consideramos que el carácter específico de éste lo da la "venta del acto de función"), sino que establece al "crimen repetundarum" romano, en general, siendo por tanto comprensivo tanto de las conductas particulares del cohecho, como de la concusión, el tráfico de influencias, y de otras figuras delictivas más que con el paso del tiempo se han ido desprendiendo del género.

2)Un segundo criterio de mensuración de la pena se basa también en el acto de función, pero ahora, atendiendo a la realización, efectiva o no, del mismo.

Criterio establecido en algunas legislaciones vigentes, regula con penalidad menor la hipótesis de que realizada la corrupción no se lleve a cabo el acto de función que motivó el delito; sancionandose más gravemente al funcionario, si-- el acto de función, respecto del cual se dió el cohecho, se verificó efectivamente a consecuencia del delito. En esta segun--

da hipótesis los ordenamientos jurídicos consideran estar ante la presencia de un verdadero delito "cualificado por el resultado" (24), aunque hemos de indicar que tal criterio para establecer penas al delito de cohecho pasivo es erróneo, ya que choca con la estructura técnica del delito de referencia, el cual como ya hemos visto es de "resultado formal", y por tanto conducta y resultado se identifican en el tiempo, de lo que ha de concluirse que la efectiva realización del acto de función no es el resultado del delito, sino a lo más una consecuencia (y no la más importante de éste). Por otra parte, el cohecho se consuma al solicitar, recibir o aceptar promesa de dádiva o dinero, sin que interesen los acaecimientos posteriores al despliegue de la actividad delictiva del servidor público (25). Se adhieren a este sistema Brasil, Ecuador, España, Liechtenstein, Portugal, Turquía y San Marino.

3) Otro criterio seguido por los códigos punitivos en vigor, tiene su fundamento en las "formas de manifestación de la voluntad del servidor público, constitutivas del delito de cohecho". De acuerdo con este criterio se sanciona con mayor gravedad al servidor público que solicita, exige o extorsiona la dádiva (posición activa), que al que se concreta a re-

(24) Vid Mezger, op. cit., t. II, p. 116, quien señala que son aquellos en los que "tomando en cuenta un resultado especialmente grave del acto, se prescribe una pena especialmente grave".

(25) Grillo Loncoria, al comentar el nuevo c.p. cubano dispone además que la distinción de penas por la ejecución o no del acto de función "no tiene razón de ser si recordamos que el daño o peligro a la Administración o a la jurisdicción es independiente de la realización o no del acto..." (op. cit., p. 152).

cibir o aceptar (actitud pasiva), por haber considerado el legislador, y con justa razón, que la solicitud del beneficio de parte del servidor público denota una mayor peligrosidad de éste, que la que demuestra el empleado que sólo acepta o recibe.

Tal criterio agravante de la pena es seguido por el art. 262 del c.p. de San Marino: "Si la concusión (26) presenta el carácter de extorsión, y si el funcionario hizo uso de amenazas o de cualquier otro acto de naturaleza propia a inspirar el temor del particular, será sancionado con..."

El igual postura adopta el ordenamiento penal de la Unión Soviética, al disponer en el párrafo tercero del art. 173 lo siguiente: "Los mismos hechos (constitutivos del delito de cohecho) cometidos en relación con maniobras de extorsión de los beneficios recibidos, serán castigados con..."

4) El cuarto criterio de mensuración de la pena del delito de cohecho cometido por servidor público, se fundamenta en el monto de la dádiva recibida o esperada, para calificar la gravedad del acto y por ende para precisar la pena imponible al mismo.

Creemos que este sistema de mensuración es totalmente inadecuado, pues el servidor público que se encuentre muy necesitado, económicamente hablando, cometerá el acto de mayor injusticia por una cantidad mínima de dinero, y a pesar de ello será sancionado en forma leve.

(26) Vid supra en este mismo capítulo. el comentario acerca del sistema de mensuración de las penas que se basa en la recepción indebida de la dádiva sin atender al acto de la concusión, p. 233.

5) Un último criterio, agravante de la pena, también es subsidiario del de acto de función, y atiende a la calidad específica del delincuente; así, nos encontramos en las legislaciones con que se agrava la penalidad imponible al que cometa el cohecho pasivo, si dicho sujeto detenta la calidad de juez, prud' homme, magistrado, procurador, etc. (27), pues se considera que tales funcionarios, además de su deber genérico de lealtad y honestidad hacia el Estado, tienen un deber especial de moralidad frente a la Sociedad, dada la importante y trascendente actividad o función que desempeñan (generalmente vinculada con la administración de justicia, aunque es de señalarse que en el derecho de los países socialistas relacionada sobremedida con la Economía Nacional, así p.e. en la URSS, en que se agrava la pena al funcionario que ocupe puestos de dirección).

No obstante el elevado espíritu de protección social que fundamenta a este criterio, el mismo resulta inadecuado por su excesivo casuismo, que ocasiona lagunas y por ende injusticias al no prever, de manera exhaustiva, a todos aquellos servidores públicos que por su actividad pueden, en un momento dado, provocar un grave perjuicio para los intereses de los ciudadanos. A manera de apoyo a lo dicho, nos parece necesario citar la opinión de José Peco, para quien "es evidente que un Presidente de la República, un gobernador de provincia, un ministro nacional, un legislador, pueden cometer un cohecho que importe un delito tan grave y ocasione un daño tan considerable como el que puede ocasionar un juez, y aun mayor" (28).

(27) Vid supra, cap. 3, el sujeto activo del delito, n.º. 103-106.

(28) Loc. cit. José Peco, op. cit., p. 3, # 11.

Respecto de nuestra legislación, diremos que se adhiere en primer lugar al criterio de mensuración de penas que atiende al acto de función, sin apreciar la justicia o injusticia del mismo; complementándose la punibilidad con el criterio a nuestro juicio erróneo, del monto de la dádiva. Así pues, el delito en estudio tiene conminada en nuestra ley (29), no obstante las acres críticas de que ha sido objeto, una pena aflictiva de prisión (30), consistente en la "privación de la libertad" (arts. 24 y 25 c.p.) que se sufrirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señale la Secretaría de Gobernación (art. 27 frac. XXVI LOAPP). Ahora bien, si la cantidad o el valor de la dádiva o promesa no excede de 500 veces el salario mínimo diario vigente en el D.F. al cometerse el delito, y cuando el don no sea valuable, la prisión será de tres meses a dos años, y si la dádiva excede de 500 veces el salario mínimo, el marco legal fija como mínimo dos y como maximo catorce años de pena privativa de libertad (31).

(29) En otros países la pena imponible al delito en cuestión fluctúa desde la simple destitución del cargo e imposición de multas, hasta la pena de muerte en los casos de extrema gravedad, pasando por las penas privativas de libertad, incluyendo la que se fije a perpetuidad.

(30) Aflictivas, nos dice Carrara (op. cit, t. II, p. 113, # 663), son "las penas que hacen sufrir físicamente al culpable sin llegar a quitarle la vida": además de la pena de prisión, podemos contar, como aflictivas, a las proscritas por nuestro art. 22 const., de mutilación, azotes y palos. Respecto de la pena de prisión García Ramírez ("Las sanciones en el Derecho Penal Mexicano") señala que su mayor contradicción es "la que resulta del encuentro entre el ideal de la readaptación para la vida libre, esto es, una educación para la libertad, y el hecho de que este proceso se pretenda resolver, precisamente en cautiverio" (p. 143): sin embargo, añade: "La prisión, que llegó a la escena de las sanciones para relevar a las penalidades corporales, rodeada de grandes esperanzas, es en nuestro tiempo ya una pena clásica y envejecida. (pero) Pese a su fracaso y contradicciones continúa siendo la sanción más difundida" (p. 142).

(31) Si la sanción impuesta no rebasa los tres años de prisión, el juzgador podrá sustituir tal pena por tratamiento en libertad o semi-libertad (art. 70)

Junto con la pena de prisión, nuestro código establece al cohechado sanción pecuniaria (art. 24 frac. VI), comprensiva de las penas de multa y reparación del daño (art. 29). Por lo que ve a la multa, si el monto de la dádiva o promesa no excede de quinientas veces el salario mínimo, será de 30 a 300 días-multa (art. 29 del c.p., y 3 transitorio de las reformas-- al código en cuestión, aprobadas el 29 de diciembre de 1983.-32); y para los casos en que el monto de la dádiva, promesa o "pres-tación" sea superior a quinientas veces el salario mínimo: de-- 300 a 500 días multa; en el entendido de que "el día-multa equi-vale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento-de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos".-- En casos de insolvencia económica, la autoridad judicial se en-cuentra facultada para sustituir, parcial o totalmente, la mul-ta por trabajo en favor de la comunidad.

Reparación del daño: el art. 30 frac III estable-ce la obligación del servidor público de enterar al Estado "has-ta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito", además de estos. Si la redacción del precepto citado-

--frac. II); cuando no exceda de dos años podrá otorgar la condena condicional- (art. 90 c.p.): y cuando no exceda de un año, el servidor público podrá verse beneficiado con la sustitución, ya por multa o bien por trabajo en favor de- la comunidad (art. 70, frac. I).

(32)Respecto a los motivos que determinaron la adopción del sistema de días-- multa, la iniciativa presidencial de fecha 28 de noviembre de 1983, disonía: "Por lo que toca a la multa, nuestro código tantas veces reformado, incluye-- ya, superpuestos, dos sistemas diferentes: en la mayoría de los casos, las-- multas se fijan en números absolutos de pesos: en otros, se establece en fun-ción de días de salario mínimo. Ninguna de estas soluciones parece suficiente y equitativa. La fijación de pesos ha creado grandes desproporciones en las-- multas, además de que se ve rápidamente superada por el cambio de la situación económica en general. El establecimiento de multas en función de días de sa-lario mínimo, que tiene la ventaja de reconocer mayor dinamismo en el movi-- miento de las multas, presenta por otra parte, notable inequidad, en cuanto-- trata igualmente a los desiguales, puesto que para todos fija el mismo concep-

ción que tenga el reo actualmente, la inhabilitación deja sentir sus efectos a futuro, comenzando al concluir la pena privativa de libertad.

Finalmente, nuestro código prevé el decomiso y pérdida de la dádiva (arts. 24 # 8, y 40) relacionada con el delito y recibida efectivamente por el servidor; esta pena, implica la pérdida del derecho de propiedad que el servidor público tenía sobre la dádiva indebidamente recibida.

Criterios de imposición de penas al tipo de cohecho de particular:

1) Un primer criterio considera que debe imponerse al particular "corruptor", igual pena que al funcionario corrupto, situándose en igualdad la antijuridicidad de uno y otro sujetos, pues, "si es verdad que el funcionario público posee un deber de fidelidad que es sólo suyo, también es verídico que el corruptor explota frecuentemente la situación de superioridad económica para desviar la función pública del cumplimiento de sus deberes"^a(35). De acuerdo con este primer criterio la pena, desde el punto de vista legislativo, debe ser igual para el corruptor que para el corrompido, dándose oportunidad al juez de que aplique su criterio, de acuerdo con las circunstancias personales de los inculpaos, atendiendo a quien indujo el tráfico de la función, el motivo que tenía el particular para promover el cohecho, etc.

