



202
24
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ENRIQUE DIAZ ARANDA



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ciudad Universitaria,

Marzo, de 1990



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.

ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILCITO

INDICE

INTRODUCCION.....	8
Abreviaturas.....	10

Primera parte

ANTECEDENTES Y REGULACION VIGENTE DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILCITO

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS	12
A. Época colonial.....	13
1. El juicio de residencia.....	13
2. Las visitas.....	19
B. Época independiente.....	24
1. Ordenamientos jurídicos sobre responsabilidad de funcionarios y empleados públicos (1814-1916).....	25
2. La Constitución de 1917.....	27
3. La Ley de 1940.....	29
a. Las reformas de 1974 a la Ley de 1940.....	39
4. La Ley de 1980.....	41
Cuadro sinóptico No. 1.....	46
Cuadro sinóptico No. 2.....	47

CAPITULO II

REGULACION JURIDICA VIGENTE

A. La situación económica, política y social.....	48
B. La reforma constitucional.....	52
C. La reforma administrativa.....	57
D. La reforma penal.....	62

Segunda parte

ANALISIS DEL TIPO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO

CAPÍTULO III
EL BIEN JURIDICO TUTELADO.....65

CAPITULO IV
EL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO.

A. Sujeto activo.....73

1. Concepto legal de servidor público.....74

2. Los servidores públicos que pueden incurrir en enriquecimiento ilícito.....82

B. Los bienes abarcados por la conducta.....86

1. Bienes que aumentan el patrimonio.....87

2. Los bienes con respecto de los cuales el servidor se conduzca como dueño.....93

C. La conducta.....95

1. La conducta penalmente relevante.....96

2. La omisión de acredita, Ubicación.....99

3. La omisión del servidor como conducta penalmente relevante, Implicaciones.....105

a. problemas dogmáticos.....108

b. problemas legales.....111

CAPITULO V

PROBLEMÁTICA ESPECIAL

A. Tentativa.....116

B. Autores y partícipes.....126

1. Autoría

a. Autor directo

b. Autor mediato.....128

c. Coautoría.....129

2. Participación y encubrimiento.....130

a. Cómplice y encubridor.....131

b. Instigador.....134

C. Concurso de delitos.....135

CAPITULO VI.

SUGESTIONES EN TORNO A UNA REFORMA.....139

CONCLUSIONES.....144

BIBLIOGRAFIA.....153

INTRODUCCION

Es hoy indiscutible que la soberanía, entendida como instancia última de decisión, radica esencial y originariamente en el pueblo. Así también, de éste dimana todo poder público. Empero, ante la imposibilidad de ejercerlo directamente, delega el ejercicio de la soberanía en el Estado. Por tanto, quienes ejercen las funciones de éste deben desempeñar su encargo con miras, única y exclusivamente, a la satisfacción del interés social, pues en caso contrario incurrirán en responsabilidad civil, administrativa, política o incluso penal.

A través de la historia, múltiples han sido las ocasiones en que el pueblo, haciendo uso de un derecho inalienable, se ha levantado en contra de aquellos servidores públicos que utilizaron la función de tales para satisfacer intereses personales y como un instrumento de opresión en contra del pueblo mismo.

Es por ello que la responsabilidad de los servidores públicos está siempre presente en todo sistema democrático constitucional, y es una de las características primordiales de todo Estado de derecho para evitar el abuso del poder. Esta es la razón por la cual la regulación de dicha responsabilidad es indispensable al momento en que el congreso constituyente emite el supremo ordenamiento jurídico. Sin embargo, existen ciertos periodos en

que esta exigencia popular se agudiza, dando origen a la creación de múltiples instrumentos dirigidos a sancionar a los servidores públicos corruptos.

En este marco, en el año de 1982, como producto de la "renovación moral de la sociedad", se incorporó a los delitos cometidos por los servidores públicos, previstos en el Código Penal, el tipo de enriquecimiento ilícito. A pesar de la buena voluntad del legislador, dicha figura delictiva adolece de claridad y certeza en la materia de prohibición, dando origen a fundamentales cuestiones, a saber: ¿cuál es el bien jurídico tutelado?; ¿qué servidores pueden incurrir en el ilícito?; ¿qué se entiende por enriquecimiento para efectos de la ley?; ¿acaso es el incremento patrimonial del servidor público la materia de prohibición?; ¿cuál es la conducta penalmente relevante?; ¿por qué el legislador ordena expresamente al servidor que acredite la licitud de su enriquecimiento?; ¿es acorde su regulación con los principios de un Estado democrático de derecho?; ¿podrá configurarse la tentativa en el delito de enriquecimiento ilícito?; ¿quienes pueden ser autores y quienes partícipes de este ilícito? y, ¿es factible el concurso de delitos?. La solución a éstos y otros interrogantes nos permitirá determinar si se justifica o no la creación de tipos penales de esta naturaleza para prevenir y sancionar la corrupción pública. Nos habilitará también para sugerir las modificaciones que, a nuestro juicio, deban realizarse.

Enrique Díaz A.

LISTA DE ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado.
art.	artículo
arts.	artículos
Co.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
C.P.	Código Penal
ed.	edición
Ed.	Editorial
esp.	especialmente
fr.	fracción
frs.	fracciones
ibid.	allí, en el mismo lugar
inc.	inciso
incs.	incisos
id.	el mismo, lo mismo
infra	abajo
LFRSP	Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
LRFE	Ley de Responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los altos funcionarios de los Estados de 1940.
No.	Número
Nos.	Números
op. cit.	obra citada
p.	página
pfo.	párrafo
pfos.	párrafos
Pp.	páginas
pto.	punto
SCGF	Secretaría de la Contraloría General de la Federación
sic.	así, de esta manera
supra.	arriba
tr.	traducción, traductor
Vid.	véase
vol.	volumen
vois.	volumenes

ANTECEDENTES HISTORICOS

Primera parte

ANTECEDENTES HISTORICOS Y REGULACION JURIDICA VIGENTE DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILCITO

ANTECEDENTES HISTORICOS

Capítulo I

ANTECEDENTES HISTORICOS

En ciertos periodos de nuestra historia, tanto colonial como independiente, el legislador se ha preocupado por dictar preceptos tendentes a prevenir y, en su caso, sancionar el enriquecimiento de los funcionarios y empleados que utilizan la función pública para lograr dicho fin. Encontrar dichos preceptos no es tarea fácil, debido a que el fenómeno asume características diversas en cuanto: i) a su descripción legal; ii) al cambio de naturaleza jurídica; iii) a las distintas sanciones que acarrea; iv) a su ámbito personal de validez, y v) a la falta de continuidad de aquella regulación.

De esta guisa, la única constante con que contamos para inquirir sobre los antecedentes del delito de enriquecimiento ilícito, es el incremento patrimonial del servidor público. Por ende, nuestra investigación se ha dirigido, única y

ANTECEDENTES HISTORICOS

exclusivamente, a la búsqueda y análisis de aquellas disposiciones jurídicas que se han dictado *ex profeso* para regular y, en su caso, sancionar el enriquecimiento del servidor o funcionario público. En consecuencia, aunque el servidor puede enriquecerse a través de delitos como el peculado, el cohecho u otros, no se emprende su estudio, pues dichas figuras delictivas no están referidas a la idea de enriquecimiento.

Sabedores estamos de la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos en materia de responsabilidad de funcionarios y empleados públicos. Mas, sólo se analizan detalladamente aquéllos cuyos principios rectores permitan sancionar al servidor que se enriquecía utilizando su empleo, cargo o comisión públicos.

A. Época colonial

Durante la época colonial existieron dos grandes sistemas para hacer efectiva la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos. Ellos eran el juicio de residencia y la visita.

1. El juicio de residencia

El juicio de residencia, basado en el procedimiento judicial

ANTECEDENTES HISTORICOS

romano,¹ tenía la finalidad de garantizar el cumplimiento de las disposiciones jurídicas emitidas por la Corona, para proteger al Estado y particulares.² Los sujetos a juicio fueron, en principio, jueces, y más tarde el juicio se extendió a todas las autoridades públicas, con excepción del rey.³

Su función de equilibrio entre la Corona y sus funcionarios hizo constante su aparición en importantes ordenamientos jurídicos, tales como:

i) Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, específicamente la III, destinada principalmente a los jueces.⁴

ii) El Ordenamiento de Alcalá de 1348.⁵

iii) La Novísima Recopilación, en los Títulos XII y XIII, Libro VII,⁶ reforzada por la Pragmática de 9 de junio de 1500.⁷

iv) La Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812.⁸

El funcionario residenciado debía, al finalizar el juicio, obtener una sentencia favorable, pues en caso contrario no podía desempeñar ningún otro puesto estatal; en otras palabras, quedaba inhabilitado para desempeñar otro empleo, cargo o comisión

¹ BARRAGÁN Barragán, José. *El juicio ...* p. 20.

² *Cfr. Ibid.* esp. pp. 92-70.

³ BARRAGÁN Barragán, José. "Antecedentes históricos..." pp. 97-98.

⁴ BARRAGÁN Barragán, José. *El juicio...* pp. 22-28.

⁵ *ibid.* p. 20

⁶ CÁRDENAS, Raúl F., p. 10

⁷ BARRAGÁN Barragán, José. *El juicio...* p. 27- 30

⁸ *Cfr. Ibid.* esp. pp. 58-70.

ANTECEDENTES HISTORICOS

públicos. Ello se explica, en virtud de la gran importancia que revestía la honra en aquella sociedad, siendo aplicable, incluso, "aquello de que todo hombre es honrado, mientras no se demuestre lo contrario."⁹ De ahí la importancia de realizar todos y cada uno de sus actos con la mayor atención posible.

Las violaciones a la Constitución y demás leyes constituían la fuente más importante de la responsabilidad de los funcionarios residenciados. Por tanto, los actos del funcionario que violaran estos ordenamientos jurídicos en perjuicio del particular o de la Corona lo hacían responsable directa y personalmente.

En este orden de ideas, desde Las Partidas se otorgaban garantías al particular y responsabilizaba al funcionario que las violaba. Entre dichas garantías se encontraban: i) la seguridad jurídica, prohibiéndose el procedimiento inquisitivo; ii) la inviolabilidad del domicilio; iii) la resistencia a violaciones de los fueros; iv) la libertad de trabajo; v) la libertad de imprenta; vi) la prohibición de la prisión arbitraria; vii) la prohibición de tormento, y viii) la prohibición de confiscar los bienes del particular.¹⁰

Por su parte, el Estado también vigilaba la actuación del funcionario, sobre todo en los rubros siguientes: i) administración de los intereses hacendísticos; ii) cumplimiento de instrucciones, ordenanzas, provisiones y cédulas reales, y

⁹ *Ibid.* p. 26.

¹⁰ *Cfr. Ibid.* esp. pp. 25-26.

ANTECEDENTES HISTORICOS

(ii) actos de violencia o atropello a las elecciones eclesiásticas y seculares de los cabildos y comunidades.¹¹

En términos generales, la materia de responsabilidad del funcionario residenciado podía ser universal e ilimitada.¹² En consecuencia, a través de esta institución se podía sancionar al servidor que había incrementado su patrimonio utilizando su cargo público, causando agravio al particular o al Estado.¹³ Este último requisito procedía de que "en la Nueva España se introdujo la práctica de abrir residencia solamente ... a pedimento de parte",¹⁴ lo que dió origen a la expedición de cédulas, como la de 28 de junio de 1568 en el Escorial, con el objeto de erradicar dicha práctica.

Uno de los casos más ilustrativos sobre el juicio de residencia es el instaurado en contra de Hernán Cortés. En consecuencia, su análisis, enfocado exclusivamente al enriquecimiento de éste, arroja considerable luz a nuestra tarea de investigación.

En principio, la residencia se instauró a raíz "de las muchas quejas que habían llegado a España de la conducta de Cortés,...".¹⁵ Así, también, de Hernán Cortés el Rey tenía

¹¹ Cfr. BARRAGÁN Barragán, José. "Antecedentes históricos... esp. p. 40.

¹² *Ibid.* pp. 85-86.

¹³ Cfr. BARRAGÁN Barragán, José. *El juicio...* esp. p. 42

¹⁴ *Ibid.* p. 41.

¹⁵ *Ibid.* p. 34.

ANTECEDENTES HISTORICOS

noticias de

Que es fama muy notoria entre todos que tiene grandisimo thesoro asi por el gran numero que ha tenido e tiene de yndios como por los grandes e continuos serviscios que de cada dia le vienen de todas partes [sic].¹⁶

Dicha fortuna estaba constituida de bienes muebles, inmuebles, esclavos, etc.¹⁷ Sin embargo, el objeto de la residencia no se encontraba en su fortuna, sino en

... si vos mandamos, que os ynformeyms de vuestro oficio como e de que manera el dicho D. Hernando Cortés e sus oficiales, han usado los dichos oficios e cargos y executado la nuestra justicia: especialmente en los pecados publicos, y como se an guardado las leyes e ordenanzas e ynstruciones de los catholicos reyes nuestros padres e aquellos y señores, que ayen santa gloria y nuestras dadas y hechas para la dicha tierra e como han guardado y defendido la nuestra justicia derecho y preminencia y patrimonio real, y si en algo los hallaredes culpantes por la informacion secreta llamadas e oydas las partes averigueys la verdad, e ansi averiguada, hagays sobre todo cumplimiento de justicia,...[sic]¹⁸

Así, entre los cargos presentados a Cortés, se encuentran:

- Que no les dio parte de oro.
- Otros que no les dio indios.
- Otros le demandaban caballos que les mataron en las

¹⁶ LÓPEZ Rayón, Ignacio (Paleógrafo). *Sumario de la residencia tomada a D. Fernando Cortés, gobernador y capitán de la N. E. (y a otros gobernadores y oficiales de la misma)*. México. 1941. Tipografía de Vicente García Torres. 1832. T. I. p. 28.

¹⁷ Cfr. ZAVALA SILVIO, esp. Pp. 207-210.

¹⁸ LÓPEZ Rayón, Ignacio, *Op. cit.* pp. 2-3.

ANTECEDENTES HISTORICOS

guerras.

- Otros demandaban afrentas, de sus personas, que por mandato de Cortés les habían hecho.

Como podemos observar, mediante la residencia se podían sancionar aquellas conductas en las que el servidor usara el oficio o cargo público para incrementar su patrimonio causando agravio al particular o al Estado, mas no se sancionaba el aumento patrimonial por sí mismo. Antes bien, diríamos, que el incremento patrimonial del servidor se protegía hasta que se demostrara su ilicitud. En este sentido, el 29 de junio de 1528 se dictó "... una real cédula por la que el rey ordenaba á la Audiencia que no se tocase ni menoscabase ninguno de los bienes que el Conquistador tenía en México."²⁰

No obstante, dicha cédula no fue cumplida, dando origen a la cédula del 9 de junio de 1530, que establecía:

Por parte de don Hernando Cortés, marqués del Valle, le fue hecha relación que, sin embargo de la recusación presentada, Nuño de Guzmán y licenciados Matienzo y Delgadillo, han procedido contra el dicho marqués y le han mandado vender mucha hacienda y las vacas y ovejas y yeguas y cuadrillas de esclavos, procediendo en las subastas como jueces, de que el marqués ha recibido agravio y daño, y pide se le hagan tornar las dichas haciendas con todo lo multiplicado de ellas. La cédula manda que, oídas las partes, sumariamente hagan y administren lo que hallaren por justicia,²¹ por manera que ninguna de las partes reciba agravio. [sic]

¹⁹ BARRAGÁN Barragán, José. "Antecedentes históricos... pp. 82.

²⁰ México a través de los siglos. T. III. E. U. A. Ed. Cumbre. 1981. p. 172

²¹ ZAVALA Silvio, p. 15.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Es particularmente importante resaltar que el Presidente y los Oidores de la audiencia incurrieron en responsabilidad por haber procedido contra los bienes del Conquistador sin haber resuelto la recusación presentada por éste. Si esto es así, entonces, el servidor que se enriquecía utilizando su cargo público podía ser sancionado con la privación de dichos bienes y, además, con la inhabilitación permanente a que hicimos referencia al iniciar el presente apartado.

De acuerdo con nuestra tradición jurídica, he aquí lo que a nuestro juicio es el primer sistema de responsabilidades mediante el cual se podía sancionar al servidor público que se hubiera enriquecido utilizando la función pública.

2. La visita

Las visitas surgen a partir del s. XVI. Consistían en "una inspección realizada a un organismo público..., con el fin de revisar la gestión de los funcionarios que la componen",²² limitando su poder en beneficio de la Corona y los particulares, además de controlar la corrupción.²³

²² ARREGUI Zamorano, Pilar. p. 54.

²³ BERNAL, Beatriz. "Visitas" *Diccionario Jurídico Mexicano*. T. IV. México. UNAM-Porrúa. 1988. p. 9250.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Por medio de la visita se inspeccionaba periódicamente a cualquier funcionario o empleado público,²⁴ quien debía responder en materias específicas.

El procedimiento se iniciaba con la llegada del visitador, quien llevaba consigo las comisiones, poderes, quejas y demás información sobre el funcionario a visitar. A su llegada, siempre imprevista, se daba publicidad con el fin de allegar información basada en denuncias, interrogatorios de testigos y revisión de libros.²⁵

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

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

Entre los órganos sujetos a la visita contábase las Audiencias,²⁶ y es en ellas donde encontramos regulaciones y casos que constituyen el antecedente del enriquecimiento ilícito.

A los miembros de las Audiencias se les prohibía, entre otras cosas, tener negocios o cualquier otra clase de aprovechamientos materiales. Así, el 29 de abril de 1549 se dió una Real Cédula para México, en la que se disponía:

²⁴ *Ibid.* p. 9251.

²⁵ SÁNCHEZ Bello, I., *El juicio de Visitas en Indias*. 998. Cit. por ARREGUI Zamorano, Pilar. p. 56.

²⁶ La primera de ellas fue instaurada el 29 de noviembre de 1527, cuyo fin era sustituir la autoridad de Hernán Cortés, como consecuencia del fracaso de la residencia practicada por Luis Ponce de León en 1526.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Os mando que ahora, ni de aquí adelante tengais granjerias de ninguna suerte de ganados mayores ni menores, ni estancias, ni labranzas, ni minas, ni tengais tratos de mercaderias ni otras negociaciones y tratos por vosotros, ni en compañía ni por interpósitas personas directa ni indirectamente; ni os sirvais de los indios de agua, ni hierba, ni letra, ni otros servicios, ni aprovechamientos directa ni indirectamente, sopena de vuestra merced, y de perdimiento de vuestros oficios. [sic]²⁷

En principio sólo se aplicó la sanción pecuniaria, es decir, las multas, pero ya en 1550, además del incremento de las multas, también se hacía efectiva la pérdida del oficio y a la persona que contrataba con el oidor se le privaba de sus bienes materiales. Sin embargo, ante la reiterada desobediencia de las disposiciones, se dictaron nuevas Cédulas prohibitivas que aumentaron las penas.²⁸

En aquella época varios fueron los funcionarios visitados y sancionados por violar la disposición antes transcrita. Algunos de esos casos son:

El primer acusado es el licenciado Lorenzo de Tejada, oidor de la Audiencia. Se le acusa de haberse comprado tierras, plantado viñas y otros árboles de Castilla y edificado en ellas, el haber comprado cuarenta cabezas de yeguas y doscientas cincuenta de vacas, todo ello prohibido por las leyes...²⁹

²⁷ R. C. 2ª de abril 1549. Cit. ARREGUI Zamorano Pilar. *Op. cit.* Pp. 47-48.