Se adhieren a este sistema de imposición de san-

(35) Loc. cit. Pedrassi, op. cit., p. 328.

ciones: Argentina, Bélgica, Brasil, Ecuador, España, Francia,-- Guatemala, Honduras, Italia, Liechtenstein, Mónaco, Nicaragua,-- Portugal, Panamá, República Dominicana, San Marino, San Salva-- dor, Suecia y Suiza, así como nuestro país.

2) Se señala pena menor que al funcionario: Las legislaciones que adoptan este criterio (36), se fundan en la idea de que el particular ha sido coaccionado por el funcionario para dar la dádiva (37); en este mismo sentido han estimado conveniente sancionar al particular sólo si promovió el acto injusto, pero no el justo (38); en tanto que otros códigos, con-- justa razón, no sancionan al particular si la dádiva le fue solícitada por el servidor, al cual denuncie (39).

(36) Así en: Alemania Federal, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Checoslovaquia, Perú, Polonia, Rumania, Turquía, URSS, Uruguay, Yugoslavia, Dinamarca, Finlandia, Holanda y Noruega.

(37) Así lo hace notar Tejera y García (op. cit., p. 362) al indicar que: "el que tiene que esperar un acto de un funcionario público, y para ejecutarlo se le exige una dádiva, se encuentra de tal modo coaccionada su mente con la idea de no poder obtener lo que desea (sea justo o injusto) que es lógico que la dádiva se otorgue; y dentro de las ideas científicas que predominan es mucho menos peligroso el que ofrece la dádiva y tiene por fin de su acto obligar al funcionario a faltar a su deber; pues él sólo ha delinquido porque ha ello lo ha compelido la exigencia por parte del funcionario público". Carrara, por el contrario, se opone a esta atenuación de la pena por considerar que en muchas ocasiones el particular es "primera causa moral del delito" (op. cit., t. V, p. 107, # 2562), pudiendo quizás apoyarse el pensamiento de este autor con la conocida redondilla de Sor Juana Ines de la Cruz: "¿Cuál mayor culpa ha tenido/ en una pasión errada/ la que cae de rogada, o el que ruega de caído/? ¿O cuál es más de culpar, aunque cualquiera mal haga/ la que peca por la paga/ o el que paga por pecar?" (Hombres necios).

(38) La circunstancia de sólo sancionar el cohecho para acto injusto tiene mucho que ver con la costumbre; al respecto, Carrara señala que: "La razón principal de esta doctrina consiste en que cuando el particular tiende a un acto injusto no tiene causa que lo induzca a derrochar voluntariamente su dinero, de manera que si se ha prestado a ello se debe presumir que ha sufrido la coacción impuesta por el magistrado venal; y en ello no hay delito, porque aquél lo hace con la conciencia de gastar lo propio sin lesionar los derechos de nadie" (op. cit., t. V, p. 94, # 2550).

3)Agravante por la calidad del funcionario público al que se corrompe: Aquí, al igual que como vimos en relación al cohecho de servidor público, la sanción se aumenta en razón de la importante tarea encomendada a un determinado servidor público en concreto, al cual se corrompió o se intento corromper (Así p.e., en Argentina, Alemania Federal, Holanda y---Turquía).

4)Agravante fundada en la calidad específica del corruptor: En algunos países, como Argentina, Colombia y Costa Rica, se regula la hipótesis de que el "cohecho activo" o de---particular, sea cometido por un funcionario público, razón por la cual, la sanción imponible al delito se ve agravada con la---"destitución e inhabilitación" del funcionario cohechante.

5)Siguiendo un sistema ya criticado por la deficiencia presentada en su técnica legislativa, algunos ordenamientos sitúan como circunstancia agravante de la pena del tipo básico de cohecho a la realización efectiva del acto de función.

6)Finalmente, diremos que algunos ordenamientos penales de origen latino, recogen una hipótesis de no exigibilidad de otra conducta (40) que han plasmado como atenuante de la

(39)En nuestro país, según Carrancá y Trujillo ("Código Penal Anotado", 8a.---ed., nota # 645), si el particular da la dádiva solicitada por el servidor,---deberá ser sancionado como cómplice del delito de cohecho cometido por funcionario, al no haber dado espontáneamente el presente. Ello, sin embargo, no---nos parece adecuado si el monto de la dádiva es mínimo y el acto a realizar---es justo, pues como dice Carrara, en tal hipótesis el particular actúa sin la conciencia de lesionar a nadie, y virtud a la coacción del servidor.

(40)Carrara (op. cit., t. V, p. 107, nota 1 al # 2563), la nombra "regla de---humanidad -y por mejor decirlo-, de absoluta justicia, que nunca permite que la ley penal exija que se conculquen los afectos de la naturaleza".

pena del delito de cohecho cometido por particular, y que consiste en la figura del soborno cometido en causa criminal a favor del reo, provocado ya por él mismo o por sus allegados. Prevén a tal atenuante: Chile (art. 250), España, Guatemala (286),--- Honduras (390), Nicaragua (279), Portugal (321) y San Salvador (336). Esta atenuante, según Guello Calón, "toma en cuenta los sentimientos de cariño nacidos de los lazos de familia y el vivo deseo de evitar la mancha arrojada sobre su buen nombre por la condena recaída sobre alguno de sus próximos parientes"(41).

Ahora bien, nuestra legislación se acoge al criterio que propugna por el establecimiento de sanciones idénticas tanto para el particular como al servidor público, de ahí que para el estudio de las penas imponibles al cohechante o corruptor nos remitamos a lo expuesto hojas atrás. Así pues, sólo cabe la pregunta de si la destitución e inhabilitación previstas en la Ley se impondrán también al particular (entiendase corruptor), cuando detente la calidad de servidor público, tal y como acaece en las legislaciones de Argentina y Costa Rica. A nuestro modo de ver, si deben aplicarse tales penas, por no---existir disposición en contrario, y sí la mención de que "Al que comete el delito de cohecho se le impondrán las siguientes sanciones: ... y destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión pública"; además, ello resulta teleológicamente aceptable si tomamos en consideración que el servidor

(41) Op. cit., t. II, p. 373.

que corrompe, o intenta corromper, a otro servidor, acusa tal--
inmoralidad que es de presumirse que actuará también inmoralmen--
te al desempeñarse él como servidor público, dejando a los ciu--
dadanos, por ello, en estado de indefensión.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Aspecto negativo de la punibilidad, respecto de--
las mismas nos dice Jiménez de Asúa que son aquellas que "hacen
que^a un acto típicamente antijurídico, imputable a su autor y---
culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pú--
blica"(42), y "aparecen taxativamente admitidas junto al delito
que legalmente se perdona"(43).

Nuestra legislación vigente no contempla excusa--
absolutoria ninguna para el delito de cohecho, en ninguna de---
sus dos formas, sin embargo, ello si se presenta en otros paí--

(42)Loc. cit., Tratado, t. VII, p. 138; más adelante el autor nos indica la--
causa de la existencia de excusas absolutorias: "por motivos atinentes a la--
relación personal o a la peculiaridad de la conducta concreta del sujeto, la--
ley perdona la pena".

(43)Loc. cit. La ley y el delito, p. 434.

ses (44).

1) Cohecho cometido por servidor público:

a) Excusa absolutoria por autorización de la autoridad competente: El código penal de Alemania Federal establece en el tercer párrafo de su art. 331, lo siguiente: "El cohecho no es sancionable conforme a lo establecido en el párrafo--primero, si el autor ha aceptado promesa o beneficio no solicitado por él, siempre que la autoridad competente, de acuerdo--- con sus atribuciones, autorice previamente la aceptación o cuando el autor haga inmediatamente la declaración a esta autoridad, y esta lo autorice." Siguiendo a Luis Jiménez de Asúa, en el-- estudio que de las excusas absolutorias hace en el tomo VII de su Tratado, indicaremos que la hipótesis contemplada por el ordenamiento alemán no es una genuina excusa absolutoria, propiamente dicha, pues más bien regula de manera específica a una--- causa de licitud, como lo es el "consentimiento del ofendido",-- siendo por ello una excluyente de la antijuridicidad.

b) Excusa absolutoria por el "arrepentimiento post delictum" del funcionario público: Esta, se encuentra prevista en los códigos penales portugués (art. 318) y turco (224), y se funda en el voluntario rechazo que el funcionario haga de la--- promesa o de la dádiva que previamente había aceptado o recibido (45). Aquí si nos encontramos ante una verdadera excusa ab-

(44) Aunque sin embargo es prudente citar aquí el pensamiento de Jiménez de Asúa quien señala: "Quien esté al tanto de los modernos sistemas del Derecho Penal, y conozca el valor y el funcionamiento del lado negativo de las características del delito se percata bien pronto de que la inmensa mayoría de esas llamadas excusas absolutorias no pueden ser consideradas como tales" (op. cit., t. VII, p. 144).

(45) Art. 224, c.p. turco: "Estará exento de pena el que, a más tardar en el plazo de un mes después de que le haya sido ofrecida una dádiva para corromperlo,-- antes o después de la aceptación de la dádiva dada para la corrupción y antes-- de que un tercero haya tenido conocimiento del negocio, o antes de que hubiere obrado, salvo que lo haga parcialmente y sólo para hacer avanzar al negocio, in-

solutoria, pues la conducta desplegada por el funcionario es típica, antijurídica, imputable, y culpable, pero el legislador, observando la admirable actitud que demuestra el delincuente al reconsiderar su inicial conducta ilícita, decide, atendiendo a razones de política criminal, eximirlo de la pena por el delito cometido (46). Es de señalarse que no debe confundirse el "arrepentimiento post delictum" del funcionario, con la figura del "arrepentimiento activo", pues el arrepentimiento del funcionario implica aquí que el delito ya se ha consumado (lo que acontece desde que el servidor manifiesta su voluntad, si tomamos en cuenta que se trata de un delito de "resultado formal"), que es perfecto, y en consecuencia ya ha producido efectos jurídicos, en tanto que el llamado "arrepentimiento activo" (al que la doctrina estudia al lado de la tentativa) no permite la consumación plena del ilícito, el delito no llega a formarse (47).

2) En el cohecho de particular:

a) Excusa absoluta por haber autorizado el presente la autoridad competente (art. 331 RFA).

b) Excusa absoluta por haberse dado el cohecho

—forme a la autoridad competente y entregue la suma o el beneficio recibido".— Y, art. 318 c.p. Portugal (párrafo quinto): "Si el funcionario ha rechazado libremente el ofrecimiento o la promesa previamente aceptada, o si ha restituido el don o el presente previamente recibidos, y si libremente también ha renunciado a ejecutar el acto injusto sin haber sido impedido al efecto por una circunstancia independiente de su voluntad, las disposiciones del presente artículo cesarán de ser aplicables".

(46) Jiménez de Asúa le niega al arrepentimiento posterior el carácter de "excusa absoluta sensu stricto" (t. VII, p. 146), conceptuándolo como "excusa absoluta posterior" (p. 165).

(47) Al respecto Jiménez de Asúa sostiene, a nuestro juicio erróneamente, que pueden reunirse las excusas absolutas posteriores dentro del arrepentimiento activo (Tratado, t. VII, p. 165), lo cual resulta incorrecto pues el autor no toma en consideración las importantes diferencias que existen entre unas y otras figuras jurídicas.

en causa criminal, y para beneficio del reo: No se trata de--- una verdadera excusa absolutoria, sino de una hipótesis regulada de inculpabilidad por "no exigibilidad de otra conducta",--- llevada hasta sus últimas consecuencias por el Código de Defensa Social cubano, ya abrogado, el cual en su art. 311 expresaba: "Cuando el soborno se hiciere en causa criminal en favor del reo por parte de éste, de su conyuge o de algún ascendiente, descendiente, hermano, o afín en los mismos grados, no se impondrá en ningún caso sanción al sobornante, pero se aplicarán al sobornado las que se fijan en el artículo anterior".

El actual ordenamiento punitivo cubano, promulgado por el régimen socialista, y orientado por una tendencia anti-capitalista (pro-comunista), ha desechado la hipótesis estudiada líneas atrás, en virtud de encontrarse, nos dice Grillo-Longoria, "incuestionablemente reñida con la moral socialista"- (48), a pesar de que Diego Vicente Tejera, comentarista del código de defensa social, hubiera dicho años antes que se trataba de "una excusa absolutoria de alto sabor humano"(49).

c)Excusa absolutoria por denunciar al servidor público corrupto: Aquí resulta necesario distinguir si la dádiva fue solicitada por el servidor, o si fue entregada espontáneamente por el particular.

En el primer caso, cuando el particular denuncie al servidor que le solicita la dádiva, estimamos que se regula-

(48)Op. cit., t. I, p. 152.

(49)Op. cit., t. V, p. 369.

expresamente una causa de inculpabilidad fundada en la "vis compulsiva" y no una verdadera excusa absolutoria. Así, en Bulgaria (art. 263; y en términos similares el art. 163 de Checoslovaquia): "No será sancionado el que haya dado, propuesto o prometido un pago bajo la presión de un funcionario, si lo denuncia inmediata y voluntariamente a las autoridades"; y, en la Unión Soviética: "la persona que haya procurado un beneficio (a un funcionario) no responde penalmente de esa infracción si el beneficio le fue extorsionado"(art. 174).

Si el particular denuncia al funcionario al cual le ha entregado espontaneamente la dádiva, considero que si nos encontramos ante una legítima excusa absolutoria, al reunir el hecho las características de tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, pero que no es sancionado por el arrepentimiento post-delictum del corruptor. Carrara al comentar esta excusa, nos indica: "Esta segunda excepción puede parecer repugnante desde el punto de vista moral, y tener el aspecto de una incitación al delito y de una impunidad otorgada a la delación. Desde el punto de vista político, es sostenida porque se le atribuye la ventaja de generar desconfianza en los magistrados y de ponerlos en guardia con respecto a dejarse corromper, por la idea de que su corruptor, una vez obtenido el beneficio, se sustraiga a todo peligro denunciándolo. También se sostiene por la consideración de lo difícil que es descubrir este delito ordinariamente consumado en secreto entre dos personas que, ante el peligro de la pena común, tienen un motivo de perpetuo silencio"(50). Entre las legislaciones que regulan a esta excusa absolutoria nos encontramos al código penal rumano (art. 255:-- "El corruptor no será castigado si denuncia el hecho a las auto

ridades antes que el órgano encargado de la persecución de los delitos tenga conocimiento de la infracción"), el soviético (-- art. 174: "La persona que haya procurado un beneficio no responde penalmente de esa infracción...si después de haber procurado dicho beneficio, denuncia el delito espontaneamente"), y el turco (art. 224: "Estará igualmente exento de pena, el corruptor que se desista de su demanda ilegal antes de que haya sido ejecutada y lo informe a la autoridad competente").

(50)Op. cit., t. V, p.p. 107-108, # 2564. Se nota aquí la influencia de César Beccaria sobre Carrara, pues el primero dispone en el capítulo XIV de su "Tratado de los delitos y de las penas" (Ed. Cajica, 1957, p.p. 147 y s.s.), que: "Algunos tribunales ofrecen la impunidad al cómplice de un delito grave que descubra a sus compañeros. Este recurso tiene sus inconvenientes y sus ventajas. Los inconvenientes son que la Nación autoriza las traiciones, detestables hasta entre los malvados; porque son menos fatales a una Nación los delitos de valor que los delitos de vileza; porque los primeros no son frecuentes por sus autores y porque sólo esperan una fuerza benéfica directa para que le encamine al bien público; en tanto que los delitos de carácter vil son mas comunes y contagiosos, concentrándose siempre en sí mismos. Además, el tribunal pone en evidencia su misma incertidumbre y la debilidad de la ley, que implora la ayuda de quien la ofende. Las ventajas, en cambio, son la prevención de delitos importantes que atemorizan al pueblo por ser manifiestos sus efectos y ocultos sus autores; además de lo cual contribuyen a mostrar que quien fita a la fe de las leyes o sea, al público, probablemente faltará a los particulares.(...)pero en vano me atormento a mí mismo para acabar con el remordimiento que siento, autorizando a las sagradas leyes, monumento de la confianza pública y base de la moral humana, a la traición y el disimulo."

CAPITULO VI.

CAPITULO SEXTO.

Iter Criminis. Participación.

Concurso de Delitos.

ITER CRIMINIS: Entendido como el camino que sigue la idea criminosa y que concluye con la realización de un delito doloso, abarca, según lo expresa la doctrina, dos fases: la primera de ellas meramente psicológica, se produce en el aparato psíquico del individuo (de ahí que se denomine "fase interna"), y comprende tres etapas, que lo son, la ideación o "tentación de delinquir", deliberación o "meditación de la idea criminosa, y resolución o decisión a delinquir; la segunda fase tiene vivencia en el mundo fáctico, físico, por lo que se ha adoptado el rubro de "externa" para nombrarla, y engloba a la manifestación de la idea criminosa, la preparación del delito y la ejecución del mismo.

En relación a la fase interna, indicaremos que,-

de acuerdo con el principio "cogitationis poenam nemo patitur"- (1), no posee verdadera trascendencia para el Derecho Penal, y sólo es de tomarse en cuenta una vez que ha sido ejecutado el ilícito como pauta en la que se basará el juzgador para conocer la mayor o menor peligrosidad del delincuente (2) y consecuentemente como criterio para fijar una penalidad justa, adecuada tanto al acto delictivo como a su autor, la fase interna sólo adquiere relevancia jurídica para efectos de la "individualización de la pena". Por cuanto hace a la fase externa, señalaremos que la manifestación de la idea criminosa y la preparación del delito, no son consideradas por el derecho punitivo sino de manera excepcional (p.e. en tratándose de los delitos de amenazas, y vagancia y malvivencia, respectivamente), pues fundamento toral del mismo no es otro que la "ejecución del ilícito penal".

Dada su importancia refirámonos ahora a la ejecución del delito, y al respecto diremos que puede revestir dos distintas formas: 1) la de la "consumación" plena del hecho delictivo, por la reunión de todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. Y, 2) la de la "tentativa", entendida como la conjunción de los "actos ejecutivos, encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto" (3).

Ahora bien, respecto del delito de cohecho, he--

(1) "El pensamiento no delinque", o no es merecedor de pena.

(2) Así el art. 52 de nuestro c.p. señala que en la aplicación de las sanciones deberán tomarse en cuenta los motivos que impulsaron al delincuente a delinquir.

(3) Loc. cit. Castellanos Tena, op. cit., p. 384.

mos de afirmar, como ya lo hemos dicho con anterioridad, que éste se encuentra consumado desde que se exterioriza la voluntad del sujeto activo, pues al tratarse de un delito de resultado--formal no interesa, para efectos típicos, la consecuencia que--haya podido tener la referida manifestación. Es así que el delito se consuma plenamente, según el caso, desde que el servidor solicita al particular, recibe o acepta de éste la dádiva o promesa para la realización (o abstención) de un acto relacionado con el cargo; o desde que el particular la da u ofrece, espontáneamente al servidor, para el mismo efecto.

Por cuanto hace a la tentativa, hagamos las siguientes reflexiones:

1)Alguna parte de la doctrina estima que la solicitud no aceptada por el particular, y el ofrecimiento rechazado por el servidor, son conductas que implican una tentativa de cohecho (4). Tal planteamiento es fundado en la concepción que se tiene del delito, en el sentido de que lo es bilateral, y en que su esencia es la "venta de función", lo que implica la existencia de un sujeto "vendedor" y de otro "comprador". Hemos de decir sin embargo, que el razonamiento de esta parte de la bibliografía es a todas luces incorrecto, y contrario a la técnica jurídica que propugnan toda vez que, si el cohecho (contrato

(4)Así p.e. Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 373, nota 1, nos dice que "existe frustración ... cuando no se logró el soborno del funcionario". Y, "hay tentativa si el funcionario encargado de practicar ciertas diligencias criminales exige a una persona cierta cantidad, negándose ésta". Respecto del cohecho de particular sustentan igual criterio al de Cuello Calón; Garraud (op. cit., t. V, p. 372) y Manzini ("Istituzioni...", p. 287), entre otros.

ilícito de compra-venta de función) por su esencia es bilateral, resulta lógico que el actuar de uno sólo de los activos será--- siempre insuficiente para propiciar la consumación del delito,-- sin la conducta afín del otro agente. Así, hemos de concluir-- que el cohecho (venta de función) no es configurable en grado-- de tentativa, ello si tomamos en cuenta que requisito indispen-- sable para la existencia de ésta lo es que el sujeto activo ha-- ya tenido la posibilidad de consumir por sí mismo el delito de-- que se trate, y que tal cosa no haya sido posible por causas--- ajenas a su persona; y, reiterando, en el delito de cohecho,--- tanto el particular que ofrece, como el servidor que solicita-- nunca se encuentran en posibilidad de consumir por sí el cohe-- cho-compra-venta de función, pues para ello siempre requerira-- del consentimiento de su contraparte (5).