²⁸ ARREGUI Zamorano, Pilar. *La audiencia...* P. 48

²⁹ *Ibid.* pp. 241-242.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Al fiscal, Cristóbal de Benavente, también se le imputó "Que tiene y ha tenido tratos, contratos y granjerías con muchas personas de esta Nueva España, así en mercaderías, como de ganados, estancias y esclavos y minas."³⁰

Muchos otros funcionarios fueron sujetos a cargos similares a los anteriores, como los oidores Alonso Maldonado, Francisco de Ceynos y Luis de Villanueva Zapata.³¹

" En definitiva, se trata [i.d. est. trataba] de conseguir que el ejercicio de un oficio en la Audiencia fuera incompatible con cualquier otro dentro o fuera de la Audiencia."³² para evitar que el funcionario o empleado público hiciera uso indebido de la función pública. En otras palabras, se buscaba la incorruptibilidad de ésta.

Lo anterior nos demuestra la existencia de una disposición expresa en la que se sancionaba, con la destitución y multas, el enriquecimiento del funcionario, con el fin de evitar que éste hiciera uso indebido de la función pública.

Visto lo anterior, es importante dejar sentado que en esta época el enriquecimiento del funcionario revestía las peculiaridades siguientes: (i) existía una disposición expresa que prohibía el enriquecimiento con el fin de evitar cualquier forma de corrupción pública; (ii) existía certeza jurídica sobre la materia de prohibición; (iii) la demostración o acreditación de la

³⁰ Cargo 20 al licenciado Benavente. Cit. ARREGUI Zamorano, Pilar. p. 212

³¹ Cfr. ARREGUI Zamorano Pilar. esp. Pp. 211- 228.

³² Ibid. p. 45

ANTECEDENTES HISTORICOS

conducta a través de la cual se incrementaba el patrimonio era irrelevante; iv) sólo estaban sujetos a esta prohibición los miembros de las Audiencias; v) a través de la visita se hacía efectiva esta disposición; vi) se trataba propiamente de una falta administrativa, y vii) las sanciones impuestas eran estrictamente administrativas.

Finalmente, las visitas estuvieron vigentes del s.XVI al s. XVIII. Sin embargo, sólo en el primero de ellos fueron aplicadas con frecuencia.

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

i) El proyecto de decreto para hacer efectiva la responsabilidad de los magistrados, jueces y empleados públicos, presentado por la comisión de arreglo de tribunales el 27 de enero de 1813.³³

ii) El decreto de 24 de marzo de 1813, que establecía las reglas para hacer efectiva la responsabilidad de los empleados públicos.³⁴

iii) El proyecto de ley referente a la responsabilidad de los infractores de la Constitución, que fue presentado en la sesión del 13 de julio de 1813. En este proyecto se regulaban los delitos contra el Estado, la libertad electoral, la división de poderes y la privación ilegal de la libertad, entre otros.³⁵

³³ Cfr. BARRAGÁN Barragán, José. *Algunos documentos...* esp. Pp. 11-50.

³⁴ Cfr. *Ibid.* esp. Pp. 50-58.

³⁵ Cfr. *Ibid.* esp. pp. 60-119

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

(v) Por último, se expide el Reglamento para el gobierno interior de las Cortes de 1813, que regulaba la forma para exigir la responsabilidad de los secretarios de despacho.³⁶

Sin embargo, ninguno de ellos contiene alguna disposición que expresamente hiciera referencia al servidor que se enriquecía. Por tanto, nos ocuparemos a continuación de los antecedentes en la época independiente.

B. Época independiente

La consumación de la independencia alimentaba en el pueblo la esperanza del cambio económico, político y social. Sin embargo, esto no ocurrió, pues el cambio recayó sólo en quienes detentaban el poder y no en la estructura.

Se requería la continuidad de instituciones jurídicas que dieran estabilidad al Estado y, en este sentido, la regulación de la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos fue indispensable.

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

³⁶ Cfr. *Ibid.*, esp. pp. 148-149.

ANTECEDENTES HISTORICOS

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

1. Ordenamientos jurídicos sobre responsabilidad de funcionarios y empleados públicos (1814-1916)

A continuación presentamos en orden cronológico los ordenamientos jurídicos más importantes, referentes a la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos:

(i) Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, arts. 212 a 231.³⁷

(ii) Proyecto de reglamento provisional del Imperio Mexicano de 1822, arts. 78 a 80.³⁸

(iii) Reglamento del soberano Congreso de 1823, arts. 116 a 123, referentes al "modo de exigir la responsabilidad a los secretarios de despacho".³⁹

(iv) Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, del 24 de octubre de 1824, arts. 38, 39 y 40 (para el poder legislativo); 107, 108, 109 y 118 (para el poder ejecutivo), y

³⁷ *Ibid.* pp. 149-152.

³⁸ *Ibid.* pp. 152-154

³⁹ *Ibid.* pp. 154-155.

ANTECEDENTES HISTORICOS

137, 138 y 139 (para el poder judicial de la Federación).⁴⁰

Estos ordenamientos se basaban en las disposiciones emitidas por los españoles, sobre todo en la Constitución de Cádiz y, por tanto, tenían gran influencia del juicio de residencia. Mas, en ellos no encontramos disposición alguna en la que se haga referencia a la responsabilidad universal e ilimitada del servidor público. En consecuencia, el servidor que se enriquecía utilizando su función pública no podía ser sujeto de dichos ordenamientos de responsabilidad ministerial.⁴¹

v) Quinta Ley Constitucional de 1836, sobre todo al referirse al poder judicial.⁴²

vi) Bases Orgánicas de 1843, cuyo Título IV trata del poder legislativo.⁴³

vii) Ley Penal para los empleados de Hacienda, de 28 de junio de 1853.⁴⁴

viii) Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de marzo de 1856.⁴⁵

ix) Constitución de 5 de febrero de 1857.⁴⁶

x) Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito

⁴⁰ Cfr. *Ibid.* esp. pp. 155 y ss.

⁴¹ Cfr. *Ibid.* esp. Pp. 149-159.

⁴² *Ibid.* pp. 169-170.

⁴³ *Ibid.* p. 190

⁴⁴ Cfr. México. Secretaría de la Contraloría General de la Federación. *La renovación...* Pp. 22-23.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Cfr. CÁRDENAS, RAÚL F. esp. Pp. 27-28 y 31-36.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Federal, de 3 de noviembre de 1870.⁴⁷

x) Código Penal de 1872.⁴⁸

xi) Ley reglamentaria de los artículos 104 y 105 de la Constitución Federal del 6 de junio de 1896.⁴⁹

Invariablemente esos ordenamientos sancionaron o dieron las bases para sancionar las conductas delictivas de los funcionarios públicos, y el enriquecimiento ilícito fue un posible medio de prueba para comprobar su responsabilidad, pero jamás formó parte de los elementos descriptivos de dichas figuras.

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

2. La Constitución de 1917

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

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

⁴⁷ *Ibid.* p. 30

⁴⁸ *Ibid.* esp. p. 29

⁴⁹ Diario Oficial 6-VI-1896.

ANTECEDENTES HISTORICOS

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

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

[Los artículos 109 a 110, establecen el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad]

Artículo 111...

...
...
...

El Congreso de la Unión expedirá, a la mayor brevedad, una Ley de responsabilidad de todos los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, determinando como delitos o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, aun cuando hasta la fecha no hayan tenido carácter delictuoso. Estos delitos o faltas serán siempre juzgados por un Jurado Popular, en los términos que para los delitos de imprenta establece el artículo 20.⁵⁰

En estos términos, la nueva Constitución facultaba al Congreso de la Unión para expedir la ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados públicos, la cual debía determinar los delitos y faltas oficiales que afectaran el interés público y el buen despacho. Así, el artículo 16 transitorio señalaba el día primero de septiembre, fecha en que iniciaba el periodo ordinario de sesiones, para dictar la referida Ley.

Sin embargo, dicha disposición no se cumplió, y se estableció responsabilidad en muy diversos casos, aplicando " directamente las disposiciones del título cuarto de la Constitución y la Ley Sobre Responsabilidad del 6 de Junio de 1896, Reglamentaria de la

⁵⁰ CÁRDENAS, Raúl F. pp. 21-22

ANTECEDENTES HISTORICOS

Constitución de 1857",⁵¹ situación que acarrearía múltiples problemas, pues sus disposiciones no eran homogéneas.⁵²

3. La Ley de 1940

En 1933 el general Lázaro Cárdenas fue postulado como candidato oficial del entonces PNR (Partido Nacional Revolucionario). Durante su campaña presidencial Cárdenas se pronunció por el ejercicio del poder público en beneficio del pueblo. Así, en su discurso pronunciado en Querétaro el 6 de diciembre de 1933, señaló:

Lo esencial para que puedan realizarse... los postulados sociales de la Constitución General de la República y las fórmulas de coordinación social contenidas en el programa de gobierno del Partido Nacional Revolucionario..., consiste en que se verifique una plena interpretación revolucionaria de las leyes, por hombres que sinceramente sientan la Revolución; que sean plenamente conscientes de su responsabilidad; que tengan verdadero cariño a las masas proletarias y que perciban con amplitud el espíritu y las necesidades históricas ..., para que de esta manera las ejecuten con resolución completa y plena honradez, a fin de lograr el progreso colectivo. Porque, si en el seno de una administración pública, los hombres llamados a colaborar en ella actuaran ... sin disciplina para llenar su fin, llevarían indiscutiblemente al fracaso a la mejor de las ideas y al más bien meditado plan de gestión.⁵³

⁵¹ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel. "Experiencia parlamentaria... p.
71

⁵² Cfr. *Ibid.* pp. 71- 90

⁵³ MÉXICO. *Historia documental del Partido de la Revolución.*
México. Partido Revolucionario Institucional-Instituto de
capacitación política. 1981. T. III. pp. 39-40.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Como podemos observar, Cárdenas consideró que para lograr la satisfacción del interés social era necesario contar con funcionarios y empleados públicos incorruptibles. Sobre el particular, el General, en su discurso pronunciado en Durango el 30 de junio de 1934, manifestó:

No debemos dar por terminados los compromisos de la Revolución, la que debe usar del poder para la depuración y renovación constante de sus hombres y de sus principios, obrando con el mismo espíritu de sacrificio y de limpia intención que se tuvo en los momentos de combate por la destrucción del viejo régimen. Para ello es indispensable en los hombres públicos la misma honestidad que la impuesta en los días iniciales. De concederme el pueblo la máxima responsabilidad oficial, seré cuidadoso de que mi gobierno se distinga por la estricta moralidad de sus colaboradores, y me empeñaré en encontrarme siempre vinculado con las necesidades más urgentes del pueblo.⁵⁴

Para el año de 1935, el país sufría una nueva crisis política, en que se utilizaba la responsabilidad de los funcionarios públicos como instrumento de persecución.⁵⁵ Así lo demuestran las sanciones arbitrarias, en relación a las cuales Raúl F. Cárdenas alude a

las extrañas resoluciones que se dieron en el año de 35, en que se despidieron, por motivos políticos, sin ningún fundamento, a diputados, senadores, gobernadores y secretarios de Estado, reputados "callistas", aun cuando algo parecido ocurrió⁵⁶ en 1925 respecto a los antirreeleccionistas.

⁵⁴ *Ibid.* p. 79.

⁵⁵ *Cfr. Ibid.* esp. pp. 289-315

⁵⁶ CÁRDENAS, Raúl F. pp. 64-65

ANTECEDENTES HISTORICOS

Esta problemática, aunada al mandato constitucional y a la inadecuada regulación en materia de responsabilidades, explica la urgencia de expedir una ley reglamentaria de los artículos 108 a 111 de la Constitución.

El 31 de diciembre de 1936 el Congreso de los Estado Unidos Mexicanos concedió, por decreto, facultades extraordinarias al presidente Cárdenas para legislar en los ramos de

Gobernación, Población, Migración, Demografía y Turismo; Salubridad pública; y, Materia Penal y Procesal Penal; y, para reformar la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado.⁵⁷

En uso de estas facultades, el Presidente decretó la Ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los altos funcionarios de los Estados, dando cumplimiento al mandato constitucional del art. 111 pfo. 4°. Mas, esta Ley siguió los lineamientos de su antecesora (Ley de 1896), incurriendo en un sinnúmero de contradicciones con la Constitución.⁵⁸

En la exposición de motivos de la Ley quedó de manifiesto la intención de regular la conducta de los funcionarios públicos y constituirlos en un ejemplo a seguir. Para tal efecto, se incorporaron nuevos contenidos, entre ellos el enriquecimiento

⁵⁷ Diario Oficial. 31-XII-1936. P. 4

⁵⁸ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel. "Experiencia parlamentaria... p.

ANTECEDENTES HISTORICOS

inexplicable. Sobre éste, en la exposición de motivos se decía:

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

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

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

De acuerdo con la exposición de motivos de esta Ley, el enriquecimiento ilícito no sólo constituía un procedimiento de investigación sino también una verdadera falta oficial, pues lo que perjudica a la economía, desprestigia la administración pública y afecta al consensus popular, se puede considerar como "actos u omisiones que redundan en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho", tal y como lo establecía el art.

ANTECEDENTES HISTORICOS

111 pfo. 4° de la Constitución. Aunado a lo anterior, debemos tener presente lo dispuesto en el art. 21 de la Ley, que señalaba:

Art. 21. Se consideran como faltas oficiales de los funcionarios y empleados a que se refiere este Capítulo, las infracciones y omisiones cometidas por los mismos en el desempeño de sus funciones y que no sean conceptuadas como delitos por la ley.

Y, si consideramos que en el art. 18 de Ley se determinaban en setenta y dos fracciones los actos u omisiones que se consideraban como delitos oficiales y en ninguna de dichas hipótesis se encontraba contenido el enriquecimiento del funcionario o empleado público, nuestra afirmación estará debidamente fundada.

Con disposiciones de este tipo se pretendía evitar la corrupción de los funcionarios y empleados públicos, pues las medidas de política criminal habían sido insuficientes para erradicarla.

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

Art. 103. Si durante el tiempo en que algún funcionario o empleado público se encuentre en el desempeño de su cargo o al separarse de él por haber terminado el período de sus

60
Diario Oficial 21-II-1940. p. 6

ANTECEDENTES HISTORICOS

funciones, o por cualquier otro motivo, se encontrare en posesión de bienes sea por sí o por interpósita persona, que sobrepasen notoriamente a sus posibilidades económicas, tomando en consideración sus circunstancias personales y la cuantía de dichos bienes, en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios, dando motivo a presumir, fundadamente, la falta de probidad de su actuación, el Ministerio Público Federal y del Distrito y Territorios Federales, en su caso, deberán atender con toda eficacia y diligencia a las denuncias que se les hagan a este respecto, investigando las conductas del funcionario o empleado de que se trate, quien, por su parte, estará obligado a justificar debidamente la legítima procedencia de dichos bienes. No se tomarán en consideración las denuncias anónimas.⁶¹

Es conveniente destacar algunas características importantes de este artículo, a fin de tener un marco de referencia más amplio al llegar al análisis del actual delito de enriquecimiento ilícito.

El enriquecimiento inexplicable del funcionario o empleado público daba lugar a un procedimiento de investigaciones que revestía las siguientes peculiaridades: i) sólo se iniciaban con la denuncia realizada por persona cierta, a quien la Ley concedía acción popular para hacerla, sin que procedieran las denuncias anónimas (arts. 8º, 103 y 109 LRFE); ii) sólo el Ministerio Público era el órgano facultado para realizar las investigaciones (art. 103 y 104 LRFE); iii) todos los altos funcionarios, funcionarios y empleados públicos podían ser sujetos a dicho procedimiento de investigación; iv) el Representante de la Sociedad contaba con la manifestación de bienes (depósitos en numerario y bienes raíces) que debían presentar los funcionarios y empleados públicos ante el

⁶¹ Diario Oficial. 21-II-1940. pp.14-15

ANTECEDENTES HISTORICOS

Procurador General de Justicia (arts. 2^o, 103, 109 y 111 LRFE); v) era obligación del Ministerio Público investigar con eficacia y diligencia las conductas a través de las cuales se había enriquecido el funcionario o empleado y, en su caso, consignar el asunto al juez respectivo para que éste depurara dicha conducta (arts. 103, 104 y 109 LRFE); vi) el funcionario o empleado, por su parte, debía justificar la legítima procedencia de los bienes; en consecuencia, tanto los bienes cuya procedencia no demostraba el servidor, como aquéllos que provenían de conductas penalmente irrelevantes, pero consideradas ilícitas por algún otro ordenamiento jurídico, configuraban el enriquecimiento inexplicable (exposición de motivos y arts. 103 y 104 LRFE); vii) durante el procedimiento, el funcionario tenía derecho a ser oído en defensa y a que se le recibieran todas las pruebas que aportara (art. 104, pfo. 3^o LRFE); viii) las investigaciones podían iniciarse durante el periodo de sus funciones del servidor y hasta un año después de terminado su encargo (art. 103, pfo. 3^o), y (x) si de las investigaciones realizadas no se demostraba la comisión de algún delito, el funcionario o empleado seguía gozando de su libertad.

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

i) La pérdida de los bienes cuya legítima procedencia no justificara plenamente. Así lo disponía el párrafo tercero del artículo 106 LRFE, en los términos siguientes:

ANTECEDENTES HISTORICOS

ARTICULO 106 ...

...

Si [el funcionario] no hubiese justificado la legitima procedencia de dichos bienes, el juez hará la declaración respectiva y ordenará que pasen al dominio de la Nación, del Distrito o Territorios Federales, en su caso, salvo que alguna persona afectada reclame y justifique la propiedad de ellos, en cuyo caso la adjudicación se hará en su favor con arreglo a la ley.⁶²

Es éste uno de los puntos de mayor objeción a esta Ley. Pues "privar a uno de sus bienes y aplicarlos al Estado",⁶³ significaba la confiscación de estos, lo cual estaba prohibido en el art. 22 de la Constitución, en los siguientes términos:

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas.

Como podemos observar, la declaración en que el juez ordenaba que los bienes cuya legitima procedencia no se hubiera justificado pasaran al dominio de la Nación, no estaba fundada en la responsabilidad civil proveniente de la comisión de algún delito, hipótesis prevista en otra parte de la Ley (art. 107).

⁶² Diario Oficial 21-II-1940. p. 15

⁶³ AGUAYO González, Olga Leticia. "Confiscación" *Diccionario Jurídico Mexicano*, segunda edición. T. I. México. Ed. Porrúa. 1987. p. 601.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Tampoco podía considerarse como pago de impuesto o multa. En consecuencia, no existe duda sobre la anticonstitucionalidad de esta disposición.

(i) La suspensión en sus funciones o cargo, solamente si la conducta del funcionario o empleado fuera sospechosa durante las investigaciones (art 108). Sobre el particular, es conveniente dejar sentado que en los preceptos de este ordenamiento no se encontraba disposición expresa sobre la destitución o inhabilitación aplicables al servidor público que incurría en enriquecimiento inexplicable.

En conclusión, de acuerdo con la regulación del enriquecimiento inexplicable, todo incremento patrimonial que no correspondía a los ingresos lícitos del servidor público se presumía ilícito, salvo prueba en contrario. Luego, entonces, el enriquecimiento inexplicable se erigía sobre una presunción de culpabilidad que daba lugar a la inversión de la carga de la prueba.⁶⁴

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

Loables motivos llevaron al legislador de 1940 a establecer en la LRFP un mecanismo jurídico mediante el cual se pudiera prevenir y, en su caso, sancionar la corrupción pública. No obstante, el enriquecimiento inexplicable distó mucho de lograr

⁶⁴ Vid. *infra* cap. IV. inc. c. pto. 9.