2) Para enfrentarse a la problemática técnica que implican las conductas de ofrecer y solicitar, los códigos mo-- dernos han tipificado específicamente tales conductas (o al me-- nos una de ellas, como sucede en el c.p. italiano en que se san

(5) El argumento por nosotros expuesto fue desarrollado antes por Carrara, para quien: "La corrupción del propio ánimo es un hecho que debe ser ejecutado por el hombre que se deja corromper (el magistrado) y que no puede ser ejecutado-- por otros. Por lo tanto los francos ofrecimientos de dones hechos por el particular no pueden constituir el cuerpo del delito de la tentativa, porque no pueden ser principio de ejecución del delito que debe ejecutarse por otro" (op. cit., t. V, p. 98, nota 2 al # 2555): éste mismo criterio es sustentado por Bernal Pinzón, quien expresa: "la no consumación del delito no se debe a una circunstancia ajena a la voluntad del particular, sino a una imposibilidad ju-- rídica, yaque, repetimos, el cohechador sólo no puede ser sujeto activo de un delito propio y bilateral" (op. cit., p.p. 116-117). El mismo criterio, a contrario sensu debe ser aplicado a la solicitud de dádiva del servidor público: solicitud a la que los autores citados consideran constitutiva del delito de-- concusión en virtud a que sus legislaciones prevén con mayor amplitud que la-- nuestra a ese delito.

ciona la "incitación o instigación a la corrupción" que practica el particular.- 6), las que como acabamos de ver no constituyen "tentativa de cohecho"(7). En nuestro país, es el mismo--- artículo 222, el que estatuye, de manera expresa, a todas las--- hipótesis que pueden ser constitutivas del delito de cohecho.

3)Decidida de manera indubitable la cuestión de que las conductas de ofrecer y solicitar no pueden concebirse--- como tentativas de cohecho, cabe la pregunta de si en el cohecho en general es dable la tentativa.

Nuestra opinión al respecto es determinante, en el sentido de que no cabe la tentativa, primero, porque al tratarse de un delito de resultado formal unisubsistente, la simple manifestación de voluntad que se presenta en un sólo acto--- es suficiente para consumar el cohecho (8), y segundo, porque---

(6)Quizás tal ordenamiento siga el consejo de Carrara: "Castíguese el ofrecimiento de dones como delito sui generis con todo el rigor que se quiera: pero no se cree el monstruo de una tentativa sin principio de ejecución" (op. cit., t. V, p. 98, nota 2 al # 2555).

(7)En contra, sin embargo, Carranca y Trujillo (Código Penal, 8a. ed., nota--- 645), y Maggiore (op. cit., t. V, p.p. 205 y s.s.), para quienes las hipótesis de solicitar y ofrecer son "tentativas" elevadas al grado de autoría del delito; Maggiore incluso llega al extremo de hablar de una "tentativa de la tentativa" (SIC.- op. cit., t. V, p. 207).

(8)Igual piensan, en tratándose del cohecho de servidor, Rodríguez Devesa (op. cit., p. 1024), para quien "no puede haber un principio de ejecución en el solicitar, recibir o aceptar que en definitiva son pura y simplemente una manifestación de voluntad", y Manzini (Tratado, t. 8, p. 251 y 267) quien contradice su posición adoptada en las Instituciones, al estimar que: "la tentativa del delito que examinamos, no es posible de ordinario, porque no es concebible al aceptar una promesa, y porque aun cuando sea configurable la tentativa de recibir una dádiva hay en tal hecho lo suficiente para la consumación del delito"; en relación al cohecho de particular, Fontán Balestra (op. cit., p. 728), señala: "La tentativa parece imposible para el cohechante, ya que el delito se consuma al ofrecer".

toda exteriorización de la voluntad no encaminada directamente al servidor o al particular, según el caso, no sería punible atento el principio "cogitationis nemo patitur"(9), además de--- que no estará encaminado directamente a la ejecución del delito.

CONCURSO EVENTUAL DE PERSONAS.

Al respecto, Sebastián Soler señala que: "la ley separa las figuras del cohecho desde el punto de vista de cada uno de los sujetos, de manera que un codelincuente es castigado por la aplicación de un artículo y otro codelincuente lo es en virtud de otra disposición. Esta particularidad importa que no deban aplicarse los principios generales de la participación con respecto a los dos codelincuentes; pero ello no impide que cada uno de los sujetos activos tenga, a su vez, partícipes en el concepto técnico de la expresión"(10).

Por nuestra parte, dejando de lado la tan discutida calidad de codelincuentes que se otorga a los sujetos activos del delito en estudio (servidor público y particular), hemos de afirmar que de manera incontestable la participación, entendida como "voluntaria cooperación de varios individuos en la realización del delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad"(11), es dable en tratándose del delito de cohecho, en sus dos-

(9)Así, Soler enseña que "El hecho de proponer el plan a un intermediario no constituye sino un acto preparatorio impune" (op. cit., p. 166).

(10)Op. cit., p. 159.

(11)Loc. cit., Castellanos Tena, op. cit., p.p. 388-389.

aspectos, y bajo las formas de autoría intelectual, material y mediata, así como de complicidad; presentándose las siguientes cuestiones específicas en el delito de que se trata:

Cohecho de servidor público: El art 222 frac I regula una hipótesis individualizada de participación, al disponer que será sancionado el servidor público que solicite, reciba o acepte a través de "interpósita persona". En relación a esta frase hemos de indicar que nosotros la estimamos repetitiva o reiterativa de las reglas generales que sobre el concurso de personas en general y de servidores públicos en especial contiguen respectivamente los artículos 13 y 212, párrafo segundo del código penal; a pesar de ello, podemos apuntar que la solución de referencia es adoptada por una gran cantidad de ordenamientos punitivos vigentes en el mundo entero, como medio de dejar constancia inobjetable de la existencia del cohecho cuando el servidor no promueve directamente la retribución del acto de la función, sino que lo hace un tercero pero a su nombre y con conocimiento del servidor, pues, cuando no hay tales, ese tercero habrá cometido un delito simple de fraude o extorsión en agravio del particular.

Finalmente, hemos de decir que, dado que nuestro código, en su art. 222 frac. II, sólo sanciona expresamente al particular si entrega u ofrece la dádiva "espontáneamente", pero no si accede a las peticiones del servidor, nuestros tribunales han tenido que decidir que en esta última hipótesis el particular si es responsable del delito de cohecho, pero del cohecho de servidor público y en calidad de copartícipe del delito. En relación a este criterio judicial, nosotros consideramos que es incorrecto cuando el acto de función objeto de la compra-ven

ta ilícita es justo y la dádiva entregada o prometida es de poco monto, pues en tal caso el particular no demuestra peligrosidad alguna, si tomamos en cuenta que su obrar se ha visto coaccionado por el actuar del servidor; sin embargo, si etimamos válido el castigo al particular que accede a la solicitud, cuando el acto de función es "injusto" y el particular puede apreciar tal situación, o cuando siendo justo el acto, la dádiva sea muy cuantiosa, pues en ambos casos el particular si contribuye ampliamente a la corrupción y ataca gravemente al orden jurídico-establecido.

CONCURSO DE DELITOS.

En algunas legislaciones, que adoptan el criterio de mensuración de la pena fundado en la calidad del acto de función, así p.e. las legislaciones mexicanas de 1871 y 1929,-- se prevé el caso de que el acto relacionado con la función solicitado por el particular u ofrecido por el funcionario, sea a su vez constitutivo de delito, hipótesis en que expresamente indican que se aplicarán las penas tanto del cohecho como del nuevo ilícito cometido por el servidor público (12).

Esta regla nos parece reiterativa de las reglas generales del Derecho Penal relacionadas con el concurso de de-

(12) Respecto de los delitos que pueden concurrir con el cohecho, Cuello Calón, op. cit., t. II, p.p. 396-397) menciona a los siguientes: prevaricación, infidelidad en la custodia de presos, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, etc.

litos, de ahí que consideremos adecuada la supresión de norma--
semejante en el código penal vigente.

En efecto, el acto motivador del cohecho solici--
tado por el particular u ofrecido por el servidor puede ser de--
lictivo en sí mismo, y si ya se ha consumado el cohecho y el ac--
to es verificado, resulta obvio que nos encontraremos ante un--
concurso real de delitos, de conformidad a lo dispuesto en el--
art. 18 del c.p.; pues, con pluralidad de conductas (indepem--
dientes entre sí): 1) la corruptora o la corrompida, y 2) la rea--
lizada con posterioridad al cohecho al realizarse el acto de--
la función, se cometen varios y diversos delitos. De ahí, que--
sean aplicables las reglas que en materia de penalidad imponi--
ble al concurso real señala el art. 64 párrafo segundo de nues--
tro código penal.

Abundando en la idea diremos que, si estimamos--
que el cohecho es perfecto y se ha consumado plenamente con la--
solicitud, ofrecimiento o acuerdo, resulta lógico que lo que su--
ceda con posterioridad a dicha consumación no puede ser conside--
rado como elemento integrante del delito de cohecho, de ahí que
desprendamos la circunstancia de que si se ejecuta el acto y és--
te también es constitutivo de delito, éste deberá ser considera--
do como delito autónomo, independiente del cohecho, por lo que--
deberá ser sancionado como tal.

En éste punto, es de señalarse que si la operan--
cia del concurso real de delitos, como lo hemos estudiado en pá--
rrafos anteriores, es indiscutible en tratándose del cohecho pa--
sivo o de servidor (pues es el mismo sujeto quien lleva a cabo--
las dos conductas delictivas); al trasladar tal figura concu--
sal al cohecho de particular alguna parte de la doctrina muestra

serias dudas respecto a su operancia, pues el particular no ejecuta materialmente el nuevo delito. Por nuestra parte, pensamos que si el particular da u ofrece espontaneamente la dádiva que fomenta el cohecho, resulta un verdadero "instigador"(13)-- al determinar intencionalmente al servidor a cometer un ilícito relacionado con sus funciones, siendo en consecuencia responsable del nuevo delito en términos del art. 13 frac. V de nuestro c.p. Ahora bien, si es el servidor quien solicita la dádiva para cometer el hecho ilícito relacionado con sus funciones, estimamos que el particular sólo será responsable de la verificación del nuevo delito si tiene consciencia de la ilicitud del actuar que el servidor le ha ofrecido (pues no sólo acuerda y prepara el delito, sino que incluso determina en definitiva al servidor a cometerlo cuando acepta dar la dádiva para su comisión); y, la falta de tal consciencia entrañará la inexistencia de culpabilidad en la conducta del particular en el nuevo delito (según se desprende de los artículos 9 y 15 frac. XI del c.p.), y en consecuencia en la no configuración del delito mismo respecto al referido particular.

(13) Así opina también Rodríguez Devesa, op. cit., p. 1027.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

I.-La idea central de la presente tesis de que-- diversos factores de tipo social influyen en la tipificación de los delitos quedo comprobada, al menos en el caso concreto de-- las reformas que sufrirá el código penal en el año de 1983, en materia de delitos de "servidores públicos".

II.-Adentrándonos en nuestro tema, resultó verdadera la idea de que el fin "mediato" de los delitos previstos-- en el capítulo consagrado a la punición de los ilícitos mal llamados "de servidores públicos", lo es la protección al cabal desenvolvimiento y normal funcionamiento de la Administración Pública, entendida ésta lato sensu (Administración del Estado); y que al lado de este fin general nos encontramos con un bien jurídico "inmediato" o propio, que lo es el bien jurídico específico de cada uno de los delitos de servidores públicos en particular.