ANTECEDENTES HISTORICOS

su objetivo debido a su confusa regulación, a su manifiesta violación de principios básicos del derecho y a la inconstitucionalidad de sus sanciones.

A mayor abundamiento, la Ley de 1940, como se señalaba en su exposición de motivos,⁶⁵ había sido dictada por el Presidente en uso de las facultades para legislar en materia penal y procesal penal. Empero, las investigaciones y procedimiento relativos al enriquecimiento inexplicable tenían una naturaleza propiamente administrativa y sólo se sujetaban en cuanto a su forma, como lo declaraba el art. 104, pfo. 2º de la Ley, al Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales. Por tanto, si el Presidente no tenía facultades para legislar en materia administrativa, la inconstitucionalidad del enriquecimiento inexplicable era evidente. Y amén, de la inconstitucionalidad que sobre dicha Ley recayó al regular la materia política, como lo es el juicio político.

Esta Ley fue poco eficaz. Al respecto, Raúl F. Cárdenas manifiesta "...la Ley de 39 fue... tan confusa e ineficaz, que su derogación era indispensable."⁶⁶

Sin embargo, en aquella época se hicieron pronunciamientos a favor del enriquecimiento inexplicable. Así lo manifestó Octavio Véjar Vázquez:

...cualquiera exigencia de rectitud, honradez y pudor es obra de saneamiento social; de ahí que el castigo del

⁶⁵ Diario Oficial. 21-II-40. p. 2

⁶⁶ Responsabilidad... p. 87

ANTECEDENTES HISTORICOS

enriquecimiento ilícito deba imponerse con severidad ejemplar. Creo que mucho ayudaría al logro de éste objeto, formar una sección dentro del Registro Público de la Propiedad en que se llevara en detalle la historia del patrimonio de cada uno de los funcionarios que concede el artículo 111 del Pacto Federal. ⁶⁷

a. Las reformas de 1974 a la Ley de 1940

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

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

Nos ocuparemos sólo de las reformas de fondo sufridas por este artículo.

⁶⁷ GONZÁLEZ Bustamante, Juan José. *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*. México. Ed. Bolas. 1946. p. 7

ANTECEDENTES HISTORICOS

Con las reformas el Ministerio Público podía iniciar la averiguación previa de oficio y no sólo por denuncia, reforma importante si consideramos los problemas jurídicos y metajurídicos a que se exponía el particular que denunciaba al funcionario o empleado que se había enriquecido.

Además, con dichas reformas, las investigaciones del Ministerio Público se debían dirigir fundamentalmente a la procedencia de los bienes. Ello a diferencia de la investigación de la conducta que ordenaba el texto original, donde los bienes podían provenir de la conducta del servidor o de un tercero.

Como dato adicional cabe recordar que, con la desaparición de los Territorios Federales, varios ordenamientos debieron ser modificados sin que esta Ley haya sido la excepción. Así lo demuestran los arts. 103, 104, pfo. 1º y 106, pfo. 1º, del referido ordenamiento.

El párrafo tercero del art. 104 se reformó para dar intervención al juez en caso de existir alguna persona que acreditara la propiedad de los bienes asegurados, supuesto en el cual el juez dejaba "a salvo los derechos de dicha persona para que los ejercite en la vía y términos que corresponda."⁶⁸ Antes de la reforma el juez no intervenía, y simplemente se adjudicaban los bienes a la persona que con arreglo a la ley tuviera derecho sobre ellos.

Acerca de la obligación de los funcionarios y empleados de presentar declaración de bienes, ésta tuvo los cambios

⁶⁸ Diario Oficial 28-XII-1974 P. 7

ANTECEDENTES HISTORICOS

siguientes: (i) se debía presentar no sólo al iniciar el encargo sino también al finalizarlo, y (ii) dicha declaración debía presentarse bajo protesta de decir verdad.

Aunado a lo anterior, los bienes que debían declararse se incrementaron con la reforma, al incluirse todos los bienes del funcionario y no sólo las propiedades raíces. De igual forma, los depósitos en instituciones de crédito comprendían: (i) los realizados en numerario; (ii) las acciones de sociedades, y (iii) bonos y otros similares.

En el periodo comprendido entre 1940 y 1980 las disposiciones relativas al enriquecimiento inexplicable no fueron aplicadas.⁶⁹

4. La Ley de 1980

En la regulación del enriquecimiento inexplicable, la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados, del 4 de enero de 1980, siguió los lineamientos fundamentales de su antecesora, la Ley de 1940. Por tanto, en este punto sólo haremos referencia a los cambios fundamentales de la figura objeto de nuestro estudio.

El enriquecimiento inexplicable estaba previsto en la Ley de 1980 en los términos siguientes:

⁶⁹ C/r. GONZÁLEZ Oropeza, Manuel. "Experiencia parlamentaria... esp. Pp. 106-107.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Art. 85.- Si durante el tiempo en que algún funcionario o empleado público federal o del Distrito Federal, se encuentra en el desempeño de su cargo, o al separarse de él por haber terminado el periodo de sus funciones o por cualquier otro motivo, y estuviera en posesión de bienes, sea por sí o por interpósita persona, que sobrepasen notoriamente a sus posibilidades económicas, tomando en consideración sus circunstancias personales y la cuantía de dichos bienes; en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios, dando motivo a presumir fundadamente la falta de probidad en su actuación, el Ministerio Público Federal o del Distrito Federal, en su caso, de oficio o en virtud de denuncia, deberán proceder con toda eficacia y diligencia a investigar la procedencia de dichos bienes; y el funcionario o empleado de que se trate estará obligado a justificar que es legítima. Se presumirá salvo prueba en contrario, y sólo para efectos de comprobar el enriquecimiento, y no para efectos civiles, que los bienes de la esposa del funcionario o empleado, cualquiera que sea su régimen matrimonial, así como los de los hijos menores, son propiedad de dicho funcionario o empleado.

Como podemos observar, el principal cambio en este precepto radica en los bienes que son tomados en cuenta para efectos del enriquecimiento inexplicable. Dichos bienes eran: i) aquellos que el funcionario tenía en su posesión por sí o por interpósita persona; ii) los de la esposa, y iii) los de los hijos menores del funcionario o empleado.

Demostrar la legítima procedencia de sus bienes constituía una obligación del funcionario o empleado (art. 85), pero su incumplimiento constituía el fundamento de la consignación que realizaba el Ministerio Público ante el juez. Así lo establecía el art. 86, en los siguientes términos:

ANTECEDENTES HISTORICOS

Art. 86. Si de las diligencias practicadas aparecieran datos bastantes para presumir_fundadamente_que ha habido falta de probidad en la actuación del funcionario o empleado, por no justificar plenamente la legítima procedencia de los bienes a que se refiere el artículo anterior, el Ministerio Público hará la consignación al Juez que corresponda, para que aquél justifique la legítima procedencia de los bienes que posea por sí o por interpósita persona; o para⁷¹ que el propio Juez abra, en su caso, el proceso respectivo.

El art. 90, con mejor técnica jurídica, ordenaba al Juez, siempre y cuando la consignación estuviera debidamente fundada, dar aviso al superior del funcionario o empleado, quien debería suspender al segundo, dejando atrás las simples "sospechas" establecidas en el antiguo artículo 108 de la Ley de 1940.

Por cuanto hace a la declaración patrimonial, ésta se reguló con mayor precisión en el art. 92, que incorporó: (i) los plazos en que debía presentarse; (ii) las consecuencias y el procedimiento a seguir cuando no se presentaba, y (iii) a los funcionarios y empleados de los organismos paraestatales.

Por último, en la Ley en estudio, el enriquecimiento ilícito pasó a ser un delito oficial. Para fundar esta aseveración debemos tomar en cuenta:

i) El art. 3º, fr. VIII, de la referida Ley, que determinaba cuáles eran los delitos oficiales, en los siguientes términos:

Art. 3. Son delitos oficiales los actos u omisiones de los funcionarios o empleados de la Federación o del Distrito Federal cometidos durante su encargo o con motivos del mismo, que redunden en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho.

⁷¹ Diario Oficial. 4-I-80. p.º

ANTECEDENTES HISTORICOS

Redundan en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho:

VIII. En general los demás actos u omisiones en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, siempre que no tengan carácter delictuoso conforme a otra disposición legal que los defina como delitos comunes.

(i) Desde la exposición de motivos de la Ley de 1940 se consideraba al enriquecimiento inexplicable como "...actos..., que, a la vez que causan graves perjuicios a la economía, desprestigian a la Administración Pública y hieren profundamente el sentimiento popular...".⁷² Luego entonces, causar perjuicios a la economía significa perjudicar uno de los intereses públicos fundamentales.

(ii) A mayor abundamiento, en el art. 4° de la citada Ley, se consideraba como faltas oficiales, sólo a "...las infracciones que afecten de manera leve los intereses públicos y del buen despacho", sin ser este el caso del enriquecimiento inexplicable.

Si esto es así, el llamado Jurado de Responsabilidades Oficiales de los Funcionarios y Empleados Públicos era el órgano competente para conocer del enriquecimiento inexplicable de los funcionarios y empleados públicos. Ello en atención a su competencia para juzgar los delitos oficiales, arts. 17 y 81 a 83 de la Ley.

En consecuencia, las sanciones aplicables al funcionario o empleado que incurría en enriquecimiento inexplicable, eran,

⁷² Diario oficial. 21-II-40. p. 2

ANTECEDENTES HISTORICOS

además de la confiscación de sus bienes (art. 88 pfo. 3°), la destitución e inhabilitación. Así lo disponía el art. 10, en los siguientes términos:

Art. 10. La sanción de los delitos oficiales será la destitución del cargo de que el responsable se encuentre investido e inhabilitación por un término no menor de cinco ni mayor de diez años.

La Ley de 1980 fue objeto de una fe de erratas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de septiembre de 1980. De ellas sólo una es importante, y se refiere a la sustitución del término esposa, previsto en el art. 85 pfo. 1°, por el de cónyuge. Así, en el caso en que el funcionario o empleado fuera mujer, los bienes del esposo también podían incluirse a efecto de configurar el enriquecimiento inexplicable.

De esta guisa, el 21 de julio de 1981 se aplicó a un gobernador la figura en estudio, dando lugar al desafuero y al aseguramiento de sus bienes, interrumpiéndose el proceso con su renuncia.⁷³

A continuación presentamos un cuadro sinóptico en el que resumimos las características del enriquecimiento del servidor público a través de nuestra historia:

⁷³ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel. "Experiencia parlamentaria..." p. 107.

ANTECEDENTES HISTORICOS
-----**ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO**

Época	Fundamento	Formas para conocerlo	Servidores obligados	Conducta
Colonial	A) Cédula Real 29-IV-1549	*Orden de la Corona, o *queja del particular.	Miembros de las Audiencias.	irrelevante
Independiente	B) Ley de 1940	*Denuncia, y a partir de 1974 *De oficio y *Por declaración de bienes	Todos	omisión de acreditar
	C) Ley de 1980	*Denuncia *De oficio *Declaración de bienes.	Todos	omisión de acreditar

ANTECEDENTES HISTORICOS

**ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO
(CONTINUACIÓN)**

Materia de prohibición	Bienes incluidos	Naturaleza	Sanción	Órganos competentes
A) El aumento patrimonial	del servidor	falta administrativa	multa y destitución	Visitador y Consejo de Indias
B) El incremento injustificado del patrimonio	del servidor	falta oficial	confiscación de bienes	Ministerio Público, Juez y Jurado de Responsabilidades
C) El incremento injustificado del patrimonio	del servidor, cónyuge e hijos menores	delito oficial	confiscación, destitución e inhabilitación	Ministerio Público, Juez y Jurado de Responsabilidades Oficiales

Objetivo del precepto

A), B) y C) Prevenir y sancionar cualquier forma de corrupción pública

REGULACION JURIDICA VIGENTE

CAPITULO II

REGULACION JURIDICA VIGENTE

A. La situación económica, política y social

En 1982 aquejaba a México una de las más severas crisis económicas, propiciada sobre todo por la excesiva canalización de recursos a la industria petrolera y la pérdida del valor del petróleo en el mercado internacional, amén de la cuantiosa deuda externa, legada fundamentalmente por los dos sexenios anteriores.

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

REGULACION JURIDICA VIGENTE

situación económica del país.¹

En el contexto político se preparaban elecciones presidenciales. En ellas participaron siete candidatos de diferentes partidos políticos.

El anterior secretario de programación y presupuesto (Miguel de la Madrid H.), había sido postulado como candidato presidencial del PRI. La aversión a los servidores públicos, a quienes se imputaba la situación económica por la que atravesaba el país, constituía el más grande obstáculo para asegurar su triunfo en las elecciones, y un arma eficaz de sus contendientes.²

De acuerdo con estas perspectivas, Miguel de la Madrid cimentó su plataforma electoral en siete tesis fundamentales para reestructurar al país, siendo una de ellas la renovación moral de la sociedad.³

Así, dijo:

...la renovación moral de la sociedad ha sido urgente necesidad política y una enfática demanda popular que requiere del cumplimiento escrupuloso de nuestras leyes, de la intransigencia de todos frente a la inmoralidad pública o privada y de la reacción oportuna contra los fenómenos de corrupción en sus orígenes. Renovación moral significa gobernar con el ejemplo.⁴

¹ Cfr. VALENZUELA, Georgette José. esp. Pp. 57-66

² Cfr. MÉXICO. Partido Revolucionario Institucional. *Historia documental del Partido de la Revolución (1931-1983)*. T. II. 1984. esp. Pp. 606-631.

³ Cfr. *Ibid.* esp. Pp. 173-187.

⁴ México. Secretaría de la Contraloría General de la Federación. *Renovación Moral. Cuadernos de renovación nacional.*

REGULACION JURIDICA VIGENTE

Además,

La renovación moral es la conciencia popular hecha gobierno. Es nuestra creencia en la justicia, en la igualdad, en la dignidad, en el derecho. No puede ni debe estar supeditada al interés de nadie en particular, al afán de lucro personal o gremial a costa del empobrecimiento nacional."⁵

Dentro de los cambios inspirados en la renovación moral de la sociedad se encuentra el viejo anhelo de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos.⁶ Ello se desprende de las declaraciones hechas por Miguel de la Madrid durante su campaña política, entre las cuales encontramos:

La renovación moral de la sociedad exige que el Estado asuma tres responsabilidades:

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

Segunda: Que identifique, investigue, procese y sancione

T. IX. Fondo de cultura económica. 1988. p. 18.

⁵ MÉXICO. Partido Revolucionario Institucional. *Historia documental del Partido de la Revolución (1981-1983)*. T. II. 1984. P. 174.

⁶ Así, por ejemplo, el senador Pedro de Alba en 1926 manifestaba "la falta de sanción, la falta de responsabilidades de los funcionarios públicos en éste país, es una de las mayores fuentes de inmoralidad de la administración y de la acción política."

REGULACION JURIDICA VIGENTE

con legalidad, eficiencia, severidad e imparcialidad, la corrupción pública y privada.

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

Como podemos observar, una vez más se reiteró el propósito de alcanzar una administración pública honesta y eficiente, intención ya contenida en la exposición de motivos de la Ley de 1940.⁸

En el discurso de toma de posesión, el presidente Miguel de la Madrid reafirmó la renovación moral como directriz de su mandato. Al efecto, anunció cambios en el sistema de responsabilidades de servidores públicos, que se reflejaron en: i) las reformas a la Constitución; ii) las reformas al Código Penal; iii) la nueva Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos, y iv) la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.⁹

Las declaraciones aquí reproducidas constituyen el sustento ideológico para la instrumentación jurídico-administrativa del actual delito de enriquecimiento ilícito. Por tanto, éstas son de vital importancia en nuestra investigación.

⁷ MÉXICO. Partido Revolucionario Institucional. *Historia documental del Partido de la Revolución (1981-1983)*. T. 11. 1984. p. 176.

⁸ *Vid. Supra* Cap. I, inc. B, pto. 8.

⁹ MÉXICO. Partido Revolucionario Institucional. *Historia documental del Partido de la Revolución (1981-1983)*. T. 11. 1984. Pp. 768-769.

B. La reforma Constitucional

Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1982, se dirigieron principalmente a instrumentar el nuevo sistema de responsabilidades, contenido fundamentalmente en el Título Cuarto de la Carta Magna. Dichas reformas fueron objeto de la censura de algunos tratadistas, por considerarlas innecesarias.¹⁰

A continuación presentamos las reformas constitucionales aplicables al enriquecimiento ilícito, haciendo los comentarios pertinentes en cada precepto.

Artículo 22 ...

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

Con este precepto se terminó con la anticonstitucionalidad de la confiscación de bienes impuesta al servidor que incurría en

¹⁰ Cfr. OROZCO Henríquez, José de Jesús. "Régimen constitucional..." de pp. 110-112.

REGULACION JURIDICA VIGENTE

enriquecimiento inexplicable, hipótesis prevista en las Leyes de 1940 y 1980.¹¹

Por otra parte, si el servidor que incurre en enriquecimiento ilícito goza de inmunidad, para procederse penalmente en su contra debe hacerse previamente la declaración de procedencia, prevista en el art. 74 de la Constitución, que establece:

Artículo 74. [Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados:]

V. Declarar si ha o no lugar a proceder penalmente contra los servidores públicos que hubieren incurrido en delito en los términos del artículo 111 de esta Constitución.

De esta guisa, la declaración de procedencia constituye un requisito para proceder en contra de los servidores que gozando de inmunidad cometen algún delito, y elimina cualquier duda que pudiera existir sobre la procedencia del Juicio Político en estos casos.

Ahora bien, en el Título Cuarto constitucional se dispone:

TÍTULO CUARTO

De las Responsabilidades de los Servidores Públicos

Art. 108. Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título 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

¹¹ *Vld. supra*, Cap. I, inc. B, plos. 3 y 4.

REGULACION JURIDICA VIGENTE

Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

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

Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales y los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

...

La denominación de "servidores públicos", cuyo fin radica en recordar a éstos el origen de su poder y su misión de servicio al particular,¹² extiende la responsabilidad a cualquier servidor público, sin importar su jerarquía. Sin embargo, en el caso del enriquecimiento ilícito no todo servidor público puede incurrir en él, como veremos al determinar al sujeto activo de ese delito.¹³

El fundamento constitucional del delito que nos ocupa se encuentra en el párrafo tercero, fracción III, del artículo 109, en los términos siguientes:

Art. 109...

III...

...

Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interposición persona, aumenten substancialmente su

¹²

OROZCO Henríquez, José de Jesús. "artículo 109" Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada). México. Instituto de Investigaciones jurídicas. 1985. P. 203

¹³

Vid. infra Cap. IV. inc. A.

REGULACION JURIDICA VIGENTE

patrimonio, adquirieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

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

Así, la Carta Magna ordena al legislador la regulación de los casos y circunstancias en que se deba considerar penalmente relevante al enriquecimiento del servidor público. Empero, el tipo de enriquecimiento ilícito no cumple con dicho mandato constitucional.¹⁴

En el párrafo cuarto se concede acción popular para denunciar a servidores públicos con altos cargos. Mas, al requerir que el particular formule su denuncia bajo "su más estricta responsabilidad", hace nugatorio ese derecho; a mayor abundamiento, las consecuencias metajurídicas, por realizar tal denuncia, no pueden desecharse con la existencia del delito de intimidación, previsto en el artículo 219 del Código Penal vigente.

Retomando el tema del enriquecimiento de los servidores que gozan de inmunidad, estos se encuentran señalados en el art. 111 constitucional y, como lo manifestamos, para proceder en contra de ellos debe mediar una declaración de procedencia; excepto en

¹⁴ *Vid. infra*, cap. VI.

REGULACION JURIDICA VIGENTE

caso de encontrarse separados de sus cargos y no desempeñar otro con el mismo privilegio (art. 112 Co.). Por otra parte, si al finalizar el juicio el servidor es absuelto, éste podrá reasumir su función (art. 111, pfo. 7° Co.).

En cuanto a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, es el artículo 113 el fundamento para su expedición. Dicho precepto establece:

Art. 113. Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados.

Sobre la prescripción de los delitos cometidos por los servidores públicos el art. 114 dispone:

Art. 114 ...

La responsabilidad por delitos cometidos durante el tiempo del encargo por cualquier servidor público, será exigible de acuerdo con los plazos de prescripción consignados en la Ley penal, que nunca serán inferiores a tres años. Los plazos de prescripción se interrumpen en tanto el servidor público desempeña alguno de los encargos a que hace referencia el artículo 111.

REGULACION JURIDICA VIOENTE

La ley señalará los casos de prescripción de la responsabilidad administrativa tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos y omisiones a que hace referencia la fracción III del artículo 109. Cuando dichos actos u omisiones fuesen graves los plazos de prescripción no serán inferiores a tres años.

Por lo que hace a la adecuación de las legislaciones estatales a las reformas de la Constitución General, se otorgó a los Congresos locales un plazo de un año para realizar las reformas pertinentes a sus ordenamientos jurídicos.¹⁵

Este es el marco constitucional que rige al delito de enriquecimiento ilícito. Ahora nos referiremos a

C. La reforma administrativa

En materia administrativa el enriquecimiento ilícito es regulado por la nueva Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos (LFRSP),¹⁶ fundamentalmente en los preceptos siguientes:

Art. 84. Cuando los signos exteriores de riqueza sean ostensibles y notoriamente superiores a los ingresos lícitos que pudiera tener un servidor público, la Secretaría podrá ordenar, fundando y motivando su acuerdo, la práctica de visitas de inspección y auditorías. Cuando estos actos requieran orden de autoridad judicial, la Secretaría hará

¹⁵ art. 3º, transitorio. Diario Oficial 28-XII-1982. p. 4

¹⁶ Diario Oficial 31-XII-82. pp. 3-14.

REGULACION JURIDICA VIGENTE

ante ésta la solicitud correspondiente.

Previamente a la inspección o al inicio de la auditoría, se dará cuenta al servidor público de los hechos que motivan estas actuaciones y se le presentarán las actas en que aquéllos consten, para que exponga lo que en derecho le convenga.

Art. 85. El servidor público a quien se practique visita de investigación o auditoría podrá interponer inconformidad ante la Secretaría contra los hechos contenidos en las actas, mediante escrito que deberá presentar dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de aquéllas, en la que se expresará los motivos de inconformidad y ofrecerá las pruebas que considere necesario acompañar o rendir dentro de los treinta días siguientes a la presentación del recurso.

Todas las actas que se levanten con motivo de la visita deberán ir firmadas por el servidor público y los testigos que para tal efecto designe. Si el servidor público o los testigos se negaren a firmar, el visitador lo hará constar, sin que estas circunstancias afecten el valor probatorio que, en su caso, posea el documento.

Art. 86. Serán sancionados en los términos que disponga el Código Penal los servidores públicos que incurran en enriquecimiento ilícito.

Como podemos observar, estos preceptos regulan básicamente el procedimiento que ha de seguir la SCGF cuando los signos de riqueza del servidor sean ostensible y notoriamente superiores a sus ingresos lícitos. Sin embargo, la referida Ley, para los efectos del enriquecimiento ilícito, tenía encomendada una función de mayor envergadura, consistente en establecer cuáles son los medios probatorios idóneos para que el servidor pueda demostrar el lícito aumento de su patrimonio, laguna legislativa que es fuente de un sinnúmero de problemas.¹⁷

La creación de la Secretaría de la Contraloría General de la

¹⁷ Vid. *infra* cap. IV. esp. incs. B) y C).

REGULACION JURIDICA VIGENTE

Federación (SCGF) fue el segundo gran cambio en materia administrativa.¹⁸ Al efecto, se ha incluido a dicha Secretaría dentro de la Administración Pública Federal (art. 26 LOAFF).¹⁹ Entre las facultades de dicha entidad, el art. 32 bis establece:

Art. 32 bis. A la Secretaría de la Contraloría General de la Federación corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

XV. Recibir y registrar las declaraciones patrimoniales que deben presentar los servidores de la administración pública federal y verificar y practicar las investigaciones que fueren pertinentes de acuerdo con las leyes y reglamentos;

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

Sobre la facultad de la SCGF para investigar el enriquecimiento de los servidores públicos, la LFRSP dispone:

Art. 90. La Secretaría de la Contraloría General de la Federación hará al Ministerio Público, en su caso, declaratoria de que el funcionario sujeto a la investigación respectiva, en los términos de la presente Ley, no justificó la procedencia lícita del incremento sustancial de su patrimonio [,] de los bienes adquiridos o de aquéllos sobre los que [se] conduzca como dueño, durante el tiempo de su encargo o por motivos del mismo.

¹⁸ Diario Oficial 29-XII-82.

¹⁹ Ley reglamentaria del artículo 90 constitucional

REGULACION JURIDICA VIGENTE

Dentro de la SCGF, el órgano encargado de investigar sobre el incremento patrimonial del servidor público, conforme al Reglamento Interior de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación,²⁰ es la Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial:

Art. 15. La Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial, tendrá las siguientes atribuciones:

II. Llevar el registro de la situación patrimonial de los servidores públicos, recibiendo para ello las declaraciones respectivas;

III. Formular las normas y formatos bajo los cuales deberán declararse dichas situaciones patrimoniales, así como los manuales e instructivos correspondientes;

IV. Practicar las investigaciones y ordenar las auditorías que de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos procedan en relación con la situación patrimonial de los servidores públicos;

V. Recibir y resolver, en consulta con la Dirección General Jurídica las inconformidades de los servidores públicos respecto de las visitas o auditorías que se les practique en relación con su situación patrimonial;

VI. Llevar registro de los bienes a que se refiere el artículo 89 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos;

X. Imponer las sanciones que competan a la Secretaría derivadas de las fracciones I, IV y VIII de este artículo e imponer las sanciones que igualmente sean de la competencia de la Secretaría de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y demás disposiciones aplicables;

Las facultades de esta Secretaría para investigar sobre el

²⁰ Diario Oficial 16-1-89. pp. 19-30.

REGULACION JURIDICA VIGENTE

delito de enriquecimiento ilícito pueden considerarse violatorias del artículo 21 constitucional, si se considera a la investigación de delitos como potestad exclusiva del Ministerio Público.²¹

La SCGF, para allegar los elementos de prueba del enriquecimiento ilícito, debe recibir, a través de la Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial (Art. 15, fr. II y VI, del reglamento interior de la SCGF), la declaración patrimonial de los servidores públicos (arts. 1, fr. VI, 79, 82 LFRSP), al iniciar, durante y al concluir el encargo (arts. 1º, fr. VI, 81 LFRSP). Dicha declaración constituye una obligación para el servidor público (art. 47, fr. XVIII LFRSP) y su incumplimiento dará origen a su destitución (art. 81, fr. III, pto 2º LFRSP).

Los servidores públicos obligados a presentar declaración patrimonial se encuentran determinados en el art 80 LFRSP y en el Acuerdo emitido por el Secretario de la Contraloría General de la Federación y el Procurador General de la República, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 1984. A estos nos referiremos en su oportunidad.²²

Algunos de los bienes computables para constituir el enriquecimiento se establecen en los arts. 83 y 87 de la LFRSP,

²¹ Cfr. FIX-ZAMUDIO Héctor. "Artículo 20". *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. 1985. esp. Pp. 55-56.

²² Vid. *infra*, cap. IV. inc. A.

de los cuales nos ocuparemos después.²³

Este es el marco jurídico administrativo del enriquecimiento ilícito. Ahora nos corresponde examinar la reforma penal.

D. La reforma penal

Por último, el enriquecimiento ilícito pasó a ser considerado como uno de los delitos en que pueden incurrir los servidores públicos. Son importantes para nuestro estudio los siguientes preceptos:

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

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

Art. 224. Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito

²³ Vid. *infra*, cap. IV, inc. B.

REGULACION JURIDICA VIGENTE

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

Incurrir en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma Ley a sabiendas de ésta circunstancia.

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

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

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

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

El análisis del tipo antes descrito y de los preceptos que con él se relacionan son objeto de los siguientes capítulos.

Segunda parte

ANALISIS DEL TIPO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO

BIEN JURIDICO TUTELADO

Capítulo III

BIEN JURIDICO TUTELADO

La incorruptibilidad de la función pública y la confianza pública son los bienes jurídicos tutelados en el delito de enriquecimiento ilícito, aserto que demostraremos en las próximas líneas.

Inicialmente es menester recordar que uno de los fines principales del Estado es la satisfacción de los intereses de la sociedad. Es por ello que en el art. 39 de la Constitución se expresa claramente que todo poder público se instituye para beneficio del pueblo. Sin embargo, cuando los representantes del Estado utilizan la función pública para satisfacer intereses personales, la confianza popular se ve afectada y ello se traduce

BIEN JURIDICO TUTELADO

en la pérdida del *consensus* popular hacia el Estado,¹ que puede dar origen a diversos movimientos sociales e incluso a una revolución.

Atento a lo anterior, el legislador a través de la historia ha valorado positivamente la incorruptibilidad de la función pública y, en este sentido, ha dictado diversos preceptos tendentes a evitar y, en su caso, sancionar la corrupción pública. Así, a fines de 1982 el Ejecutivo presentó al Congreso la iniciativa de reformar diversos ordenamientos jurídicos cuyo objetivo principal radicaba en la necesidad de contar con servidores públicos incorruptibles, y sancionar a quienes no lo fueran. Lo anterior quedó de manifiesto en diversos fragmentos de la exposición de motivos de la iniciativa de reformas a la Constitución, que transcribimos a continuación:

Hay que establecer las normas que obliguen con efectividad al servidor público con la sociedad; para que sus obligaciones no se disuelvan; y para que el comportamiento honrado prevalezca...

Los empleos, cargos o comisiones en el servicio público no deben ser botín de nadie, sino salvaguarda de la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia con que hay que servir los intereses del pueblo...

..., la iniciativa propone que el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, establezcan las responsabilidades exigibles, política, penal y administrativamente por el incumplimiento de las obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia que los servidores públicos deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

La renovación moral exige que el Estado asuma tres

¹ Vid. *supra* Cap. II. esp. inc. A).

BIEN JURIDICO TUTELADO

responsabilidades fundamentales:

La primera es prevenir la corrupción en sus relaciones con la sociedad. Para ello, la administración pública debe ser honesta, profesional y eficaz ...

El objetivo es que al servidor público y al particular siempre les convenga más comportarse con honradez que corromperse.²

De igual forma, en la exposición de motivos de las reformas al Código Penal se señalaba:

La persecución eficaz de la corrupción de los servidores públicos utilizando su empleo, cargo o comisión, es sólo una parte de la política de renovación moral. Exige antes que nada que la legislación penal contemple como delito de [sic] las conductas a través de las que se manifiesta la corrupción pública y establezca las sanciones efectivas para prevenirla y castigarla.³

Como podemos observar, el legislador ha considerado que los servidores públicos deben desempeñar su empleo, cargo o comisión con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. Antes de ahondar más en el asunto, debemos precisar el significado de dichos valores. Al efecto, parece aconsejable remitirnos al Diccionario de la Lengua Española, que señala:

legalidad. (De legal) f. Calidad de legal.

legal. (Del lat. *legális*) adj. Prescrito por la ley y conforme a ella.

² Iniciativa presidencial de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Cámara de Diputados. 2-XII-82. p. 10-20.

³ MÉXICO. Cámara de Diputados, Diario de los debates. 8-XII-1982.

BIEN JURIDICO TUTELADO

honorabilidad. (De honrado) f. Calidad de probo. Proceder recto, propio del hombre probo.

lealtad. (De leal) f. Cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien.

imparcialidad. (De imparcial) f. Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud.

eficiencia. (Del lat. *efficientia*) f. Virtud y facultad para lograr un efecto determinado.

Si bien es cierto que estos valores son éticos, también lo es que a través de ellos se puede lograr la incorruptibilidad de la función pública. Es por ello, que el legislador los ha plasmado como mandatos en los artículos 109, fr. III, 113 y 134 ptos. 1° y 3°, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Lo anterior demuestra que la incorruptibilidad de la función pública es objeto de interés jurídico y, por tanto, aquellas conductas que la afectan deben ser sancionadas. Entre dichas conductas se encuentran aquéllas en las que el servidor utiliza la función pública para enriquecerse. En efecto, recordemos que durante la colonia se prohibía y sancionaba el enriquecimiento de algunos servidores públicos con el fin de evitar cualquier forma de corrupción pública. Asimismo, aunque con características diversas, el enriquecimiento inexplicable previsto en la Ley de 1940 abrigaba la misma finalidad.⁴

Sin embargo, en 1982 se dejó sentir la necesidad de sancionar

⁴ *Vid. supra* Cap. I. esp. incs. A), pto. 2 y B), pto. 3.

BIEN JURIDICO TUTELADO

penalmente a los servidores públicos que utilizan la función pública para enriquecerse.⁵ Lo anterior quedó de manifiesto desde la exposición de motivos de la Iniciativa de reformas constitucionales enviada por el ejecutivo, en la que se manifestaba:

Se propone configurar constitucionalmente el "enriquecimiento ilícito" de los servidores públicos como base de sanción para acabar con cualquier duda que pudiese existir sobre el imperativo de sancionarlo. El régimen actual ofrece bases endebles para pretender combatirla con efectividad por lagunas que permiten enriquecer el patrimonio con cargo al servicio público, sin la obligación de comprobar los medios lícitos de dicho enriquecimiento. La experiencia muestra que esta debilidad del régimen jurídico derrota la voluntad política cuando se busca sancionar las conductas corruptas y reintegrar al pueblo los bienes que se sustraen del patrimonio nacional. Sancionar el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, cualquiera que sea su fuente, es exigencia ineludible del pueblo.

Como podemos apreciar, con la tipificación del enriquecimiento ilícito el legislador reafirmó, una vez más, que el servicio público o función pública debe utilizarse como un medio para la satisfacción de las necesidades sociales, y no servir de instrumento para incrementar el patrimonio del servidor.

En el mismo sentido se pronunció el C. Diputado Juan Salgado

⁵ Vid. *supra* Cap. II. esp. (inc. A).

⁶ Iniciativa Presidencial de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Cámara de Diputados. 2-XII-82. P. 10.

BIEN JURIDICO TUTELADO

Brito, del Partido Revolucionario Institucional (PRI), quien, al referirse al enriquecimiento ilícito, manifestó:

... no es justo que quienes traicionan y se enriquecen indebidamente sean pretexto para prejuzgar a quienes sí sirven con honestidad y decoro a las mejores causas de la Nación.

... que el Poder Público dimanado del pueblo, cumpla fines auténticos de servicio público y no sea jamás instrumento para el enriquecimiento ilícito de algunos.

Para reafirmar nuestro punto de vista, transcribimos lo dicho en la Cámara de Senadores por el Procurador General de la República, C. Sergio García Ramírez, quien manifestó:

...Puede llamar la atención, desde luego, el retiro del procedimiento sobre el denominado enriquecimiento inexplicable -que mejor sería calificar como injustificable- de los funcionarios públicos. Las Leyes de 1939 y de 1979 contuvieron este punto, de dudosa constitucionalidad, por decir lo menos, y fuente, además de permanentes frustraciones.

A muy poco o a nada han conducido esas averiguaciones, rara vez emprendidas, sumamente complejas y difusas, que sembraban expectativas de justicia y desembocaban en el desaliento y en la condena de la opinión pública, no ya en contar de funcionarios rodeados por la sospecha, sino principalmente de los órganos del Estado a los que se suponía investidos con la facultad y posibilidad de perseguirlos. En buena hora se sale de estos equívocos para introducir mejor, franca y directamente, el tipo penal de enriquecimiento ilícito, a cubierto de sombras de inconstitucionalidad, junto a las demás figuras que debe recoger el Código Penal.

7 MEXICO. Cámara de Diputados, Diario de los Debates. año I. T. I. N.º 53. 18-XII-1982. Pp. 21-22

8 MEXICO. Cámara de Senadores, Diario de los Debates. Num. 54. 27-XII-1982. P. 20.

BIEN JURIDICO TUTELADO

Lo anterior refuerza las aseveraciones hechas al principio del presente capítulo, en el sentido de que la corrupción pública no sólo afecta la confianza pública en el servidor público, sino que también daña la credibilidad que el pueblo tiene en los órganos del Estado. Ello es comprensible toda vez que los órganos estatales son entes abstractos que sólo pueden materializarse a través de sus representantes, llámense funcionarios o servidores públicos. En consecuencia, si aquellas conductas en las que el servidor utiliza su empleo, cargo o comisión públicos para enriquecerse, corrompen la función pública y dan origen a la pérdida de la confianza popular, entonces dichas conductas deben ser sancionadas penalmente, siendo el tipo de enriquecimiento ilícito uno de los instrumentos legales para lograr dicho objetivo.

Luego, el tipo de enriquecimiento ilícito tiene como fin evitar y, en su caso, sancionar ciertas conductas que afectan de manera trascendente la incorruptibilidad de la función pública y la confianza pública. Por tanto, son estos últimos los bienes jurídicos que, en estricto sentido, se tutelan con el delito materia de análisis.

Por otra parte, si bien la iniciativa se pronuncia en principio por "reintegrar al pueblo los bienes que se sustraen del patrimonio nacional", y en este sentido parece, como señala el tratadista José Barragán,⁹ ser el patrimonio del Estado el

⁹ Cfr. "enriquecimiento ilícito". *Diccionario Jurídico*

BIEN JURIDICO TUTELADO

bien jurídico tutelado en la figura en estudio. Ello queda sin asidero al pensar en el servidor cuyo enriquecimiento proviene de los particulares, hipótesis en la que el patrimonio estatal permanecerá incólume.

Quien sustente que, en estricto sentido, el patrimonio estatal es el bien jurídico en el delito en estudio, deberá explicar por qué los servidores públicos de los poderes legislativo y judicial también pueden incurrir en este delito, no obstante que en su mayoría no manejan recursos económicos estatales. Así, también, la afirmación anterior nos llevaría a absurdos tales como concebir la sanción penal de una conducta que ni afectó ni puso en peligro al bien jurídico tutelado, lo cual es inadmisibles en el derecho penal propio de un Estado de derecho, como lo es el nuestro.¹⁰

Mexicano. T. II. pp. 1285-1286.

¹⁰ Vid. *infra*. Cap. IV, inc. C. esp. pto. 3.

SUJETO ACTIVO

Capítulo IV

EL TIPO PENAL

El estudio dogmático de un tipo penal debe iniciarse por lo regular con el estudio de la conducta, normalmente expresada en un verbo rector, a lo que debe seguir el análisis de los demás elementos que conforman el tipo. Mas, en el caso del enriquecimiento ilícito, cuyo tipo presenta anomalías que irán quedando de manifiesto en el curso de esta exposición, y cuya naturaleza de delito comisivo u omisivo debe dilucidarse cuidadosamente, nos ha parecido aconsejable alterar aquel orden y partir de los preceptos jurídicos y los criterios que delimitan el sujeto activo.

A. Sujeto activo

SUJETO ACTIVO

1. El concepto legal de servidor público

El tipo materia de nuestro estudio requiere para su configuración de un sujeto activo específico denominado servidor público, calidad sin la cual estaremos frente a un caso de atipicidad. Dicho lo anterior, es menester determinar, de acuerdo con nuestro orden jurídico vigente, los sujetos que tienen dicha investidura.