III.-Consecuente con la idea de que es la vida social la que motiva los cambios en la tipificación de los delitos, no resulta descabellado el hecho de que una situación de corrupción de la función pública en nuestro país, plenamente notoria, haya dado lugar a las reformas que sufriera nuestra legislación penal el 5 de enero de 1983; reformas que habían sido previstas en el programa político del candidato oficial a la Presidencia de la República para el período 1982-88; programa del cual era uno de los aspectos torales.

IV.-Las reformas de 1983 al código penal del D.F. formaron parte de un proyecto general de actualización en la reglamentación de la función pública en México, y estuvo orientada por los criterios de: establecimiento de una categoría genérica de trabajadores al servicio del Estado (el servidor público), la tipificación de nuevas conductas delictivas, la ampliación de los tipos preexistentes, la eliminación de algunas conductas típicas con ínfimo grado de peligrosidad, la reordenación técnica de delitos y el aumento de la penalidad de los ilícitos en estudio. Las reformas comentadas, sin embargo, pensamos que no son suficientes para acabar con el problema de la corrupción (tomada la palabra en su sentido amplio) en nuestro país; entendemos que la única solución verdadera lo es la concientización, tanto del servidor público como del ciudadano en general, respecto de la importancia que representa a la vida social la función pública; esta solución es a nuestro juicio la más acertada para combatir el problema, visto que el motivo que por regla general incita a quienes cometen este tipo de delitos lo es, por el lado del particular, la obtención de un beneficio cualesquiera, y de parte del servidor, tanto el ánimo de lucro-

como la concepción errónea del poder (abuso), principalmente.

V.-De importancia fundamental dentro de las reformas lo fue la adopción del concepto servidor público, basado en la teoría del servicio público desarrollada por Duguit, concepto que pone de relieve la trascendencia de la función pública para el desarrollo social, recalcando de igual forma el relevante papel de quien la ejerce; ejercicio que impone, empero,-- una obligación extrema frente al Estado y la Sociedad, ante las cuales el servidor público es RESPONSABLE.

VI.-Liendo de lo general a lo particular arribamos al tema principal de nuestra tesis, al eje rector de nuestro estudio: el análisis histórico-jurídico-sociológico del delito de cohecho, cuyo concepto, al depender de una serie de factores de índole diversa (económica, cultural, social, política, educativa, etc.) es diferente en cada Nación. En nuestro México,-- podemos decir que la esencia del cohecho reside en la compra-venta de la función, así como en las conductas a ella tendientes.

VII.-La mayor parte de la doctrina penal identifica o asimila el delito de cohecho a un contrato "ilícito", a un pacto ilegal, de ahí que desprenda la existencia de dos "partes" en el delito: quien compra el acto de función, y quien lo vende. Estimado inicialmente como un sólo delito (de carácter plurisubjetivo) el transcurso del tiempo y la evolución en el pensamiento iuspenalista ha dado vida a dos figuras delictivas autónomas, que corresponden, cada una de ellas, al papel que representa el sujeto dentro de la celebración del contrato, dándose así el nombre (en la doctrina tradicionalista) de "cohecho pasivo" al delito configurado por la venta de función o conducta a ella tendiente, y de cohecho "activo", a la conducta de---

quien compra o pretende comprar al servicio público; tal terminología es, en nuestra opinión, del todo impropia, por lo que-- propugnamos por el empleo de los rubros de "cohecho de servidor público" y de "cohecho cometido por particular".

VIII.-Por cuanto hace a los antecedentes históricos del delito, quedo precisado que el "cohecho" es unilícito-- que ha tenido absoluta vigencia a través del tiempo. Presente-- en culturas remotas, como la hindú o la griega, es sin duda la-- regulación romana del delito la que se conoce mejor en nuestros días. En Roma, bajo el nombre de "crimen repetundarum" se sancionó a una serie de delitos, de lo más diversos, que tenían co-- mo enlace a la idea de abuso de poder, y dentro de los cuales-- se sancionaba al cohecho.

IX.-En nuestro país, es el código penal de 1835, veracruzano, el primero en contemplar a la figura delictiva objeto de nuestro estudio. Copia casi exacta del código español-- de 1822, el código de Veracruz es fiel seguidor de la rancia--- tradición penalista del pueblo ibero, del cual adopta la voz co-- hecho, cuyo significado, derivado del sentido agrícola del voca-- blo (alzar el barbecho), no es otro que preparar la consciencia del funcionario, con dádivas, para que éste se preste al abuso-- de la función. En nuestra opinión el término cohecho debería-- ser sustituido por el de "soborno", el cual desde sus más remo-- tos orígenes latinos (subōrnare) ha sido empleado precisamente-- para denotar el barato que se hace con la función.

X.-Tanto el código de Veracruz, como los del Dis-- trito y Territorios Federales de 1871 y 1929, padecen de noto-- rio casuismo, aunque en los mismos ya encontramos el gérmen de-- nuestro actual delito de cohecho.

XI.-El código de 1931 presenta, en lo que respecta al delito en estudio, una franca disminución del casuismo,--previendo en una frase sintética toda la problemática que gira en torno de la venta de la función; el mismo criterio es el seguido por la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, que en el año de 1940 suspendió la vigencia del articulado relativo en el código penal.

XII.-En el año de 1954 se amplió la norma típica del cohecho prevista en el código penal, comprendiendo dentro del sujeto activo del cohecho de servidor, a las personas encargadas de las empresas de participación estatal, lo que constituye un argumento decisivo en favor de la idea de que la Ley de Responsabilidades no derogó al código penal de 1931 en su parte conducente a los delitos de funcionarios públicos, pues ¿cómo es que el legislador modifica lo que no existe?

XIII.-En el año de 1980, abrogada la Ley de Responsabilidades de 1940, regresan a la vigencia las disposiciones que sobre funcionarios públicos contenía el código penal.

XIV.-En 1983, la previsión del cohecho de servidor se ve ampliada por las reformas de fecha 5 de enero, entre las que destaca el aumento en la penalidad del delito.

XV.-Siendo el cohecho un delito de repercusiones políticas y sociales de extrema gravedad, que conduce incluso a un estado de inseguridad jurídica, el gobierno debe poner especial atención a su represión, aunque justo es recalcarlo, su detección resulta en extremo difícil al ser un delito silencioso, del cual la mayoría de las veces sólo tienen conocimiento el corrompido y el corruptor; es por ello que no basta el castigo,--sino que se requiere de métodos de prevención del delito, los--

que nosotros estimamos deben dirigirse a dos frentes: el funcional o material (en el cual se intentará la desburocratización-- de la función pública y el establecimiento de un órgano de información constante y permanente a los particulares respecto de los trámites y el funcionamiento administrativo), y el humano o personal (dentro del cual las armas a utilizar serán la educación fundamentalmente y una retribución justa y suficiente del servicio público, así como el establecimiento de controles del servidor, tales como órganos de vigilancia, y previsión de delitos como el enriquecimiento ilícito y la aceptación de regalos-- presentados en razón del cargo.).

XVI.-COHECHO DE SERVIDOR PUBLICO.

La conducta del delito se integra por el elemento objetivo constituido por "solicitar, recibir o aceptar promesa", de parte del servidor público; en consecuencia, son tres-- las formas en que se puede manifestar la voluntad delictiva del servidor: solicitando la dádiva (solicitud que puede revestir-- incluso el carácter de exigencia), hipótesis que al suponer una "acción" sólo puede consumarse por comisión; recibiendo el presente, conducta que también sólo puede manifestarse por acción; y, aceptando una promesa de dádiva, conducta que puede cometerse tanto por acción (cuando la aceptación es expresa) como por omisión (cuando la aceptación ha sido tácita), omisión que consistirá en el incumplimiento del deber de rechazar la indebida-- retribución.

La solicitud y la recepción deben ser de dinero-- o de dádiva cualquiera, término éste último que no sólo debe-- ser referido a un aspecto material, sino a un beneficio de cual-- esquier especie que le sea proporcionado por el particular,-----

siempre y cuando el propósito del servidor sea obtener ese beneficio y no el atender a razones de amistad, amor u odio, que no representan tal lucro.

El cohecho se consuma: desde que el servidor solicita la dádiva, desde que recibe la que le es entregada, o--- desde que accede a lo que el particular le promete, según el caso. Por ende se trata de un delito instantáneo y unisubsistente.

XVII.-Dentro de las hipótesis de ausencia de conducta son dables las que provienen precisamente de la inexistencia de la manifestación de la voluntad (y no así de la falta de resultado o del nexo causal, pues al ser un delito de resultado formal los otros ingredientes de la conducta -nexo y resultado- son la consecuencia lógica e inevitable, jurídicamente hablando, de la manifestación de voluntad) y sólo respecto de la conducta de recibir; así, de manera indudable, la vis absoluta, la vis maior, y los movimientos reflejos.

XVIII.-Imputabilidad: Es imputable por la comisión del delito de cohecho, el servidor público que realice la conducta delictiva de manera voluntaria y libre.

XIX.-Por lo que ve al aspecto negativo de la imputabilidad, respecto del servidor público sólo son dables las hipótesis de trastorno mental y de minoridad, no así el miedo grave, ni el desarrollo intelectual retardado, como tampoco las hipótesis de "imputabilidad disminuída" consistentes en el extremo atraso cultural y el aislamiento social del activo.

XX.-Culpabilidad: el delito de cohecho es de comisión eminentemente dolosa, por lo que es de concluirse que se trata de un delito de "dolo específico", constituido éste por la voluntad libre y consciente de solicitar, recibir o aceptar promesa de dádiva, como retribución indebida de un acto de función

que debía realizar en forma gratuita; voluntad que existe no obstante el conocimiento del activo de la existencia de una norma-jurídico-moral prohibitiva al respecto.

Motivo del delito de cohecho lo es la retribución indebida del acto de función; cuando no exista esta idea--no habrá dolo, ni en consecuencia delito.

XXI.-Inculpabilidad: En el cohecho no cabe la inculpabilidad por falta absoluta del acto psicológico (caso fortuito), pero sí cuando existiendo éste lo que falta es el motivo del delito; son dables también la obediencia jerárquica y el error esencial de hecho, siempre y cuando se manifieste bajo--las formas de ejercicio putativo de un derecho y cumplimiento--putativo de un deber.

Respecto de la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, ésta si cabría como excluyente de responsabilidad, siempre y cuando la estimemos como causal "supralegal", excepto el caso de la "vis compulsiva", que constituye una especie legislada de no exigibilidad, la que sin embargo no es aplicable al cohecho de servidor público.

XXII.-Tipicidad: La conducta de un servidor público será constitutiva de cohecho, siempre que la misma encuadre exactamente (en sus aspectos esenciales) en la previsión--abstracta que del ilícito hace nuestro art. 222 frac. I c.p.