En primer término, el art. 108 de la Constitución señala claramente los sujetos que deben ser considerados como servidores públicos para efecto de las responsabilidades a que se refiere el Título Cuarto de dicho ordenamiento, entre las cuales se encuentra la responsabilidad penal. Pese a la claridad del referido precepto, el art. 212 del Código Penal amplía el ámbito personal de validez señalado por la Constitución al incluir como servidores públicos a los empleados y trabajadores del Congreso de la Unión, a los empleados del Poder Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal que no estén comprendidos en el presupuesto de dicho Poder, y a aquellos sujetos que, sin desempeñar un empleo, cargo o comisión en la administración pública federal o del Distrito Federal, manejan recursos económicos federales.

En consecuencia, debemos establecer las bases para determinar si estos sujetos deben ser considerados como servidores públicos

SUJETO ACTIVO

y, por ende, si puedan cometer alguno de los delitos previstos en el Título X del Código Penal.

Así, parece aconsejable remitirnos a la iniciativa de reformas constitucionales presentada por el Ejecutivo el 3 de diciembre de 1982, en la que se proponía la siguiente redacción del art. 108:

TÍTULO CUARTO

De las Responsabilidades de los Servidores Públicos

Artículo 108.- Toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión, de cualquier naturaleza, en la Administración Pública Federal o en la del Distrito Federal, en el Congreso de la Unión o en los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, se reputará como servidor público federal y será responsable por los actos u omisiones en que incurra en el desempeño de su empleo, cargo o comisión.

Como podemos observar, con este precepto se pretendía considerar como servidor público a toda persona que tuviera una relación laboral con el Estado. Sin embargo, las Comisiones Unidas: Primera de Puntos Constitucionales, Segunda de Gobernación, Primera de Justicia y Primera Sección de Estudios Legislativos, de la Cámara de Senadores, cambiaron su redacción dando argumentos contradictorios. Así, dichas comisiones manifestaron:

"La sustitución del término "funcionario" por el de "servidor", tomando en cuenta el desarrollo de los artículos que se propone reformar la Iniciativa, resulta adecuada y permite englobar en una definición común el conjunto de las personas que se desempeñan en la Administración Pública

SUJETO ACTIVO

Federal y en la del Distrito Federal, así como a los que sirven en los otros poderes de la Unión.

En este orden de ideas, las comisiones unidas que suscriben estimaron necesario que, respetando el principio de igualdad en la responsabilidad y espíritu de la iniciativa, se precisara que los representantes de elección popular e integrantes de los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, únicamente fuesen reputados como servidores públicos para los efectos del Título Cuarto.

En efecto, con la modificación que se introduce en el primer párrafo del artículo 108 se eluden controversias de orden teórico, respecto a la categoría jurídica de los representantes populares e integrantes de los Poderes Judiciales y, al propio tiempo, se mantiene el espíritu de la Iniciativa conservando la denominación de servidores públicos, con los alcances ya destacados anteriormente.

Tras esta explicación dada por las Comisiones para modificar el texto original del artículo 108, éste quedó redactado en los términos que actualmente conocemos,² reduciendo su ámbito personal de validez, pues dicho artículo determina como servidores públicos en el Congreso de la Unión sólo a los diputados y senadores, excluyendo a sus empleados y trabajadores. Lo anterior, a pesar de contravenir el espíritu de la iniciativa presidencial y el objetivo de dichas Comisiones, pasó inadvertido tanto para el Procurador General de la República, al comparecer en la Cámara Alta,³ como para los senadores, aprobándose en esos términos para ser remitido a la Cámara de Diputados.⁴

¹ MÉXICO. Cámara de Senadores. Diario de los Debates. año I. Tomo I. N.º 45. 13-XII-1982. p. 4-5.

² *Vid. supra.* Cap. II. inc. B.

³ *Cfr.* MÉXICO. Cámara de Senadores. Diario de los Debates año I. N.º 34. 27-XII-1982. Pp. 17-26.

⁴ *Cfr.* MÉXICO. Cámara de Senadores. Diario de los Debates.

SUJETO ACTIVO

Una vez en la Cámara de Diputados, las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia señalaron:

La H. Cámara de Senadores estudió profundamente la Iniciativa Presidencial narrada e introdujo cambios en su texto para mejorar sus disposiciones, y como consecuencia, mejoró el texto propuesto del artículo 108,...

Esto demuestra el conocimiento de los diputados del cambio sufrido por el precepto en cuestión, sin que ello fuera objetado por los que hicieron uso de la palabra en el debate realizado en la Cámara Baja,⁶ llegando a publicarse dicho art. 108 en los términos de la minuta presentada por la Cámara de Senadores.⁷

De esta forma demostramos que el art. 212 del Código Penal incurre en exceso legislativo al incluir como servidores públicos a los empleados y trabajadores del Congreso de la Unión, servidores no contemplados en el artículo 108 de la Constitución. Por lo tanto, dichos trabajadores y empleados, en caso de ser inculcados por el delito de enriquecimiento ilícito, o cualquier otro del título décimo del Código Penal, podrán promover el amparo respectivo argumentando la inconstitucionalidad del art. 212 del Código Penal. Lo anterior encuentra asidero en el

Año I. Tomo I. N° 4d. 14-XII-1962. Pp. 18-19.

⁵ MÉXICO. Cámara de Diputados, Diario de los Debates. año I. T. I. No 52. 17-XII-1962. p. 18.

⁶ Cfr. MÉXICO. Cámara de Diputados, Diario de los Debates. Año I. T. I. No 53. 18-XII-1962. esp. Pp. 19-23.

⁷ Cfr. Diario Oficial 28-XII-1962. p. 8.

SUJETO ACTIVO

principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna.⁸

Tratándose del Poder Ejecutivo, el citado art. 212 también incurre en exceso al extender su aplicación a todas las personas "... que manejen recursos económicos federales", pues el art. 108 de la Constitución sólo contempla como servidor público a aquel individuo " que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal...", mas no amplía su aplicación a aquellas personas que, sin pertenecer a la Administración Pública Federal, manejan recursos federales. Por tanto, estos sujetos se encuentran en la misma situación que los trabajadores y empleados del Congreso de la Unión, siendo válidos los argumentos y soluciones dadas para estos.

Por último, en el art. 108 de la Constitución no se encuentran claramente establecidos los criterios para determinar a quiénes se considera servidores públicos en el Poder Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal. En efecto, dicho precepto sólo hace referencia a los "miembros" de dicho Poder, motivo por el cuál es necesario remitirnos a un ordenamiento secundario, que es la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, ordenamiento que si bien en su articulado no señala expresamente a quienes se considera miembros de dicho Poder, determina, en cambio, los órganos y sujetos que lo "componen" y,

⁸ Cfr. Carpizo Jorge. *Estudios ...* esp. pp. 27-30.

SUJETO ACTIVO

expresamente en su Ley Orgánica o en su presupuesto, conforme a la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, no tiene la calidad de servidor público, mientras para el art. 212 del Código Penal sí reviste tal calidad y, por tanto, si llegare a ser inculcado por el delito de enriquecimiento ilícito o cualquier otro del título décimo del Código Penal, también podrá promover el amparo respectivo.

Lo que en este apartado queda de manifiesto como amplitud excesiva del artículo 212 del Código Penal en cuanto a los sujetos que deben considerarse como servidores públicos, es producto de la falta de técnica legislativa perceptible desde la iniciativa presidencial hasta su aprobación, pues, si se hubiese procedido con cuidado, el art. 212 del Código Penal, en armonía con las respectivas disposiciones constitucionales, sólo debió incluir en su precepto a los diputados, senadores, miembros del Poder Judicial Federal o Judicial del Distrito Federal y a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en la Administración Pública Federal o del Distrito Federal.

Esta tendencia a extender indistintamente la responsabilidad penal a cualquier servidor público, queda de manifiesto especialmente en estas dos intervenciones en las Cámaras:

a. La intervención realizada por el C. Diputado priísta Heriberto Batres, quien manifestó en favor del artículo 212 del Código Penal:

SUJETO ACTIVO

... Efectivamente y para ser honestos, en Comisiones se había tratado que no quedaran incluidos más que los funcionarios y los trabajadores de confianza, y también en comisiones se vió que esto era atentar contra el principio de generalidad de la Ley, que cualquier servidor público puede incurrir en un ilícito penal, cualquier servidor público puede incurrir en una conducta deshonesta y por lo tanto todos los servidores públicos deberían quedar encuadrados dentro de la normatividad establecida en el precepto, en la iniciativa de reformas al Código Penal para ser consecuentes también con la definición de servidor público que el título 4o. de la Constitución establece. ¹⁰

b. La intervención del C. Senador José Socorro Salcido Gómez, quien señaló:

..., la reforma propuesta incluye a cualquier prestador de un servicio público y no sólo a funcionarios públicos como lo hace el actual título X. Esta propuesta, es obvio que resulta atinada.

Son de gran oportunidad, valentía y realismo las propuestas que se contienen en la iniciativa que se examina;...; valiente, porque incluye a todos los servidores públicos desde el más alto funcionario hasta el más modesto... ¹¹

Se explica, pues, la amplitud del artículo 212 del Código Penal, cuando establece que "para los efectos de este Título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en ...". Con esta última frase deja fuera cualquier duda sobre la aplicación general del precepto si existe una relación laboral con el

¹⁰ MÉXICO. Cámara de Diputados, Diario de los Debates. Año I. T. I. No 58. 28-XII-82. p. 37

¹¹ MÉXICO. Cámara de Senadores, Diario de los Debates. Año I. T. I. No 60. 30-XII-82. Pp. 9-10.

SUJETO ACTIVO

Estado.

2. Los servidores públicos que pueden incurrir en el delito de enriquecimiento ilícito

Una vez precisado el concepto legal de servidor público, es procedente preguntarnos ¿acaso todo servidor público puede incurrir en el delito de enriquecimiento ilícito?

Para responder a este interrogante debe atenderse al enunciado con que el legislador ha iniciado la descripción típica: "Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito...". Como podemos observar, el legislador sólo ha contemplado aquellos casos en que el enriquecimiento del servidor sea producto del uso de la función pública, pues no basta con el hecho de que el enriquecimiento del servidor se verifique durante el tiempo de su encargo, tal y como lo establece la Constitución en el art. 109, fr. III, pfo. 3º, sino que es además necesario que él se produzca como resultado del uso indebido del empleo, cargo o comisión públicos.

Dicho lo anterior, al no estar descrita en el tipo la conducta a través de la cual el servidor ha usado la función pública para enriquecerse, con fundamento en el art. 52 y 213 del Código Penal, corresponde al Juez realizar esa función integradora del tipo, analizando en cada caso en concreto si la

SUJETO ACTIVO

función que desempeña el servidor pudo ser utilizada por éste para incrementar su patrimonio. En consecuencia, si de las diligencias realizadas se desprende que el enriquecimiento del servidor no pudo provenir del uso de la función pública, el juez deberá considerar atípica la situación del servidor.

Atento a lo anterior, el legislador ha delegado al juez la obligación a él impuesta en la Constitución de determinar los casos y circunstancias en que deba sancionarse penalmente el enriquecimiento de los servidores públicos.¹²

Es fácil advertir que los servidores de mayor jerarquía ven incrementada la posibilidad de utilizar la función pública para enriquecerse. Es por ello que sobre estos el legislador ha puesto especiales exigencias, ordenando en la LFRSP, art. 47 fr. XVIII, la presentación de declaraciones de situación patrimonial a efecto de tener un mejor control sobre dichos sujetos y, en su caso, fincar responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito.¹³

¹² art. 109, fr. III, pfo. 3º.

¹³ Art. 80. Tienen la obligación de presentar declaración anual de situación patrimonial ante la Secretaría, bajo protesta de decir verdad:

I. En el Congreso de la Unión: Diputados y Senadores, Oficiales Mayores, Tesoreros y Directores de las Cámaras, y Contador Mayor de Hacienda;

II. El en Poder Ejecutivo Federal: Todos los funcionarios, desde el nivel de jefes de departamento hasta el de Presidente de la República, además de los previstos en las fracciones IV, V y IX de este artículo;

III. En la Administración Pública Parastatal: Directores Generales, gerentes generales, subdirectores generales, subgerentes generales, directores, gerentes, subdirectores y servidores públicos equivalentes de los Órganos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas y

SUJETO ACTIVO

Sobre la importancia del nivel jerárquico del servidor público, las Comisiones Unidas: primera de Gobernación, segunda de Justicia y segunda sección de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, señalaron:

Destaca el que a la Secretaría de la Contraloría de la Federación le competará el registro patrimonial ya no de todos los servidores públicos, lo que lo hacía de ineficaz operancia, sino particularmente de aquellos que por su jerarquía y funciones deben hacer transparente su honradez en el manejo de los fondos y valores públicos puestos a su cuidado, y la moralidad de su conducta para no obtener beneficios injustificados. La renovación anual de estos registros, garantiza la eficacia del sistema y la permanente fideicomisos públicos:

IV. En el Departamento del Distrito Federal: Todos los funcionarios, desde el nivel al que se refiere la fracción II hasta el Jefe del Departamento del Distrito Federal, incluyendo Delegados Políticos, Subdelegados y jefes de departamento de las Delegaciones.

V. En la Procuraduría General de la República y en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal: Todos los funcionarios, desde el nivel mencionado en la fracción II hasta los de Procurador General de la República y Procurador General de Justicia del Distrito Federal, incluyendo a Agentes del Ministerio Público y policías judiciales:

VI. En el poder Judicial Federal: Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito, secretarios judiciales y actuarios de cualquier categoría o designación;

VII. En el Poder Judicial del Distrito Federal: Magistrados del Tribunal Superior de Justicia, Jueces, secretarios judiciales y actuarios de cualquier categoría o designación;

VIII. En los Tribunales Administrativos y del Trabajo: Magistrados, miembros de Junta y secretarios; y

IX. En la Secretaría de la Contraloría General: Todos los servidores públicos de confianza.

Asimismo, deberán presentar la declaración de la que se trata en este precepto los demás servidores públicos que determinen el Secretario de la Contraloría General y el Procurador General de la República mediante disposiciones generales debidamente motivadas y fundadas.

SUJETO ACTIVO

transparencia en la conducta del servidor.¹⁴

Sin embargo, el legislador ha facultado al Secretario de la Contraloría General de la Federación y al Procurador General de la República para ampliar la obligación de presentar declaración a otros servidores públicos. Así, el 18 de junio de 1984 dicha obligación se amplió a ciertos servidores que evidentemente pueden hacer uso de su empleo, cargo o comisión para incrementar su patrimonio.¹⁵

¹⁴ MÉXICO. Cámara de Senadores, Diario de los Debates. Año I. T. I. No. 58. 29-XII-82. P. 8.

¹⁵

a) En las Sociedades Nacionales de Crédito desde el nivel de Gerentes de Sucursal, hasta directores Generales;

b) En las demás entidades paraestatales, los Jefes de Departamento o servidores públicos equivalentes a aquellos servidores con obligación de declarar en la Administración Pública Central;

c) En la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Administradores de Aduanas, Subjefes de Aduanas, Jefes de Juicio de Aduanas, Vistas Aduanales, Comandantes de Resguardo Aduanal, Cabos de Resguardo Aduanal, Celadores de Resguardo Aduanal, Inspectores del Registro Federal de Vehículos, Notificadores y Ejecutores Fiscales y Aduaneros.

d) En la Secretaría de Relaciones Exteriores, Embajadores, Ministros, Consejeros, Primer Secretario, Segundo Secretario, Tercer Secretario, Agregado Diplomático, Cónsul General, Cónsul de Primera, Cónsul de Segunda, Cónsul de Tercera, Cónsul de Cuarta, Vicencónsul, Agregados Administrativos de Tercera, Cancilleres de primera, Cancilleres de Segunda, Cancilleres de Tercera;

f) En la Secretaría de Salubridad y Asistencia, Jefes de Oficina y Jefes de Sección de Inspección de, Calificación, Licencias y Dictaminadores, Calificadores, Ejecutores y Notificadores;

g) En la Secretaría de Turismo, Supervisores de Auditoría y Evaluación y, Auditores de la Contraloría Interna; y

h) En la Procuraduría General de la República, los pilotos de los servicios aéreos.

LOS BIENES ABARCADOS POR LA CONDUCTA

B. Los bienes abarcados por la conducta

De acuerdo con lo establecido en el art. 224 del Código Penal, el enriquecimiento ilícito del servidor público se constituye: (i) con los bienes que aumentan su patrimonio; (ii) con los bienes que figuran a su nombre, y (iii) con los bienes respecto de los cuales se conduzca como dueño en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Existe aquí una reiteración, pues el aumento patrimonial del servidor incluye los bienes a su nombre, pero se mencionan expresamente en el art. 224 por ser los más fáciles de determinar y comprobar. Esta idea se refuerza con el sistema de verificación de las declaraciones patrimoniales realizado por la SCGF en los diversos registros, entre los que se encuentran el Registro Público de la Propiedad, el Registro Federal de Automóviles, el Registro Federal de Contribuyentes, el Registro Mercantil y otros.¹⁶

En consecuencia, en el estudio que a continuación realizamos de los bienes que aumentan el patrimonio del servidor público, están comprendidos los bienes que figuran a nombre de dicho

¹⁶ MÉXICO. Secretaría de la Contraloría General de la Federación. *La renovación moral de la sociedad 1982-1988*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1988. p. 101.

LOS BIENES ABARCADOS POR LA CONDUCTA

servidor. Sentado lo anterior, pasamos al análisis de aquellos bienes sobre los que recae la conducta.

1. Bienes que aumentan su patrimonio

El estudio de los bienes que aumentan el patrimonio del servidor no se puede iniciar sin antes establecer lo que se entiende por patrimonio. Para tal efecto, hemos de señalar la inexistencia de definición legal sobre dicho vocablo. Ante tal carencia, recurrimos a la descripción realizada por la doctrina

Desde el punto de vista jurídico, patrimonio es el conjunto de poderes y deberes, apreciables en dinero, que tiene una persona.¹⁷

Así entendido, podemos decir que el patrimonio se integra por dos elementos, a saber: i) el activo, constituido por bienes y derechos, y ii) el pasivo, conformado por las cargas y obligaciones.

Con estos elementos podemos determinar la situación económica del sujeto realizando una simple operación aritmética, consistente en restar el pasivo del activo. El resultado obtenido es el

¹⁷ LÓPEZ Monroy, José de Jesús. "Patrimonio". *Diccionario Jurídico Mexicano*. T. IV. México. Porrúa. 1968. p. 2353.

LOS BIENES ABARCADOS POR LA CONDUCTA

indicador inequívoco de dicha situación.

De esta forma, el servidor será solvente cuando el activo sea mayor al pasivo, caso en el cual existirá un haber patrimonial. Si, por el contrario, el pasivo supera al activo, entonces estaremos frente a un déficit patrimonial.

Es especialmente clara la existencia del enriquecimiento cuando los signos exteriores de riqueza, como expresa el art. 84 de la LFRSP, sean ostensible y notoriamente superiores a las posibilidades económicas del servidor público. No obstante, también existe enriquecimiento cuando el servidor, al iniciar su función, tiene un déficit enorme en su patrimonio, y al finalizar su encargo aparece, sin embargo, con una situación económica estable. En dicha situación no existen signos exteriores de riqueza, es decir, el incremento patrimonial no es perceptible, mas, en términos reales, éste se ha producido.

De esta guisa, el aumento del patrimonio se puede configurar por el aumento de bienes, por la obtención de derechos apreciables en dinero, por la liberación de obligaciones pecuniarias, etc.

Una vez determinado lo que es el patrimonio y cuando éste se ha incrementado, es procedente determinar cuándo el aumento patrimonial es legítimo. En este orden de ideas, es menester conocer el significado del vocablo "legítimo", pareciendo aconsejable atenerse en este respecto al Diccionario Jurídico Mexicano, para el cual "legítimo" es lo que es conforme a

LOS BIENES ABARCADOS POR LA CONDUCTA

derecho".¹⁸

Sin embargo, cabe preguntarse ¿acaso todo enriquecimiento del servidor público que no es conforme al derecho está abarcado por el tipo en estudio?

No, pues tratándose de los delitos ministeriales, a los que pertenece el enriquecimiento ilícito, la contravención al orden jurídico radica en el uso indebido de la función pública. Por tanto, el servidor público que realice conductas contrarias al derecho sin hacer uso de su empleo, cargo o comisión públicos, incurrirá en responsabilidad civil, laboral, administrativa, tributaria e incluso penal, pero no como servidor público sino como particular.

Uno de los ejemplos más ilustrativos lo constituyen las actividades de la llamada economía informal o subterránea, pues, se ha comprobado que en países en vías de desarrollo, y más aún cuando se encuentran en periodos de crisis, dichas actividades proliferan entre los estratos medios y bajos de la población, dando lugar a la formación de cuantiosas fortunas, llegando, incluso, a constituir uno de los factores económicos más importantes a nivel nacional. Estas actividades a que hacemos alusión se dirigen principalmente a las áreas económicas de transporte, vivienda y comercio.¹⁹

¹⁸ voz "legitimidad" por TAMAYO Y Salmorán, Rolando.

¹⁹ Cfr. SOTO, Hernando de. Enrique Ghersi y Mario Ghbellini. *El otro sendero (la revolución informal)*. 2a. impresión mexicana. México. Ed. Diana, 1987.

LOS BIENES ABARCADOS POR LA CONDUCTA

Aquí la ilicitud de los ingresos que incrementan el patrimonio de aquellos que practican esta clase de actividades, se encuentra principalmente en la evasión tributaria, además de la violación de algunos reglamentos que establecen normas para el desempeño de estas actividades. Empero, su ilicitud no es captada por alguno de los tipos penales del Título Décimo del Código Penal.

La importancia de este supuesto se puede apreciar si pensamos en el servidor que, además de prestar sus servicios al Estado, se dedica a alguna de estas actividades incrementando su patrimonio, sin que para ello haya utilizado la función pública. En consecuencia, estos bienes podrán incrementar el patrimonio del servidor público, quien, al demostrar dicha procedencia, no habrá incurrido en responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito.

Es claro que la anterior exposición no agota las formas en que el servidor público puede ver incrementado su patrimonio sin usar indebidamente su empleo, cargo o comisión públicos. El profesor Alvaro Bunster señala el caso del servidor público "forzado, por respetables razones morales, a no revelar la transferencia de sus bienes con que lo ha favorecido, en vísperas de morir, la persona a quien lo ha unido una larga y profunda relación sentimental que el beneficiado ha prometido solemne y absolutamente mantener oculta para siempre".²⁰

Si bien en el ejemplo anterior se nos puede objetar que el

²⁰

"La responsabilidad penal... Pp. 26-27.

LOS BIENES ABARCADOS POR LA CONDUCTA

art. 88 de la LFRSP prohíbe al servidor público aceptar donaciones, y en caso de hacerlo deberá poner los bienes recibidos a disposición de la autoridad que determine la SCGF,²¹ ello no ocurre en el supuesto en que alguna persona, interesada en dejar fuera del ámbito político al servidor, deposita una fuerte cantidad de dinero en la cuenta de cheques de este último, quien antes de conocer su saldo es detenido y requerido para que demuestre la licitud de su incremento patrimonial, siendo evidente su imposibilidad para realizar tal conducta.

Con estos ejemplos pretendemos dejar de manifiesto que en el tipo en estudio sólo se sanciona el incremento patrimonial del servidor que ha sido producto del uso indebido de la función pública. Pues, si sólo se atendiera a la omisión del servidor de acreditar la lícita procedencia de los bienes, además de llegarse a cometer graves injusticias en caso como los ya expuestos, el tipo se estaría sustentando en una presunción de culpabilidad, hipótesis inadmisibles en todo estado de derecho.²²

Sabedores estamos de los tipos contenidos en el Título Décimo del Código Penal. No obstante, las descripciones contenidas en dichos tipos penales no agotan las múltiples conductas a través de las cuales el servidor, usando la función pública, incrementa su patrimonio. Así, por ejemplo, el servidor público de alta jerarquía que al establecer un prostíbulo invita a todos aquellos

²¹ Además de que, dicha conducta de acuerdo con el art 88 de la LFRSP es sancionada como cohecho.

²² Vid. *infra*. cap. IV. inc. c.

LOS BIENES ABARCADOS POR LA CONDUCTA

servidores con facultades para impedir el funcionamiento de su negocio y simplemente les comenta que dicho lugar es de su propiedad. En este caso el servidor ha utilizado la función pública para establecer un negocio que incrementará su patrimonio y sólo el tipo de enriquecimiento ilícito puede captar la conducta realizada.

Lo mismo ocurre en el caso del dueño de una joyería que ante la pregunta hecha por el inspector de su zona respecto al valor de uno de los anillos que tiene en exhibición, responde con un precio meramente simbólico, el cual es aceptado por el inspector quien al adquirir dicha alhaja, a sabiendas del valor real del objeto, habra incrementado su patrimonio, haciendo uso indebido de su cargo público.²³

Un ejemplo más lo encontramos en el sujeto que obtiene un cuantioso mutuo de otro particular, quien desea obtener una licencia para vender vinos y licores. Transcurrido el tiempo el mutuante se entera que el mutuario ha sido nombrado delegado político, teniendo entre sus facultades expedir licencias en general, razón por la cual el mutuante decide condonar la deuda y el mutuario la acepta, incrementando así su patrimonio.

Como se desprende de estas hipótesis, el incremento patrimonial del servidor se puede deber al uso indebido del empleo, cargo o comisión públicos, sin que las conductas

²³ Esta hipótesis se encuentra enunciada en el art. 47, f. XV. de la LFRSP. y, como ya se dijo, el servidor que realice dicha conducta incurrirá en responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito.

LOS BIENES ABARCADOS POR LA CONDUCTA

señaladas encuadren en ninguna de las figuras del Título Décimo del Código Penal, más que en el tipo del enriquecimiento ilícito.

2. Los bienes respecto de los cuales el servidor se conduzca como dueño

Nos resta ocuparnos de los bienes respecto de los cuales el servidor público se conduzca como dueño. Para tal efecto debemos indagar cómo se comporta un dueño o propietario.

Para responder a tal incógnita, importa tener en cuenta lo que el Código Civil vigente señala:

Art. 830. El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.

Por tanto, el propietario de algún bien podrá: i) servirse de la cosa conforme a la naturaleza de esta (*jus utendi*); ii) obtener los productos generados por la cosa, de ser ellos factibles (*jus fruendi*); iii) disponer de ella (*jus abutendi*), y iv) reclamar el objeto a otros detentadores (*jus vindicandi*).²⁴

Según esto, todos los bienes del servidor público de que no

²⁴ Cfr. MÁRQUEZ González, José Antonio. "La propiedad". *Diccionario Jurídico Mexicano*. T. IV. Porrúa, 1988. pp. 2596-2600.

LOS BIENES ABARCADOS POR LA CONDUCTA

conste jurídicamente sea el dueño y respecto de los cuales de hecho se comporte como tal, es decir, bienes que use, disfrute y disponga, serán reputados, para los efectos del tipo de enriquecimiento ilícito, como partes integrantes de su patrimonio.

Atento lo anterior, el juez deberá atender supletoriamente al Código Civil para determinar los bienes respecto de los cuales el servidor público se conduce como dueño.

El análisis realizado parece agotar el tema de los bienes que se encuentran abarcados por la conducta del servidor. No obstante, de acuerdo con la Constitución, art. 109. fr. III pfo. 3º y con la LFRSP, art. 87, también deben incluirse los bienes que reciban o de los que dispongan el cónyuge y dependientes económicos del servidor público.²⁵ Así, el legislador ha pretendido señalar uno de los casos en que el servidor adquiere bienes por interpósita persona y, en este sentido, ha incluido casi todos los bienes del cónyuge y dependientes económicos del servidor pues el término disponer según el Diccionario de la Lengua Española significa:

²⁵ El referido artículo de la Constitución encarga a las Leyes determinar los casos y circunstancias ... en que el servidor adquiere bienes por interpósita persona, mientras que en el art. 87 de la LFRSP se establece que:

Art. 87. Para los efectos de esta Ley y del Código Penal, se computarán entre los bienes que adquieran los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los que reciban o de los que dispongan su cónyuge y sus dependientes económicos directos, salvo que se acredite que éstos los obtuvieron por sí mismos y por motivos ajenos al servidor público.

LA CONDUCTA

Disponer. (Del lat. *disponere*.) ... 4. intr. Ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas, en vez de atenerse a la posesión y disfrute. Testar acerca de ellas..."

En consecuencia, el legislador ha incluido, para efectos del delito en estudio, todos los bienes sobre los que el cónyuge y dependientes económicos del servidor público ejerzan facultades de dominio. Sin embargo, siguiendo los lineamientos que a lo largo de este apartado se han trazado, para los efectos del enriquecimiento ilícito, los bienes respecto de los cuales el servidor público se conduzca como dueño deberán ser producto del uso indebido de la función pública.

C. La conducta

Uno de los pilares de nuestro estudio lo constituye la determinación de la conducta penalmente relevante en el delito de enriquecimiento ilícito, tarea por demás difícil, pues en el art. 224 se encuentran insertas dos conductas, a saber: aquella en la que el servidor utiliza la función pública para enriquecerse, y la omisión del servidor de demostrar el legítimo aumento de su

LA CONDUCTA

patrimonio o la legítima procedencia de los bienes respecto de los cuales se conduzca como dueño.

En consecuencia, establecer y demostrar cuál es el lugar que ocupan dichas conductas dentro de la teoría del delito de enriquecimiento ilícito, es el objetivo principal del presente apartado.

1. La conducta penalmente relevante

Para determinar la conducta penalmente relevante en el delito en estudio es menester recordar que con esta figura el legislador tuvo como fin evitar y, en su caso, sancionar las conductas en las que el servidor ha utilizado la función pública para enriquecerse.²⁶ Lo anterior nos ha llevado a concluir que el bien jurídico tutelado es la incorruptibilidad de la función pública.²⁷ Si es esto así, entonces la conducta típica sólo puede ser aquella que lesiona dicho bien.

Sabedores estamos de que la Constitución impone al legislador la obligación de precisar en forma objetiva cuáles son esas

²⁶ Claro es que en los ordenamientos anteriores a 1982, el enriquecimiento del servidor sólo constituía un indicio sobre la falta de probidad en su actuación y el motivo para iniciar la investigación tendiente a determinar si el enriquecimiento era producto de la comisión de algún delito ministerial.

²⁷ Vid. *supra*. cap. III

LA CONDUCTA

conductas, mediante lo que se ha denominado por Lang-Hinrichsen y Engisch como tipo garantía.²⁸ No obstante, el legislador hizo caso omiso de dicho mandato y creó un tipo abierto,²⁹ en el que sólo se limita a enunciar que "se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito ...". Esto quiere decir, entonces, que el legislador ha creado un tipo que capta todas aquellas conductas en que el servidor haga uso de la función pública para enriquecerse, y que escapan a las descripciones contenidas en los demás tipos del Título X del Código Penal.

Mucho se ha cuestionado la existencia de tipos abiertos, sobre todo al analizarlos a la luz de principios como el de legalidad, expresado en el apotegma "*nullum crimen sine lege*", y el de certeza jurídica. Mas, el desarrollo de un tema tan controvertido desviaría y excedería en mucho el objeto del presente estudio.³⁰ Por tanto, aun con los inconvenientes que presentan, partimos de la existencia de esta clase de tipos, sin que ello implique un voto en su favor, y nos apoyamos en la definición dada por Welzel, en los términos siguientes:

...en los delitos de comisión dolosos no todos los tipos son "cerrados". En muchos casos la materia de la prohibición no "está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos. En estos supuestos el tipo resulta

²⁸ ROXIN, Claus Teoría del tipo penal ... P. 170.

²⁹ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado... T. III. esp. Pp. 181-183.

³⁰ Cfr. ROXIN, Claus Teoría del tipo penal ...

LA CONDUCTA

"abierto"...³¹

Aplicando lo anterior al tipo en estudio, estimamos que, ante la omisión del legislador, la labor del juez será la de complementar integradoramente el tipo. Así, el juez, en el caso concreto, partirá del enriquecimiento del servidor y del uso de la función pública, complementando el tipo al valorar la naturaleza del empleo, cargo o comisión públicos;³² los medios a través de los cuales se incrementó el patrimonio del servidor; la gravedad de la conducta;³³ la intención del servidor,³⁴ y la inaplicabilidad de alguno de los tipos previstos en el Título X del Código Penal.³⁵

Reunidos estos requisitos, la conducta del servidor podrá quedar comprendida en la hipótesis del art. 224 del Código Penal.

Con los elementos anteriores podemos lógicamente pensar en el *inter críminis*, desde la fase interna, que se inicia con la proposición del fin (enriquecerse), y continúa con la selección de medios para la consecución del fin (uso de la función pública), la consideración de los efectos concomitantes,³⁶ hasta

³¹ *Ibid.* p. o

³² *Vid. infra.* Cap. IV. inc. A.

³³ Aquí nos referimos a la valoración que el juez para determinar si la conducta debe ser sancionada penalmente.

³⁴ Ello para determinar la existencia de dolo o culpa.

³⁵ *Vid. infra.* Cap. V. esp. inc. C.

³⁶ VELZEL, Hans. Derecho Penal alemán ... Pp. 54-55.

LA CONDUCTA

llegar a los actos de ejecución, el nexo causal y el resultado (corrupción pública).

Estamos conscientes de que con la construcción dogmática que presentamos también se suscita el problema del dolo del servidor, pues, como es sabido, el dolo implica el conocimiento de todos y cada uno de los elementos del tipo y la voluntad de realizarlos, mas, como hemos dicho, en el tipo no se encuentran expresamente establecidos todos los elementos del tipo. El problema se agrava con la nueva fisonomía que presenta el Código Penal a partir de las reformas de 1983,³⁷ sobre todo la del art. 9, en las que ya no se presume el dolo y se pasa de un sistema basado en el principio de peligrosidad a uno que se sustenta en el principio de la culpabilidad del acto.

Si esto es así, cabe preguntarse ¿cuál es el lugar que ocupa, dentro de la teoría del delito, la omisión descrita en el art. 224 del Código Penal? y, por otra parte, ¿cuáles son los problemas que se generan si se toma a la omisión de acreditar como conducta penalmente relevante?. Las respuestas a estos interrogantes serán desarrolladas a continuación.

2. La omisión de acreditar. Ubicación

³⁷ Diario Oficial 19-II-1984, en vigor a partir del 19-IV-1984.

LA CONDUCTA

Como dejamos establecido en el punto anterior, los elementos del tipo de enriquecimiento ilícito deberán ser complementados por el juez. Empero, debemos tener presente que en el mundo del deber ser la valoración depende de la perspectiva del sujeto cognocente y, en este sentido, es factible que en torno al mismo objeto valorado existan diferentes, e incluso antagónicos, juicios valorativos. Es por ello que el legislador ha obligado al servidor a demostrar el legítimo aumento de su patrimonio, en otras palabras, a demostrar que el enriquecimiento se debe a causas ajenas a la función pública.

Por ende, la referencia legal a la omisión del servidor sólo viene a reafirmar la valoración realizada por el juez sobre el uso de la función pública en el enriquecimiento del servidor.

En este orden de ideas, la omisión del servidor público no es la conducta incriminada en el delito en estudio, pues con ella no se lesiona al bien jurídico tutelado y, en consecuencia, no existe nexo de causalidad entre ambos. De igual forma, los problemas relativos a la antijuridicidad y a la culpabilidad giran en torno a la conducta en que el servidor utilizó la función pública para enriquecerse y no sobre la omisión de acreditar. De esta guisa, la omisión descrita en el tipo constituye una condición objetiva de punibilidad, pues el efecto de que el servidor acredite se centra exclusivamente en evitar las penas previstas en el art. 224 del Código Penal.

Las condiciones objetivas de punibilidad son un tema harto

LA CONDUCTA

discutido entre los autores, e incluso algunos de ellos niegan su existencia, cuestión que omitimos en el presente estudio, con el fin de no distraer la presente investigación.³⁸ Por tanto, partimos de la existencia de dichas condiciones, las cuales son definidas por Ernst von Beling como:

...Ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuricidad y que no tienen carácter de culpabilidad... Las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo de delito, en que aquéllas no son circunstancias que pertenezcan al tipo..., por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo del agente, sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo, objetivo, por lo cual se las suele denominar frecuentemente condiciones objetivas o extrínsecas"³⁹

La definición anterior es exactamente aplicable a la omisión en estudio, pues, aunque dicha conducta se encuentre descrita en dicho precepto, ello no quiere decir que deba considerarse dentro del tipo,⁴⁰ pues, como ya dijimos, no es con la omisión del servidor con la que se afecta el bien jurídico tutelado, ni tampoco se afecta lo antijurídico de la conducta penalmente relevante y menos aún la culpabilidad del servidor.

De acuerdo con lo antes expuesto, el servidor público que se

³⁸ Cfr. JIMÉNEZ de Asúa, Luis. Tratado... T. VII. esp. Pp. 27-40.

³⁹ *Ibid.* p. 40.

⁴⁰ Antes bien, diríamos que es una práctica reiterada que las condiciones objetivas de punibilidad se encuentren en la parte especial de los Códigos, salvo casos excepcionales como el del Código Penal Italiano que las describe en la parte general.

LA CONDUCTA

encuentra en la situación prevista en el tipo (enriquecimiento), para evitar ser sancionado, deberá acreditar el "legítimo aumento del patrimonio". Cabe preguntarse, empero, ¿cómo se demuestra que el enriquecimiento es legítimo?

Sobre los medios idóneos para acreditar la legitimidad del enriquecimiento, el tipo previsto en el art. 224 del Código Penal remite a una norma extrapenal (LFRSP), a efecto de que ésta determine las pruebas *ad hoc* para acreditar la procedencia de los bienes. Sin embargo, el legislador hizo gala de falta de técnica legislativa, pues no se percató de que la LFRSP no se refiere en ninguno de sus preceptos a dichos medios probatorios o, cuando menos, no señala los criterios a seguir.

Esta falta de cuidado puede apreciarse desde la iniciativa de reformas enviada por el Ejecutivo a la Cámara de Diputados. En ella se encontraba redactado el tipo de enriquecimiento ilícito en los siguientes términos:

CAPITULO XIII

Enriquecimiento ilícito.

Art. 224. Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar la legítima procedencia de sus bienes, en los términos del Artículo 83 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.⁴¹

41 MÉXICO. Cámara de Diputados. Diario de los Debates. Año I. T. I. No. 46. 9-XII-1982. p. 92.

LA CONDUCTA

En este sentido, ni el proyecto de Ley de Responsabilidades, ni la Ley vigente en ese momento (Ley de 1980), contenían en su artículo 83 los medios para acreditar la legítima procedencia de los bienes.