XXIII.-Tipo:

Elemento objetivo del tipo:

A) Bien jurídico tutelado por el cohecho de servidor público lo es: a) cuando la conducta del agente consiste en recibir o aceptar: el normal funcionamiento de la administra--ción pública en general, en relación con la moral profesional--

del servidor público, que bajo la forma de lealtad debe al Estado. b) Cuando la conducta del particular se concreta a solicitar, cabe distinguir si el particular acepta libremente la solicitud, o si la acepta contra su voluntad, pues, en tanto que en el primer caso, el bien jurídico tutelado es el ya mencionado, en la segunda hipótesis nos encontramos una duplicidad de bienes jurídicos: por un lado se protege el normal funcionamiento de la Administración del Estado (bien jurídico dirigente), por el otro se garantiza la imparcialidad y el desinterés del servidor en la atención que debe proporcionar a los particulares.

B) Conducta: el núcleo de la misma esta constituido por los verbos solicitar, recibir o aceptar.

C) Modalidades de la Acción:

a) Sujeto activo: sólo puede serlo, en su aspecto primordial, un servidor público, de ahí que estemos en presencia de un delito propio, de sujeto calificado. Es además un delito unisubjetivo, cuando el servidor "solicita" la dádiva, y plurisubjetivo, cuando "acepta o recibe", siendo en estos casos también, un delito bilateral y un tipo de encuentro.

b) Sujeto pasivo: Cuando la conducta consiste en recibir o aceptar, sujetos pasivos del delito lo son la Sociedad y el Estado; cuando el servidor "solicita" para la realización de un acto justo, sujeto pasivo lo es además el particular.

c) Objeto material: no existe, por tratarse de un delito de resultado formal.

d) Otras modalidades de la acción: se requiere la actualización de una referencia temporal implícita en el tipo, pues la aceptación o la recepción, o al menos la solicitud, deben de realizarse antes del acto de función.

XXIV.-Elemento subjetivo del delito: encontramos un elemento que se asimila al fin, pues la dádiva se solicita o recibe "para hacer u omitir un acto" relacionado con la función; y, un elemento de clara referencia a lo injusto, pues el servidor debe tener el propósito de beneficiarse a sí o a otro, de cualquier manera que sea, con su conducta.

XXV.-Elemento normativo: en el cohecho de servidor público, requieren de una valoración jurídica los conceptos de: servidor público, dinero y acto relacionado con la función; debiendo valorarse culturalmente el sentido de los términos dádiva y promesa.

XXVI.-Atipicidad: se presentará por la falta de adecuación de la conducta al tipo.

XXVII.-El cohecho de servidor será antijurídico cuando, atacandose el objeto de protección de la norma, no se pretenda proteger (y se protejan) otros bienes de mayor importancia social.

En la tipificación de nuestro cohecho de servidor público el legislador hizo uso de la llamada "antijuridicidad especial", al emplear el término "indebidamente"; tal antijuridicidad sin embargo, carece de importancia frente a la valoración de la antijuridicidad en género.

XXVIII.-Causas de licitud: sólo son dables el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

XXIX.-Punibilidad en el cohecho: nuestro código penal utiliza un criterio de mensuración de la pena por el cual establece sanción única al delito, sin que importen la licitud o ilicitud del acto de función, o la realización o no del mismo, aunque si atiende a la penalidad por el monto del beneficio obtenido.

XXX.-Excusas absolutorias: nuestra legislación no prevé ninguna en relación al cohecho de servidor público,--- aún y cuando algunas legislaciones extranjeras si las contemplan.

XXXI.-Tentativa: no es dable.

XXXII.-Participación: se recoge en la frac. I--- del art. 222 una regla específica de la participación, al sancionar al servidor público que acepte, solicite o reciba, por--- conducto de "interpósita persona"; regla que a nuestro juicio--- carece de importancia frente a las reglas generales de la participación.

XXXIII.-Concurso de delitos: se presentará cuando el acto de función realizado por el servidor público en virtud al cohecho sea en sí mismo delictivo.

XXXIV.-COHECHO DE PARTICULAR.

Conducta: la manifestación de voluntad consiste en la entrega (dar) u ofrecimiento que el particular hace al--- servidor público, de dinero o dádiva. Es un delito de acción--- que se consuma desde que el particular ofrece o entrega. Es un delito de resultado formal, unisubsistente e instantáneo, siendo dables de manera indiscutible, como hipótesis de ausencia de--- conducta del dar: la vis absoluta, la maior, y los movimientos-reflejos.

XXXV.-Es imputable del delito de cohecho, el particular que de u ofrezca al servidor una dádiva con el objeto--- de que éste realice un acto relacionado con su función, siempre que el particular actúe de manera voluntaria y libre.

XXXVI.-Es un delito doloso cuyo aspecto psicológico ha de manifestarse por la voluntad libre y consciente del particular de inducir al servidor a realizar un acto de función

con la idea de que será retribuido para ello.

La inculpabilidad se presentará por falta del motivo, por obediencia jerárquica, por error esencial (cumplimiento putativo del deber) y por temor fundado (vis compulsiva).

XXXVII.-Tipo: elemento objetivo:

Núcleo del tipo son los verbos dar y ofrecer.

Sujeto activo puede serlo cualquier persona, incluso otro servidor público, en el ejercicio o no de sus funciones.

Sujeto pasivo lo son: la sociedad, el Estado, y, ocasionalmente (sólo cuando el servidor rechaza la dádiva) el funcionario público.

Bien jurídico tutelado, lo es el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Objeto material: no existe.

Modalidades de la acción en el cohecho de particular, son: a) referencia a los medios, pues la conducta del particular debe manifestarse "espontáneamente"; y, b) referencia temporal, pues el ofrecimiento o la entrega de la dádiva deben verificarse antes de que sea realizado el acto de la función.

Elemento subjetivo: existen en el cohecho de particular un elemento que se vincula al fin, pues el sujeto activo lleva a cabo su conducta para que el servidor público haga u omita un acto relacionado con su función; y un elemento de referencia a lo injusto, pues el particular debe pretender beneficiarse con su conducta.

Elemento normativo: requieren de valoración jurídica o cultural, las voces: dinero, dádiva, servidor público y acto relacionado con la función.

Atipicidades: se presentarán por la falta de alguno de los elementos del tipo penal.

XXVIII.-Causas de Licitud: sólo podrá darse el cumplimiento de un deber, pero siempre y cuando el acto solicitado por el particular sea justo.

XXIX.-Punibilidad: nuestra legislación sanciona al particular en los mismos términos que al servidor.

Excusas Absolutorias: la legislación federal no prevé ninguna.

XL.-Tentativa: no es configurable.

XLI.-Concurso de delitos: si el acto de función se realiza por el servidor y es constitutivo de delito, el particular deberá ser sancionado, a más de por la comisión del delito de cohecho, como instigador del nuevo delito, salvo el caso de que fuere el servidor quien solicitare la dádiva, y el carácter ilícito del acto de la función no pudiera ser percibido por el particular, caso en el que no deberán aplicarse las reglas del concurso de delitos.

BIBLIOGRAFIA.

B I B L I O G R A F I A

1) Libros.

1.1.) Cultura General.

- 1.-) Diccionario Enciclopédico Espasa, octava edición, Editorial Espasa-Calpe: Madrid, España: 1979; 24 tomos.
- 2.-) Enciclopèdia Salvat, diccionario; Salvat Editores S.A.; Barcelona, España; 1971; 12 tomos.
- 3.-) Fustel de Coulanges, Numa Dionisio: "La ciudad antigua", traducida del francés por Carlos A. Martín; Editorial Iberia; Barcelona España; 1965; colección "Obras Maestras".
- 4.-) Jiménez Navarro, Ernesto: "La Historia de España"; Ed. Compañía Bibliográfica Española, S.A.; Madrid, España; sin fecha de edición.
- 5.-) Madrid Hurtado, Miguel de la: "Miguel de la Madrid H." (cuadernos de difusión política) # 1 a 8; Ed. Secretaría de Información y Propaganda del Partido Revolucionario Institucional; México, D.F.; enero de 1982,
- 6.-) Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, barón de la Brede y de; "Considerations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur decadence"; en "Montesquieu, Oeuvres Completes"; Ed. Seuil, col. 1'Integral; Paris, Francia; 1980.
- 7.-) Montesquieu, Charles Louis de Secondat, barón de la Brede y de; "De l'esprit des lois"; en "Montesquieu, Oeuvres Completes"; Ed. Seuil, collection—1'Integral; Paris Francia; 1980.
- 8.-) Rousseau, Jean-Jacques: "El Contrato Social", traducido del francés por—Consuelo Berges; Ed. Aguilar, primera edición, segunda reimpresión: Madrid,—España: 1973.

1.2) Derecho.

9.-) Acosta Romero, Miguel; "Teoría General del Derecho Administrativo"; Editorial Porrúa, cuarta edición actualizada; México, D.F., 1981.

10.-) Carpizo, Jorge; "Estudios Constitucionales"; Ed. UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), serie G: estudios doctrinales # 48; 1a. ed. México, D.F.: 1980.

11.-) Carpizo, Jorge; "La Constitución Mexicana de 1917"; Ed. UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), serie G # 37, 4a. ed; México, D.F.: 1980.

12.-) Díez, Mamel María; "Derecho Administrativo", t. III; Bibliografía OME-BA editores-libreros; Buenos Aires Argentina; 1967.

13.-) Duguit, Leon; "Les transformations du droit public"; Librairie Armand-Colin, 2eme tirage; París, Francia: 1921.

14.-) Duguit, Leon; "Traité de Droit Constitutionnel"; Ancienne Librairie-Fontemong & Cie. E de Broccard successeur, deuxieme edition en quatre volumes t. II (La theorie generale de l'Etat); París Francia: 1923.

15.-) Eisenman Charles; "Cours de Droit Administratif", t. I; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.); París, Francia; 1982.

16.-) Esquivel Obregón; edición facsimilar de apuntes de clase acerca del pensamiento jurídico en México; sin fecha.

17.-) García de Enterría, José María, y Tomás Ramón Fernández; "Curso de Derecho Administrativo", t. I; Editorial Civitas S.A.; Madrid, España: 1980.

18.-) Fraga, Gabino; "Derecho Administrativo"; Editorial Porrúa; 10a. edición México, D.F., 1963.

19.-) Garrido Falla, Fernando; "Tratado de Derecho Administrativo", t. II (parte general, conclusión); Ed. Instituto de Estudios Políticos, colección de estudios administrativos; 2a. ed.; Madrid, España; 1962.

20.-) Jéze, Gastón; "Principios Generales del Derecho Administrativo", t. III Ed. Depalma; Buenos Aires Argentina: 1949.

21.-) Madrid, Miguel de la; "Estudios de Derecho Constitucional"; Ed. C.E.N.-del P.R.I., colección 'Testimonios de Nuestro Tiempo' (documentos); copia facsimilar de la 2a. ed. de Editorial Porrúa; México, D.F.; 1981.

22.-) Merckl, Adolfo; "Teoría General del Derecho Administrativo"; Editorial-Nacional; México, D.F.: 1975.