Al respecto, el C. diputado Daniel Angel Sánchez Pérez, al referirse a la Ley de 1980, manifestó:

Si ustedes conocen la Ley, se podrán dar cuenta de que nada tiene que ver el Artículo 83 de la Ley vigente que aquí traemos, y nos cayó un poquito de extrañío que se refiriera la Iniciativa del Presidente a un artículo que no tiene nada que ver, porque el Artículo 83 dice: En los casos de responsabilidad oficial de los funcionarios o empleados de la Federación o del Distrito Federal, el veredicto del jurado es inatacable. ¿Qué tiene que ver esto con el enriquecimiento ilícito?⁴²

Mientras tanto, en el proyecto de Ley de Responsabilidades presentado por el Ejecutivo, se hace referencia en el art. 83 a los lineamientos para la presentación de las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos, sin que en él se determinen las formas para acreditar el legítimo aumento en el patrimonio.⁴³

Siguiendo con el proceso legislativo del artículo 224 del Código Penal, éste fue enviado a la Cámara de Diputados, donde la Comisión de Justicia se dió a la tarea de modificar la Iniciativa

⁴² MÉXICO. Cámara de Diputados. Diario de los Debates. Año I. T. I. No. 58. 28-XII-1982. p. 40.

⁴³ Cfr. Diario de los Debates de la Cámara de Senadores. Año I. T. I. No. 58. 20-XII-82. pp. 14-15.

LA CONDUCTA

Presidencial para hacerla acorde con el sistema jurídico en general, sin que el artículo en estudio haya sido la excepción. Este precepto quedó redactado en los términos que actualmente conocemos, eludiendo el problema al remitir en general a la LFRSP. Mas, el legislador no tuvo la atención de revisar dicha Ley, pues, como ya manifestamos, de haberlo hecho, se habría percatado de la laguna legislativa existente.⁴⁴

Lo anterior deja al descubierto la incertidumbre del servidor para conocer cuáles son esos medios probatorios adecuados para demostrar el legítimo aumento de su patrimonio. Al efecto, consideramos que el servidor podrá aportar al juez criterios interpretativos suficientemente razonados y, en su caso, apoyados en alguno de los medios probatorios previstos en el Código de Procedimientos Penales, que hagan llegar a la conclusión de que el enriquecimiento se debe a causas ajenas al servicio público.

Como podemos apreciar, la conducta de acreditar es una condición objetiva de punibilidad que habría cobrado gran importancia si el legislador hubiera establecido en la LFRSP las formas, o cuando menos los criterios, para demostrar en forma idónea la licitud del incremento patrimonial del servidor público. Mas, la laguna existente en dicha Ley deja sin relevancia alguna a la omisión descrita en el art. 224 del Código Penal.

Sentado lo anterior, cabe ahora desarrollar las implicaciones

⁴⁴ Cfr. Diarios de los Debates de la Cámara de Diputados. Año I. T. I. No. 37 y 38. 27-XII-1982 y 28-XII-1982.

LA CONDUCTA

que tendría el considerar a la omisión descrita en el art. 224 como conducta penalmente relevante del tipo de enriquecimiento ilícito.

3. La omisión del servidor como conducta penalmente relevante. Implicaciones

Para comprender la dimensión de los problemas que acarrearía considerar a la omisión del servidor como conducta penalmente relevante en el tipo de enriquecimiento ilícito, presentamos un resumen de lo que, a nuestro juicio, son las características primordiales de los delitos de omisión.

En los delitos de omisión el legislador ordena a un sujeto, que se encuentra en la situación descrita por el tipo, la realización de una conducta encaminada a evitar la afectación de un bien jurídicamente tutelado que se encuentra en peligro. Empero, si el sujeto realiza una conducta diferente a la ordenada, se hará acreedor a las sanciones establecidas.

Para entender las implicaciones del párrafo anterior es menester considerar que en el mundo del ser (óntico) sólo existen acciones, pues las omisiones requieren de un juicio valorativo que se encuentra en el mundo del deber ser (axiológico).⁴⁵ Es por

⁴⁵ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl Tratado..., t. III, esp. p. 450

LA CONDUCTA

ello que en los delitos de acción el sujeto sólo será penalmente responsable cuando con su conducta haya producido el resultado típico (nexo causal), mientras que en los delitos de omisión el sujeto incurre en responsabilidad penal cuando realiza una conducta diferente a la ordenada por el tipo penal. Claro es que éste no es el único requisito, sino que además se requiere que el sujeto conozca la situación típica; que el sujeto tenga la condición para reconocer y seleccionar los medios idóneos para evitar el resultado, y que el sujeto tenga la capacidad física y mental para ejecutar el acto planeado.⁴⁶

Ahora bien, el deber de actuar puede recaer en cualquier sujeto que se encuentre en la situación típica (omisión simple). Sin embargo, existen ciertos casos en los que el deber de actuar se deriva de la estrecha vinculación entre el sujeto y el bien jurídico, dando origen a la llamada posición de garante,⁴⁷ cuya fuente proviene principalmente de la ley, el contrato, las especiales relaciones de vida o del hacer precedente.⁴⁸

En este sentido, debido a la posición que guarda el servidor público respecto de la incorruptibilidad de la función pública, habría que entender que la ley impone a éste la obligación de acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima

⁴⁶ Cfr. WELZEL, Hans. Derecho penal... esp. Pp. 277-278.

⁴⁷ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado... t. III. esp. p. 459.

⁴⁸ Cfr. STRATENWERTH, OÜnter. Derecho penal ... Pp. esp. 299-300

LA CONDUCTA

procedencia de los bienes respecto de los cuáles se conduzca como dueño, con el fin de evitar la afectación del bien jurídicamente tutelado.

De lo anterior resultaría que la conducta ordenada por la norma penal al servidor es de "acreditar", término definido por el Diccionario de la Lengua Española como sigue: "hacer digna de crédito alguna cosa, probar su certeza o realidad".

En este orden de ideas, el tipo obligaría a un sujeto específico, servidor público, a cumplir con un régimen jurídico especial desde el momento en que éste acepta y asume el empleo, cargo o comisión públicos.

Así, entre las obligaciones impuestas al servidor por la Constitución (arts. 109, fracción III, 113 y 134) y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (art. 47) se encuentra la salvaguarda de la incorruptibilidad de la función pública que debe observar el servidor en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y cuyo incumplimiento dará origen a las sanciones que establezca la ley infringida (art 47, fracción XXII). Supuesto, este último, en el cual encuadraría el mandato del tipo de enriquecimiento ilícito, traducido en probar con certeza la causa que dió origen al incremento en su patrimonio.

Con lo anterior, en el delito en estudio, el legislador habría desvalorado la conducta que dió origen al enriquecimiento para partir de una situación *in individuo* caracterizada por la posición de garante del servidor público, quien al encontrarse en

LA CONDUCTA

la situación objetiva (enriquecimiento), debería realizar la conducta ordenada (acreditar) con el fin de evitar (nexo de evitación) el daño al bien jurídico tutelado (función pública), pues en caso contrario se sancionaría dicha omisión.⁴⁹

De esta forma podríamos fácilmente deducir que nos encontraríamos frente a un tipo de omisión impropia, pues la fuente del deber se encontraría en el orden jurídico que impone al servidor público la obligación de acreditar, ello en virtud de la estrecha relación entre el servidor y el bien jurídico tutelado.

Varias son las objeciones dogmáticas y jurídicas que se pueden hacer a una construcción teórica como la ofrecida anteriormente.

a. Problemas dogmáticos

En primer término, la existencia de los tipos de omisión sólo puede justificarse en la medida en que ordenen conductas que eviten resultados socialmente perjudiciales. Sobre el particular, Stratenwerth señala:

... será suficiente para la omisión de una acción... que tal acción hubiera disminuido el peligro del que resulta la lesión del bien jurídico ... Para determinar estas circunstancias, se requiere la prueba (y no sólo la probabilidad más o menos grande) de que la acción omitida -valorando todas la circunstancias *ex post* conocidas- hubiera

⁴⁹ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado...* esp. 447-482.

LA CONDUCTA

reducido realmente el riesgo de producción del resultado. En la medida en que existan dudas, se lesionaría el principio in dubio pro reo al convertir la inseguridad en posibilidad de salvamento en perjuicio del autor.⁵⁰

Como podemos fácilmente deducir, la omisión del servidor ni aumenta ni disminuye la afectación del bien jurídico tutelado. Además, con la acción de acreditar no se salvaría dicho bien, pues, en dicho supuesto, éste jamás habría estado en peligro.

A mayor abundamiento, el deber de acreditar la legítima procedencia, además de no encontrarse claramente establecido en el orden jurídico en general, no es un deber propio del servidor público. En este sentido, Stratenwerth, al referirse a los deberes impuestos por la ley, señala:

...se puede tratar la responsabilidad para un determinado ámbito de cuestiones... Sin embargo, la lesión de un deber relativo al ejercicio a conciencia del cargo público no alcanza a fundar un delito impropio de omisión, aunque este deber se encuentre legalmente formulado...: el funcionario sólo tiene que responder como garante si le corresponde una responsabilidad propia.⁵¹

Si bien es cierto que la incorruptibilidad de la función pública debe estar presente durante el ejercicio de ésta, ello no alcanza a fundamentar la sanción penal para el servidor que ha omitido acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, pues, tal cosa implicaría presumir la culpabilidad del servidor, salvo

⁵⁰ STRATENWERTH, aÚnter, Derecho penal ... p. 304.

⁵¹ *Ibid.*, p. 209.

LA CONDUCTA

prueba en contrario.

Ahora bien, los problemas relativos a la consumación del delito serían de difícil solución, pues no podríamos establecer si aquella se ha verificado al momento en que el servidor es requerido por primera vez por la autoridad competente, o si se consume al expirar el término probatorio. De igual forma, delimitar la tentativa y el arrepentimiento eficaz sería casi imposible.

Siguiendo con nuestra crítica, debemos recordar que en todo delito de omisión el sujeto debe tener, indistintamente, la posibilidad real y física de realizar la conducta ordenada, pues en caso contrario se violaría el principio *ultra posse nemo obligatur*. Ello no ocurre, sin embargo, en el tipo en estudio, pues el servidor no siempre contará con los medios de prueba necesarios para demostrar el legítimo aumento, además de la incertidumbre que gira en torno a la determinación de los medios de prueba idóneos. Ahora bien, si el servidor tuviera pruebas contundentes para demostrar el legítimo aumento de su patrimonio y, sin embargo, no las desahogara ¿incurriría en un delito doloso?. La respuesta afirmativa implicaría la autoinmolación del sujeto, lo que no es congruente.

Así, partir de la idea de la omisión como conducta penalmente relevante implicaría sustentar una norma penal construida de la siguiente forma: "todo enriquecimiento del servidor es ilícito, salvo prueba en contrario", lo cual implicaría sustentar una

LA CONDUCTA

teoría basada en una presunción de culpabilidad, que da lugar a la inversión de la carga de la prueba, u *onus probandi*, y con ello un retroceso hacia el proceso inquisitorial, ya que de acuerdo con el proceso publicista, el Estado debe demostrar la culpabilidad del sujeto.⁵²

Por tanto, quien sustente que la conducta penalmente relevante en el delito en estudio es la omisión de acreditar, estará en el fondo sustentando la existencia de un tipo penal que tendría como fin cubrir la ineficacia de los órganos judiciales y jurisdiccionales encargados de establecer y demostrar cuáles son las conductas ilícitas en que incurren los servidores públicos para enriquecerse.

b. problemas legales

Ahora bien, presumir la culpabilidad del servidor violaría los principios propios de un estado de derecho, que se encuentran en los preceptos siguientes:

a) El primero de ellos es el de legalidad, inserto en el art. 14, pfo. 3º de la Constitución, el cual ordena "no imponer pena alguna no decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". lo que visto desde el ángulo de la ley penal y no del hecho subsumible en ella, implica el mandato de hacer

⁵² Cfr. Gómez Lara, Cipriano, Teoría ... esp. pp. 79-80.

LA CONDUCTA

leyes "en que se describa precisa, minuciosa y claramente la conducta incriminable".⁵³ No obstante la importancia de este principio, habría que concluir que la conducta que es en realidad relevante para el derecho penal, no estaría descrita en el tipo de enriquecimiento ilícito, y debe entenderse sustituida por una presunción *iuris tantum*, que se pretende fundar en la omisión del servidor de acreditar el legítimo aumento en su patrimonio.⁵⁴

b) Por otra parte, la presunción de inocencia es un principio regulado y protegido en diversos ordenamientos jurídicos internacionales que han sido firmados y ratificados por nuestro país, entre ellos:

"La Declaración Universal de Derechos Humanos"

Art. 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa;⁵⁵

"La Convención Americana Sobre Derechos Humanos"

Art. 8. Garantías judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho,

⁵³ BUNSTER, Alvaro, *et al.* "La responsabilidad penal..." p. 25

⁵⁴ *Vid. supra*, Cap. IV. inc. A.

⁵⁵ SEPULVEDA, Cesar. Derecho Internacional ... p. 652.

LA CONDUCTA

en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:⁵⁶

"Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"

Art. 14 ...

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.⁵⁷

Si bien estos principios rigen al procedimiento penal y, en este sentido, se nos podría objetar que la presunción proviene de la ley, ello no obsta para aplicarlos al enriquecimiento ilícito, pues no debemos perder de vista que la conducta ordenada por la norma penal (acreditar) pertenece básicamente al derecho adjetivo y no al sustantivo. En consecuencia, los preceptos antes transcritos también serían aplicables al tipo en estudio. Si esto es así, de conformidad con lo dispuesto en el art. 133 de la Constitución, el tipo de enriquecimiento ilícito podría ser declarado antinstitucional, toda vez que los Tratados Internacionales son Ley Suprema de toda la Unión, sin que una ley ordinaria, como el Código Penal, pueda contravenirlos.⁵⁸

c) A mayor abundamiento, la seguridad jurídica es otro de los principios, e incluso garantías, que se violarían en la regulación del delito. Baste recordar que el servidor no tiene

⁵⁶ Diario Oficial 7-V-1981.

⁵⁷ Diario Oficial 20-V-1981.

⁵⁸ Cfr. CARPIZO, Jorge. Estudios ... esp. pp. 27-30.

LA CONDUCTA

certeza de los bienes que conforman su enriquecimiento, ni de los medios de prueba idóneos para acreditar la legítima procedencia de estos, pues los criterios encomendados a la Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos no se encuentran señalados en dicho ordenamiento.

Estos razonamientos nos hacen llegar a las conclusiones siguientes:

No es el mero enriquecimiento del servidor el que se sanciona, pues para considerarlo así tendría que existir una norma que lo prohibiera expresamente, tal y como disponía la Cédula Real de 1549.⁵⁹

El fin del tipo en estudio es evitar que el enriquecimiento del servidor sea producto del uso de la función pública.⁶⁰

Pero no todas aquellas conductas a través de las cuales el servidor incrementa su patrimonio son penalmente relevantes.⁶¹

Luego, entonces, sólo debe ser penalmente relevante el enriquecimiento producto de conductas en las que el servidor haya utilizado la función pública, sin que dicha conducta esté captada por alguno de los tipos previstos en el Título X del Código Penal.

Si esto es así, podemos decir que la única función de la

⁵⁹ Vid. *supra*, cap. I, inc. A, pto. 2.

⁶⁰ Vid. *supra*, cap. III

⁶¹ Vid. *infra*, inc. B.

LA CONDUCTA

conducta ordenada por la norma penal (acreditar) no es evitar la lesión del bien jurídico tutelado (función pública), sino una oportunidad para el servidor de exonerarse de las penas previstas en el art 224 del Código Penal.

TENTATIVA

Capítulo V

PROBLEMATICA ESPECIAL

A. Tentativa -----

Una vez que se ha determinado que la conducta penalmente relevante en el delito en estudio es aquella en que el servidor utiliza la función pública para enriquecerse, podemos dar inicio al estudio de los problemas especiales, a saber: tentativa, participación y concurso de delitos.

En nuestro sistema jurídico la tentativa se ha regulado a través de una fórmula general inserta en el art. 12 del Código

TENTATIVA

Penal.¹ No obstante que la actual redacción de dicho precepto data del 14 enero de 1985,² consideramos aplicable la tesis jurisprudencial 464 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año de 1983, en la cual se señalan los lineamientos básicos de la tentativa, a saber:

464 TENTATIVA PUNIBLE, CONDICIONES DE LA.- Según el artículo 12 del Código Penal Federal, la tentativa es punible cuando "se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". Como se aprecia de esta definición, los elementos que integran la naturaleza de la tentativa son a) un elemento moral o subjetivo que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; b) un elemento material u objetivo, que consiste en actos desarrollados por el agente tendiente [sic.] a la ejecución del delito, y c) un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Asentado lo anterior, resulta evidente que la tentativa punible, para surtirse [sic.], requiere no de meras actitudes que hagan suponer que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución, es decir, de iniciación de un delito que no llega a su fin lesivo por el concurso de una tercera fuerza que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente. Estos actos que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, a que la tentativa se refiere, han de ser realizados empleando el agente un medio objetivo idóneo a causar lesión

¹ Art. 12. Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

² Entre los cambios experimentados por este artículo encontramos: a) la inclusión expresa de los delitos de omisión; b) la regulación del desistimiento voluntario y del llamado arrepentimiento eficaz o arrepentimiento activo.

TENTATIVA

en el bien tutelado, conforme a su determinación subjetiva previa; lo que no ocurre cuando sólo se trata de actos meramente preparatorios, previos a la ejecución.

Amparo directo 5627/82.- Jose Rosales Villa.- 26 de enero de 1983. 5 votos.- Ponente: Francisco Pavón Vasconcelós.

1ª SALA Séptima Época Volumen 169-174 Segunda Parte Pág. 154.

Conforme con lo establecido, la simple resolución del servidor de incrementar su patrimonio utilizando su empleo, cargo o comisión, no podrá ser punible de acuerdo con el principio *cogitationis poena nemo patitur*. Ni tampoco podrán ser sancionados los actos preparatorios.

En consecuencia, de acuerdo con el máximo órgano jurisdiccional de nuestro país, que se apega a la teoría objetiva,³ sólo podrán considerarse punibles los actos de ejecución, es decir, aquéllos que "son ya" un inicio de penetración en el núcleo del tipo". Lo anterior, aplicado al tipo en análisis, implica que sólo estaremos frente a una tentativa de enriquecimiento ilícito cuando el servidor haya realizado actos encaminados directa e inmediatamente a enriquecerse.

Claro es que determinar dónde terminan los actos preparatorios y dónde comienzan los actos de ejecución es tarea por demás difícil. Sobre el particular, consideramos que el juez deberá tomar en cuenta el plan del autor (servidor). Además, como lo establece el art. 52, en relación con el art. 213, ambos del

³ Cfr. MIR Pulg, Santiago. Derecho Penal... esp. Pp. 289-290

TENTATIVA

Código Penal, debe tomar en cuenta la intencionalidad del agente,⁴ la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, el grado de ejecución,⁵ la jerarquía del servidor, su antigüedad en el empleo, su instrucción, sus antecedentes y las circunstancias de los hechos constitutivos del delito.

Cierto es que sólo podremos hablar de tentativa de enriquecimiento mientras no se haya incrementado el patrimonio del servidor por la interferencia de una causa ajena a su voluntad, pues si dicho enriquecimiento se ha configurado, entonces estaremos ante un delito consumado.

Diferente es el supuesto del desistimiento o del arrepentimiento eficaz del servidor público que pretendía enriquecerse mediante el uso de la función pública, pues conforme con lo establecido por el 3^{er} párrafo del citado art. 12 del Código Penal, al servidor no se impondrá pena o medida de seguridad alguna.