23.-) Piquemal, Marcel; "Le fonctionnaire", t. I y II (droits et garanties/devoirs et obligations); Ed. Berger-Levrault; 2a. ed. París, Francia; 1979.

24.-)Serra Rojas, Andrés; "Derecho Administrativo", t. I; Editorial Porrúa:—
10a. ed.; México D.F.; 1981.

25.-)Weline, Marcel; "Traité Elementaire de Droit Administratif"; Librairie—
du Recueil Sirey S.A.; 6eme ed. augmentee d'un supplement; Paris, Francia;—
1955.

1.3)Derecho Penal.

26.-)Beccaria, César Bonessana, marqués de; "De los Delitos y de las Penas";—
Editorial Cajica: Puebla, México: 1957.

27.-)Beling, Ernst Von; "Esquema de Derecho Penal", traducción del alemán por
Sebastián Soler; Ed. Depalma: Buenos Aires, Argentina; 1944.

28.-)Bernal Pinzón, Jesús; "Delitos contra la Administración Pública y Asocia
ción para Delinquir"; Ed. Temis: Bogota D.E., Colombia: 1965.

29.-)Borghese Safo; "Il Codice Penale Italiano, commentato articolo per arti
colo coi richiami alla piu recente giurisprudenzia"; Casa Editrice Dottor—
Francesco Vallardi: Milano, Italia; 1953.

30.-)Cárdenas, Raul F.; "La Responsabilidad de los Funcionarios Públicos";—
Ed. Porrúa, 1a. edición; México, D.F.; 1982.

31.-)Carrancá y Trujillo, Raul; "Derecho Penal Mexicano" (parte general); Ed.
Porrúa, 14a. ed., revisada, puesta al día y adicionada por Raul Carrancá y—
Rivas: México, D.F.; 1982.

32.-)Carrancá y Trujillo, Raul; y Raul Carrancá y Rivas; "Código Penal Anota
do"; Ed. Porrúa; México, D.F.; 8a. y 10a. ediciones corregidas, aumentadas y
puestas al día por el coautor; 1980 y 1983.

33.-)Carrara, Francesco; "Programa del Curso de Derecho Criminal" (vols. I y
II, traducidos del italiano por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero; Ed.
Temis Bogota: 2a. ed. revisada; Bogota, Colombia; 1971, 1973) (vol. V -parte
especial-, trad. por Sebastián Soler; Ed. Depalma; Buenos Aires, Argentina;—
1947).

34.-)Castellanos Tena, Fernando; "Lineamientos Elementales de Derecho Penal"
2a. ed.: Ed. Jurídica Mexicana: México, D.F.; 1963.

35.-)Quello Calón, Eugenio; "Derecho Penal", t. II; Bosch, casa editorial;—
11a. ed.: Barcelona, España; 1961.

36.-)Enciclopedia Jurídica OMEBA. t. III; Ed. Driskill, S.A.: Buenos Aires,
Argentina; 1979.

37.-)Ferrini, Contardo; "Diritto Penale Romano" (esposizione storica e dottrinale).- Estratto dall' Enciclopedia del Diritto Penale Italiano diretta dal prof. E. Pessina; Ed. L'Eda de Bretschneider; Roma, Italia; 1976.

38.-)Fontán Balestra, Carlos; "Derecho Penal, parte especial"; Buenos Aires, Argentina; Ed. Abeledo-Perrot; 1959.

39.-)García Iturbe, Arnoldo; "Delitos Contra la Cosa Pública y la Administración de Justicia"; Venezuela, Venezuela: 1969.

40.-)García Ramírez, Sergio; "Cuestiones Criminológicas Contemporáneas"; Ed.- Instituto Nacional de Ciencias Penales, col. "Cuadernos del INACIPE # 6; México, D.F.; 1981.

41.-)Garçon, Emile; "Code Penale Annoté"; nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patiu et Marc Ancel; t. I (art. 1 a 294) Ed. Recueil Sirey (S.A.): Paris Francia; 1952.

42.-)Garraud, René; "Traité theorique et pratique du Droit Pénal Français",-- t. 4eme.: 3a. ed.; Librairie de la Société du Recueil Sirey; Paris, Francia; 1922

43.-)Göppinger, Hans; "Criminologia", traducido del alemán por María Luisa Schwark e Ignacio Lazarraga Castro; Ed. Reus; Madrid, España; 1975.

44.-)Grillo Longoria, José Antonio; "Los delitos en especie", t. I; Ediciones Jurídicas de la Editorial Ciencias Sociales; La Habana, Cuba; 1962.

45.-)Jiménez de Asúa, Luis; "Tratado de Derecho Penal" (t. I y II y III, 1964-1965, 3a. ed. actualizada), (t. IV, 1961, 2a. ed.), (t. V, 1963, 2a. ed.), (-t. VI, 1962, sin número de edición), (t. VII, 1970, sin número de edición):- Ed. Losada S.A.: Buenos Aires, Argentina.

46.-)Jiménez de Asúa, Luis; "La Ley y el Delito" (principios de Derecho Penal) :- 11a. ed.; Ed. Sudamericana; Buenos Aires, Argentina; 1980.

47.-)Jiménez Huerta, Mariano; "La Tipicidad"; Ed. Porrúa; México D.F.: 1955.

48.-)Liszt, Franz Von; "Tratado de Derecho Penal", traducido de la 20a. ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal Español-- por Quintilano Saldaña (t. II, 2a. ed., 1927), (t. III, 2a. ed. 1929); Ed. Reus S.A.; Madrid, España.

49.-)Maggiore, Giuseppe; "Derecho Penal" (vol. I -El Derecho Penal, el delito- traducido del italiano por José J. Ortega Torres: 1954), (vol II y V: 1972) :- Ed. Temis Bogota; Bogota, Colombia.

50.-)Manzini, Vincenzo; "Istituzioni di Diritto Penale Italiano", vol II, parte speciale (i singolo reati), seconda edizione aggiornata: CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani; Padova, Italia: 1949.

- 51.-) Manzini, Vicenzo; "Tratado de Derecho Penal", 2a. parte, de los delitos en especial, tomo 8, vol III (Delitos Contra la Administración Pública I):— EDIAR; Buenos Aires, Argentina; 1961.
- 52.-) Maurach, Reinhart; "Tratado de Derecho Penal", traducción del alemán por Juan Córdova Roda, t. I y II; Ed. Ariel, col. "Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona"; Barcelona, España; sin fecha.
- 53.-) Mezger, Edmundo; "Tratado de Derecho Penal"; t. I y II; Ed. Revista de— Derecho Privado, 2a. ed. revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez— Muñoz; Madrid, España; 1946.
- 54.-) Mommsen, Teodoro; "Derecho Penal Romano"; traducido del alemán por P. Do rado; Ed. Temis; Bogota, Colombia; 1976.
- 55.-) Pacheco, Joaquín Francisco; "Código Penal Concordado y Comentado", t. II ed. 1856 y 1870.
- 56.-) Pavón Vasconcelos, Francisco; "Manual de Derecho Penal Mexicano" (parte— general); Ed. Porrúa, 4a. ed.; México, D.F.; 1978.
- 57.-) Porte-Petit Candaudap, Celestino; "Apuntamientos de la Parte General de— Derecho Penal", t. I; Ed. Jurídica Mexicana; México, D.F.; 1964.
- 58.-) Porte-Petit Candaudap, Celestino; "Importancia de la Dogmática Jurídico— Penal" (Conferencia dictada en la Asociación Nacional de Funcionarios Judicia les, el día 13 de octubre de 1953); México, D.F.; 1954.
- 59.-) Porte Petit Candaudap, Celestino; "Evolución Legislativa Penal en México" Editorial Jurídica Mexicana, 1a. ed.; México, D.F.: 1965.
- 60.-) Puig Peña, Federico; "Derecho Penal, parte especial", t. III; Ed. Revista de Derecho Privado, 6a. ed., col. 'Serie C. Grandes Tratados de Derecho— Privado y Público, vol LII'; Madrid, España; 1969.
- 61.-) Quintano Ripollés, A; "Comentarios al Código Penal"; Ed. Revista de Dere cho privado, 2a. ed.; Madrid, España; 1966.
- 62.-) Rodríguez Devesa, José María; "Derecho Penal Español" (parte especial);— impreso en 'Ates Gráficas Corasa', 6a. ed.; Madrid, España; 1975.
- 63.-) Rodríguez Manzanera, Luis; "Criminología"; Porrúa, 2a. ed.; México D.F 1981.
- 64.-) Saltelli, Carlo; y Enrico Romano di Falco; "Comento Teorico-Practico— del Nuovo Codice Penale, Vol II.—parte prima; Ed. Union Tipografico-Editrice— Torino, 5a. reimpression; Torino, Italia, 1930.
- 65.-) Soler, Sebastián; "Derecho Penal Argentino"; Ed. Tipográfica Argentina,— 8a. reimpression; Buenos Aires Argentina; 1978.

67.-)Tejera y García, Diego Vicente; "Comentarios al Código de Defensa Social", t. V (de los delitos, arts. 264 al 343); Jesús Montero Editor, col. "Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros", vol CII; La Habana, Cuba; 1946.

2. Artículos de Revistas:

- 1.-)Argüelles, Francisco; "El enriquecimiento ilegítimo de los servidores públicos", en Revista Mexicana de Ciencias Penales, Año III, julio 1979-junio-1980, # 3 (estudios penales en homenaje al doctor Alfonso Quiroz Cuarón), órgano del Instituto Nacional de Ciencias Penales; México, D.F.
- 2.-)Berlín Valenzuela, Francisco; "Las tesis jurídicas de Miguel de la Madrid" en Revista Mexicana de Justicia (Procuraduría General de la República), Año-III, # 20, sept-oct 1982; México, D.F. .
- 3.-)Bolle, Pierre Henri; "Pratiques de corruption et transactions commerciales internationales", en Revue International de Droit Pénal, nouvelle série, 53^e année # 12, 1982; Pau, Francia.
- 4.-)Canaño Rosas, Antonio; "Cohecho y Soborno" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XIV, fascículo II, mayo-agosto 1961; Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos; Madrid, España.
- 5.-)Carrancá y Trujillo Raúl; "Interpretación dogmática de la definición de delito en la legislación penal mexicana", en Criminalia (órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales), Año XXVII, # 6, junio, 1961; México, D.F.
- 6.-)Casas Barquero, Enrique; "Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el código penal español", en Documentación Jurídica # 19, jul-sept 1978, Ed. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (gabinete de documentación y publicaciones); Madrid, España.
- 7.-)Ceniceros, José Ansel; "Corruptores y Sobornados"; en Revista Jurídica--Veracruzana (órgano mensual de cultura jurídica del grupo 'Orientación'), t.-III, # 3, sept de 1943; Xalapa, México.
- 8.-)Flores Sanchez, Oscar; "La responsabilidad de los funcionarios y la Hacienda Pública", en Revista Mexicana de Justicia (Procuraduría General de República), Vol. II, # 12, mayo-junio, 1981; México, D.F.
- 9.-)García Ramírez, Sergio; "Comparecencia ante la asamblea de la Cámara de Senadores del C. ... Procurador General de la República, para hablar acerca de la iniciativa de Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, promovida por el C. Presidente de la República, el día 27 de diciembre de 1982", en Revista Mexicana de Justicia (Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del D.F. e Instituto Nacional de Ciencias Penales), vol. III, # 21, nov-dic 1982; México, D.F.

10.-)Guerreri, Gigliola: "Appunti in tema de corruzione e di concussione",— en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale: Año VII, fasc. I, enero-febrero, 1964; Milán, Italia.

11.-)Madrid Hurtado, Miguel de la: "Pensamiento Jurídico expuesto por el C.— ... al tomar posesión como Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. el 16 de diciembre de 1982", en Revista Mexicana de Justicia (PGR, PGJDF, INACIFE), Vol III, # 21, nov-dic 1982; México, D.F.

12.-)Peco, José: "Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho", en La Ley (Revista Jurídica Argentina), tomo 71, julio-agosto-septiembre de 1953; Buenos Aires, Argentina.

13.-)Pedrazzi, Cesare: "La corruption", en Revue Internationale du Droit Penal, nouvelle série, 53ème. anne, # 12, 1982; Pau, Francia.

14.-)Romero Imery, Jorge: "El soborno", en Revista del Colegio de Abogados— de Guatemala. # 2, julio de 1975; Guatemala, Guatemala.

15.-)Vallejo Hinojosa, Mario: "La renovación moral de la sociedad", en Revista Mexicana de Justicia, Año III, # 20, sept-oct de 1982; México, D.F.

16.-)Vidal, Humberto S.: "Cohecho", en Boletín de la Facultad de Derecho y — Ciencias Sociales (Ed. Universidad Nacional de Córdoba), Año XXXII # 4 y 5,—

17.-)Yañez, Antonio Rafael: "De los delitos contra la cosa pública en el Derecho Venezolano": en Revista del Ministerio de Justicia, Año XI, # 43, oct-dic 1962; Caracas, Venezuela.

3. Documentos Legislativos y Textos Legales:

3.1. Vigentes.

1.-)Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (72a. ed., Ed. Porrúa, 1983; y edición de la Secretaría de Programación y Presupuesto: "La— Constitución Política de los E.U.M. al través de los regímenes revolucionarios", de enero de 1982).

2.-)Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal de 1931, ed. Porrúa, 1984.

3.-)Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 1977, ed. Porrúa,— décima edición, 1980.

4.-)Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de 1983, y— exposición de motivos de la misma: ed. de la SECOGEF, 1983.

5.-)Proceso Legislativo de la iniciativa presidencial de reformas al código penal para el D.F. en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal (Decreto publicado en el D.O. el 5 de enero de 1983): Ed. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LII Legislatura, col. documentos.

6.-)Proceso legislativo de la iniciativa presidencial de decreto (publicado en el D.O. el 13 de enero de 1984) que reforma y adiciona el código penal para el D.F. en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. Ed. Cámara de Diputados, LII Legislatura, col. Documentos.

3.2. Derogados y Anteproyectos:

7.-)Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835 (en Leyes Penales Mexicanas, t. I, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979).

8.-)Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871 (texto y exposición de motivos, en Leyes Penales Mexicanas, t. I).

9.-)Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929 (en Leyes Penales Mexicanas, t. III, 1979).

10.-)Anteproyecto de código penal para el Distrito y Territorios Federales de 1930 (en Leyes Penales Mexicanas, t. III).

11.-)Anteproyecto de código penal para el D.F. y la Federación, versión al 10 de agosto de 1983 (texto y exposición de motivos: ed. facsimilar).

—En Revista Mexicana de Justicia (PGR), número especial (dedicado a "La responsabilidad de los funcionarios públicos en la legislación mexicana), septiembre de 1980:

12.-)Ley de Responsabilidades de los Funcionarios Públicos y Empleados de la Federación y del D.F., del 21 de febrero de 1940 (texto y exposición de motivos).

13.-)Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación del D.F., y de los Altos Funcionarios de los Estados, de 1980 (exposición de motivos, iniciativa presidencial, debate y dictámen de la Cámara de Diputados dictámen y aprobación de la Cámara de Senadores, y texto legal).

3.3. Legislación vigente en las entidades federativas.

- 14.-)Código Penal del Estado de Aguascalientes, de 1949 (Ed. Cajica, 1964).
- 15.-)Código Penal del Estado de Baja California, de 1977 (Porrúa, 1983. 3a. ed.
- 16.-)Código Penal del Estado de Campeche, de 1976 (Cajica, 1978).
- 17.-)Código Penal para el Estado de Coahuila de Zaragoza, de 1982 (Cajica 1983).
- 18.-)Código Penal del Estado de Colima, de 1955 (Cajica).
- 19.-)Código Penal del Estado de Chiapas, de 1938 (Cajica, 1a. ed., 1984).
- 20.-)Código de Defensa Social del Estado de Chihuahua, de 1971 (Cajica, 3a.—
ed., 1983).
- 21.-)Código Penal Para el Estado de Durango, de 1983 (Cajica, 1984).
- 22.-)Código Penal para el Estado de Guanajuato, de 1978 (Porrúa, 2a. ed., 1981).
- 23.-)Código Penal del Estado de Guerrero, de 1937 (Cajica, 5a. ed., 1984).
- 24.-)Código Penal para el Estado de Hidalgo, de 1970 (Cajica, 3a. ed., 1984).
- 25.-)Código Penal del Estado de Jalisco (Cajica, 1972).
- 26.-)Código Penal para el Estado de México, de 1960 (Librerías Teocalli, con-
reformas al 7 de abril de 1984).
- 27.-)Código Penal para el Estado de Michoacán (Cajica).
- 28.-)Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Morelos, de 1945 (Cajica,
3a. ed., 1984).
- 29.-)Código Penal para el Estado de Nayarit, de 1954 (Cajica, 1964).
- 30.-)Código Penal para el Estado de Nuevo León, de 1934 (Porrúa, 1980).
- 31.-)Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, de 1980 (Cajica, 1983).
- 32.-)Código de Defensa Social del Estado de Puebla, de 1943 (Cajica, 1983).
- 33.-)Código Penal para el Estado de Queretaro (Cajica, 1964).
- 34.-)Código Penal para el Estado de San Luis Potosí, de 1944 (Cajica, 1983).
- 35.-)Código Penal para el Estado de Sinaloa, de 1940 (Cajica, 3a. ed., 1983).
- 36.-)Código Penal para el Estado de Sonora, de 1949 (Cajica, 4a. ed., 1984).
- 37.-)Código Penal del Estado de Tabasco, de 1972 (Cajica, 3a. ed., 1983).
- 38.-)Código Penal para el Estado de Tamaulipas, de 1956 (Cajica, 2a. ed., 1982).
- 39.-)Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, de 1980 (Caji-
ca, 2a. ed., 1982).
- 40.-)Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave, de 1980-
(Librería Carrillo, hnos. e Impresores, Guadalajara, Jalisco: 1981).
- 41.-)Código de Defensa Social del Estado de Yucatan, de 1973 (Cajica, 1980).
- 42.-)Código Penal para el Estado de Zacatecas, de 1967 (Cajica, 1982).

3.4. Legislación extranjera:

—Extraída de "Les Codes Penaux Europeens. t. I a V, nouvelle collection du Comité de Legislation Etrangère et de Droit Internationale, publié par le Centre Français de Droit Comparé, Paris, Francia: presentes par Marc Ancel et—
Yvonne Marx:

TOMO I (sin fecha de edición):

- 43.-) Código Penal alemán de 1870.
- 44.-) Código penal belga de 1867.
- 45.-) Código penal búlgaro de 1951.
- 46.-) Código penal danés, de 1930.
- 47.-) Ley Criminal para Groenlandia de 1954.

TOMO II (1957):

- 48.-) Código penal español de 1944.
- 49.-) Código penal finlandés de 1889.
- 50.-) Código penal francés de 1810.
- 51.-) Código penal griego de 1950.
- 52.-) Código penal islandés de 1940.
- 53.-) Código penal italiano de 1930.

TOMO III (1957):

- 54.-) Código penal de Liechtenstein de 1859.
- 55.-) Código penal de Luxemburgo de 1879.
- 56.-) Código penal del Principado de Mónaco, de 1874.
- 57.-) Código penal noruego de 1902.
- 58.-) Código penal neerlandés de 1881.
- 59.-) Código penal polonés de 1932.
- 60.-) Código penal portugués de 1886.

TOMO IV (1971):

- 61.-) Código penal ruso de 1968.
- 62.-) Código penal de la República de San Marino. (1865).
- 63.-) Código penal sueco de 1962.
- 64.-) Código penal suizo de 1937.
- 65.-) Código penal checoslovaco de 1961.
- 66.-) Código penal turco de 1926.
- 67.-) Código penal de la URSS, de 1960.
- 68.-) Código penal yugoslavo de 1951.

TOMO V (1975):

- 69.-) Código penal austriaco de 1974.
- 70.-) Código penal de la República Democrática Alemana de 1968.
- 71.-) Código penal de la República Federal de Alemania, de 1870, según reformas hasta el año de 1975.

—Extraídos de "Códigos Penales Iberoamericanos", Ed. Andres Bello, Caracas-Venezuela, 1946 (2 tomos); ordenación de textos y vocabulario analítico por—Francisco Carsi.

TOMO I:
Códigos Penales de:

- 72.-) Argentina (29 de octubre de 1921).
- 73.-) Bolivia (6 de noviembre de 1834).
- 74.-) Brasil (7 de diciembre de 1940).
- 75.-) Colombia (14 de septiembre de 1936).
- 76.-) Costa Rica (21 de agosto de 1941).
- 77.-) Chile (12 de noviembre de 1874).
- 78.-) República Dominicana (20 de agosto de 1884).
- 79.-) Ecuador (22 de marzo de 1938).
- 80.-) Guatemala (25 de mayo de 1936).

TOMO II:
Códigos Penales de:

- 81.-) Haití (11 de agosto de 1835).
- 82.-) Honduras (8 de febrero de 1906).
- 83.-) Nicaragua (8 de diciembre de 1891).
- 84.-) Panamá (17 de noviembre de 1922).
- 85.-) Paraguay (22 de febrero de 1910).
- 86.-) Perú (28 de julio de 1924).
- 87.-) El Salvador (14 de octubre de 1904).
- 88.-) Uruguay (4 de diciembre de 1933).
- 89.-) Venezuela (15 de julio de 1926).

Tesis elaborada en el Seminario de
Derecho Penal de la Universidad Na
cional Autónoma de México (Ciudad-
Universitaria), con la valiosa ase
soría del c. lic. CARLOS VIDAL RI-
VEROL, profesor de la materia.----
===== 1984-1985. =====