Los lineamientos anteriores constituyen sólo una aproximación para resolver los problemas que se pueden presentar en el caso en concreto. Mas, existen otros que deberán ser resueltos con los criterios judiciales que al efecto se enuncien. Así, por ejemplo, si el legislador ha establecido la penalidad del ilícito en torno

⁴ Consideramos que la conducta del servidor, para ser sancionada penalmente, debe estar dirigida por la voluntad final de enriquecerse mediante el uso de la función pública, dado que es inadmisibles pensar en una sanción penal por tentativa culpable, debido a que en la culpa el fin del agente es siempre lícito.

⁵ Para determinar el grado de ejecución el juez ha de tomar en cuenta el plan del autor.

TENTATIVA

al elemento objetivo del monto del enriquecimiento, ¿qué ocurriría si ese monto, en caso de consumarse la conducta, no pudiere determinarse?, ¿cuál sería el criterio adoptado por el juez?. Si se inclinara por imponer las dos terceras partes de la sanción, de acuerdo con el art. 63 del Código Penal, correspondiente al enriquecimiento menor a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente, su resolución estaría acorde con el principio *in dubio pro reo*.

Sentado lo anterior, recordemos el caso del inspector que compra el anillo. En ese caso el juez no tendrá muchos problemas para determinar el *quantum* del enriquecimiento. Ello no ocurre en el caso del servidor que ha establecido el próstibulo.⁶ En consecuencia, consideramos que aquí el juez deberá estar a lo más favorable al servidor, aplicando las dos terceras partes de la sanción que corresponde al enriquecimiento que no excede de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal.

Ahora bien, si de las investigaciones realizadas se llegara a determinar que los actos de ejecución del servidor no habrían producido su enriquecimiento, consideramos que estaremos ante una tentativa inidónea, la cual no es punible.

A la misma conclusión ha de llegarse en el caso en que el sujeto cree que ha utilizado la función pública para enriquecerse y, sin embargo, ésta no ha estado de por medio en el

⁶ *Vid supra* cap. IV. inc. B).

TENTATIVA

enriquecimiento del servidor. Lo anterior se puede ilustrar en el citado caso del inspector que compra un anillo creyendo que la rebaja en el precio se debe a su calidad de servidor público, sin saber que la mercancía adquirida tenía un descuento en el precio.

Muy diferentes serían nuestras conclusiones si consideráramos la omisión del servidor de acreditar la procedencia del aumento de su patrimonio como conducta penalmente relevante. Para efectos meramente teóricos, veamos a qué consecuencias nos llevaría tal aserto.

Como ya señalamos, en los tipos de omisión impropia el sujeto tiene el deber de realizar la conducta ordenada por el tipo a efecto de garantizar al bien jurídico tutelado. Empero, dicha garantía sólo será exigible cuando el bien jurídico esté en peligro de sufrir alguna afectación.⁷

En consecuencia, tendríamos que distinguir entre el momento en que surge el peligro para el bien jurídico tutelado (incorruptibilidad de la función pública) y aquél en que el servidor debe cumplir con el mandato de la norma penal (acreditar). En este sentido, habría que entender que la incorruptibilidad de la función pública peligra en el momento en que la autoridad requiere al servidor público para que acredite el legítimo aumento de su patrimonio y no en aquél en que presumiblemente el servidor ha hecho uso de la función pública

⁷ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado ... T. IV, esp. p. 504

TENTATIVA

para incrementar su patrimonio.⁸

Lo anterior nos llevaría a afirmar que, cuando el servidor público demuestra la procedencia de su incremento patrimonial, evita la afectación de la función pública, pues sólo así se justificaría considerar al enriquecimiento ilícito como un tipo de omisión impropia.⁹

De esta guisa, el *iter criminis* se estructuraría de la siguiente forma. Los actos de ejecución se iniciarían apenas la autoridad competente, esto es, la Secretaría de la Contraloría General de la Federación o el Ministerio Público, requiriera al servidor para que demostrara la procedencia de su incremento patrimonial, y éste no cumpliera con el mandato contenido en el tipo.

Siguiendo nuestro desarrollo, el grado de ejecución del delito avanzaría al paso del procedimiento, de tal suerte que habría tantos actos de ejecución como momentos procedimentales existieran para presentar las pruebas que acreditaran la procedencia de los bienes materia del ilícito. Si en este lapso algún particular, o incluso el Ministerio Público, presentara las pruebas que demostraran la procedencia de dichos bienes, entonces estaríamos ante una tentativa inacabada que, de acuerdo con el artículo 12, también sería punible.

La consumación de la conducta se configuraría al vencerse el

⁸ *Vid. supra* Cap. IV. incs. B y C.

⁹ *Vid. supra* Cap. IV. esp. inc. A, pto. 4.

TENTATIVA

periodo de ofrecimiento de pruebas, que establece el artículo 150 del Código Federal de Procedimientos Penales.¹⁰ En este supuesto, el servidor público no habría presentado el ofrecimiento de pruebas. Mas, ello no obstaría para que el juez, a fin de mejor proveer, ordenara el desahogo de pruebas que se encontraran en posesión de un tercero, ajeno a la relación procesal. Así, si con dichas pruebas se demostrara la procedencia de los bienes, nos encontraríamos ante una tentativa acabada, donde la lesión del bien jurídico tutelado no se habría configurado por la intervención de un sujeto que cumpliera con el deber que tenía el garante.

En cuanto a la lesión del susodicho bien, ésta recién se concretaría al causar ejecutoria la sentencia condenatoria emitida por el juzgador; ergo, el servidor, al no cumplir con su deber, sería corrupto.

¹⁰ Art. 150. Transcurridos los plazos que señala el artículo 147 de este Código o cuando el tribunal considere agotada la instrucción lo determinará así mediante resolución que se notificará personalmente a las partes, y mandará poner el proceso a la vista de éstas por diez días comunes, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes al que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba. Según las circunstancias que aprecie el juez en la instancia podrá de oficio ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer o bien ampliar el plazo de desahogo de pruebas hasta por diez días más. Al día siguiente de haber transcurrido los plazos establecidos en este artículo, el tribunal, de oficio y previa certificación que haga el secretario, dictará auto en el que se determinen los cómputos de dichos plazos.

Se declarará cerrada la instrucción cuando, habiéndose resuelto que tal procedimiento quedó agotado, conforme a lo previsto en el párrafo anterior, hubiesen transcurrido los plazos que se citan en este artículo o las partes hubieran renunciado a ellos.

TENTATIVA

Es particularmente importante resaltar que cada momento procedimental acaecido acrecentaría la duda sobre la probidad del servidor, disminuyendo, incluso, las posibilidades de dejar a salvo al bien jurídico. Así, por ejemplo, si el servidor presentara las pruebas mediante el escrito de inconformidad (art. 85 LFRSP) ante la Secretaría de la Contraloría, ésta podría considerarlas como suficientes para acreditar la procedencia de sus bienes y no dar conocimiento al Ministerio Público. Muy diferente sería la situación del servidor que hubiera esperado hasta la audiencia de ley para presentar las pruebas, pues en ese caso el valor de convicción de éstas y, en consecuencia, la idoneidad de la conducta, estarían en suspenso hasta que se dictara sentencia. Sobre el particular Stratenwerth señala:

...el deber de acción surge con el peligro, y toda demora en la intervención es anti-jurídica, en la medida en que mientras tanto el peligro crezca ... Si el omitente consiente esta disminución de las posibilidades de salvar el bien jurídico que son consecuencia de su demora, en que el resultado no podrá ser evitado, obrará, dolosamente, con la actitud requerida para la tentativa.¹¹

Empero, si el servidor público modificara su actitud y presentara las pruebas necesarias para acreditar la procedencia de sus bienes antes de vencerse el término de ofrecimiento de pruebas, ello haría las veces del desistimiento espontáneo y, en consecuencia, no sería punible.

¹¹ Derecho penal... p. 314

TENTATIVA

No obstante, la espontaneidad del servidor que es requerido por la autoridad se podría objetar por la intervención de una autoridad estatal y, en este sentido, parecería no ser aplicable el principio formulado por Frank: "el desistimiento es voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación aunque puede".¹² Mas, no debemos perder de vista el conocimiento que el servidor tendría de la necesaria intervención de la autoridad en este ilícito y, en este sentido, en ninguna forma habría de modificar sus planes la intervención de la autoridad.

Lo anterior deja al descubierto las especulaciones a que se puede llegar si consideramos la omisión del servidor público como la conducta penalmente relevante en el delito de enriquecimiento ilícito. Basten estos razonamientos para confirmar, una vez más, que en el tipo en estudio se sancionan las conductas activas en que el servidor utiliza su empleo, cargo o comisión públicos, con el fin de enriquecerse, sin que dichas conductas estén previstas por alguno de los tipos previstos en el Título X del Código Penal.

¹² MIR Puig, Santiago. Derecho penal ... p. 300.

AUTORES Y PARTICIPES

B. Autores y participes

En nuestra legislación penal la regulación de autores y participes se encuentra en el artículo 13 del Código Penal,¹³ precepto que aplicaremos al tipo que nos ocupa.

1. Autoría

a. Autor directo

El delito de enriquecimiento ilícito, como ya lo hemos manifestado, es un delito propio, que requiere de un sujeto activo específico, denominado servidor público, quien es el único que puede colocarse en la situación descripta por el tipo penal.

¹³

Art. 13. Son responsables del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.
- II. Los que lo realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.

AUTORES Y PARTICIPES

Es fácil concluir, por tanto, que si el sujeto no reviste dicha calidad nos encontraremos ante un caso de atipicidad.¹⁴

Respecto al concepto de "autor", debemos recordar que éste no es propio del mundo del deber ser, al cual pertenece el derecho, sino que proviene del mundo del ser u óntico. Por tanto, el legislador debe tener presente esta correlación de conceptos al construir cualquier tipo penal.¹⁵

Así, en la actualidad, parece indiscutible que el autor es "el que domina el hecho, que retiene en sus manos el curso causal, que puede decidir sobre el si y el cómo".¹⁶ Así entendido, tiene el dominio del hecho el sujeto que puede decidir en última instancia entre realizar la conducta delictiva o alguna otra diferente,¹⁷ lo cual implica que el sujeto cuente con el dominio objetivo y subjetivo del hecho.¹⁸ De acuerdo con lo anterior y con la construcción del tipo materia de análisis, el servidor tendrá el dominio del hecho solamente cuando puede decidir en última instancia entre enriquecerse mediante el uso de la función pública o realizar una conducta diferente a la delictiva.

¹⁴ Vid. *supra*. Cap. IV. inc. A.

¹⁵ Cfr. MORENO Hernández. Moisés. "autor del delito" Diccionario Jurídico Mexicano. T. I. pp. 288-289.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado ...* T. IV. p. 306.

¹⁷ Tal aseveración nos conlleva a incluir en este supuesto sólo a los delitos dolosos, y no los culposos, pues como señala Moisés Moreno, en éstos se considera autor "aquel que produce un resultado típico mediante la realización de una conducta violatoria de un deber de cuidado" sin tomar en cuenta el dominio del hecho.

¹⁸ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual ...* esp. Pp. 007-008.

AUTORES Y PARTICIPES

b. Autor mediato

El autor mediato "es el que para la realización del injusto se vale de otra persona que actúa como mero instrumento, ya sea porque actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente, o incluso inculpablemente",¹⁹ hipótesis factible de configurarse si pensamos en el Agente del Ministerio Público Federal, que envía a su secretario a realizar inversiones a nombre de éste en la casa de bolsa propiedad de un sujeto cuyas conexiones con el narcotráfico no han podido demostrarse, pese a las investigaciones realizadas. Transcurrido cierto tiempo, las acciones adquiridas experimentan un incremento exorbitante. Claro es que en esta hipótesis, para que el secretario esté amparado por una causa de justificación, la obediencia jerárquica, deberá desconocer las presuntas actividades ilícitas del dueño de la casa de bolsa, pues en caso contrario nos encontraremos ante un partícipe del delito.

Lo anterior reafirma lo manifestado por Claus Roxin, quien al referirse a los delitos de servidores públicos, como es el enriquecimiento ilícito, señala: "lo único decisivo es la infracción del deber típico por parte del obligado por el mismo, que siempre sería autor con independencia de si realiza o no por sí mismo los actos descritos en el tipo".²⁰ Sin embargo,

¹⁹ MORENO Hernández, Moisés. "autor del delito". *Diccionario Jurídico Mexicano*. T. I, p. 285.

²⁰ MIR Puig, Santiago. Derecho penal ... p. 315-316.

AUTORES Y PARTICIPES

tratándose del autor mediato, así como del coautor, deberá él revestir la calidad de servidor público,²¹ pues ello, como señala Zaffaroni, constituye una limitación de la ley al principio del dominio del hecho.²²

c. Coautoría

Cabe advertir que en el delito de enriquecimiento ilícito, los coautores deben reunir la calidad de servidores públicos, pues en caso contrario sería atípica su conducta.

La coautoría se manifiesta cuando haya una división de las tareas en que ninguno de los sujetos realiza por completo la conducta típica, aunque en este supuesto pueden existir confusiones con la participación. Mas, estas son superadas con el criterio del "dominio funcional del hecho", que se basa en la consideración de la importancia que tiene el aporte de cada uno de los sujetos en el plan concreto, de tal suerte que hablaremos de coautor sólo si, suprimiendo el aporte de cada cual, el delito no se habría realizado.²³ Por ende, este supuesto de coautoría

²¹ No obstante, cabría preguntarse ¿qué ocurriría si el autor mediato fuera un particular?. He aquí un verdadero dilema, pues sobre el particular la doctrina aún no encuentra una solución satisfactoria. Este problema, que se presenta tanto en los *delicta propria*, a los que pertenece el enriquecimiento ilícito, como en los delitos de propia mano, ha llevado a Zaffaroni a hablar de un "autor de determinación de otro al delito".

²² Cfr. Manual... esp. Fp. d24- d25.

²³ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual... Esp. Fp. d11-d12.

sólo podrá determinarse en el caso en concreto.²⁴

Sentado lo anterior, pensemos en el grupo de diputados cuyo voto es decisivo para la aprobación de una nueva ley ecológica que obligaría al cierre de diversas empresas altamente productivas. Antes de emitir su voto reciben una oferta para comprar una nueva serie de acciones cuya ganancia está asegurada, motivo por el cual convienen en adquirir dichas acciones a nombre de terceros, y en emitir, cada uno de ellos, un voto contrario a la iniciativa de ley. Aquí, cada uno de los legisladores tiene el dominio del hecho respecto de su voto, pero es coautor en relación con los demás porque sólo en su conjunto podrán lograr que dicha iniciativa no prospere y, en consecuencia, pueda dar origen a su futuro enriquecimiento.

2. Participación y encubrimiento

Para dar paso a la participación es conveniente partir de la idea que el partícipe realiza una conducta accesoria respecto de la conducta típica y antijurídica del autor,²⁵ y sólo incurrirá en

²⁴ Debido a su exclusión de la doctrina moderna, omitimos hacer mención a la llamada autoría paralela en la que varios autores concurren en forma que cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica, supuesto en el que propiamente estamos frente a varios autores.

²⁵ Ello atendiendo a una teoría de accesoriidad limitada, que consideramos es la adecuada, pues en caso de estar a la teoría de la accesoriidad extrema, en la que la conducta del autor debe ser típica, antijurídica y culpable, nos llevaría a sostener que la inculpabilidad del autor beneficia al partícipe. Por otra parte, estar a lo dispuesto por la teoría de la accesoriidad mínima, que sólo toma en cuenta el aspecto objetivo de la conducta típica, nos llevaría a perder de vista la

AUTORES Y PARTICIPES

responsabilidad a partir del momento en que el autor inicia los actos de ejecución y no antes.²⁶

Ahora bien, debido a las características que presenta la redacción del 2º pfo. del art. 212 y el 2º pfo. del art. 224, ambos del Código Penal,²⁷ estudiamos conjuntamente la complicidad y el encubrimiento en el enriquecimiento ilícito, para posteriormente ocuparnos de la instigación.

a. Cómplice y encubridor

Inicialmente, es menester saber en el delito de enriquecimiento ilícito, a diferencia de los casos de autoría, los cómplices y los encubridores no necesitan reunir alguna calidad específica, dado que el tipo no la requiere. Sobre la extensión del campo del servidor público al particular, Welzel, al hacer la consideración de la accesoriidad de la participación, señala:

...el partícipe no viola con su conducta el mismo precepto que el autor, sino que, al favorecer el injusto del autor provoca una "desintegración social" que afecta la "paz jurídica". Por esa vía se explica la participación en los delitos propios, ya que el partícipe, aunque no tenga las calidades del autor, igualmente altera la paz jurídica, provoca la desintegración social, al contribuir al injusto

diferencia entre autor y partícipe, pues tan causal puede ser la conducta del autor como la del partícipe.

²⁶ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R. *Manual...* esp. p. 621.

²⁷ Vid. supra. Cap. II. inc. D).

AUTORES Y PARTICIPES

del autor.²⁸

Así, de conformidad con el 2º pfo. del art. 212, en relación con el art 13, ambos del Código Penal, será cómplice o encubridor, según el caso, quien participe en la perpetración del enriquecimiento ilícito. En otras palabras, lo será aquel sujeto que preste ayuda o auxilie al servidor público para cometer el delito referido (cómplice), o bien el sujeto que con posterioridad a la consumación del enriquecimiento auxilie al servidor, en cumplimiento de una promesa anterior al delito (encubridor).

Para determinar cuándo estamos ante un cómplice y cuándo ante un encubridor es necesario determinar cuándo el delito se ha consumado. De tal suerte que será cómplice el sujeto que ayude o auxilie al autor a cometer el delito, sin que éste se haya consumado, pues si el auxilio es posterior a dicha consumación estaremos ante un encubridor.

Aunque las formas de complicidad y encubrimiento son variadas, el legislador ha previsto expresamente una de ellas en el pfo. 2º del art. 224. En efecto, dicho precepto se refiere al cómplice o encubridor, según sea el caso, que haga figurar como suyos bienes que el servidor adquiere o ha adquirido en contravención con lo dispuesto en la LFRSP, a sabiendas de esta circunstancia. Sin embargo, como ya lo hemos manifestado, dicha Ley no establece en ninguno de sus preceptos las hipótesis o los

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado...* T. IV. p. 957.

AUTORES Y PARTICIPES

criterios para determinar los bienes que la contravienen. En consecuencia, realizando una labor interpretativa a la luz de los criterios que hemos aportado, el sujeto será cómplice o encubridor, según el caso, cuando conozca que los bienes que hace pasar como suyos han sido obtenidos por el servidor público mediante el uso indebido de su empleo, cargo o comisión, sin que dicha conducta esté descrita en los demás tipos del Título X del Código Penal.²⁹

Aplicar los criterios anteriores al enriquecimiento ilícito no es tarea fácil, debido a la complejidad fenoménica que puede presentar la conducta del servidor público que se enriquece. Así, por ejemplo, en el citado caso del legislador que adquiere acciones de la industria (contaminante) a nombre de un tercero, este último revestirá la calidad de cómplice si tuvo alguna participación hasta antes de que el servidor hubiera adquirido dichas acciones, pues si las hace figurar como suyas con posterioridad a dicha adquisición, sin que hubiera participado en forma alguna en la comisión del delito, entonces estaremos ante un encubridor. De igual forma, en el supuesto del sujeto que hace pasar como suyo el anillo que adquirió el inspector, a sabiendas de la ilicitud de su procedencia, el delito ya se habrá consumado o ejecutado y, en consecuencia, dicho sujeto revestirá la calidad de encubridor.

Sin embargo, los criterios para diferenciar al cómplice del

²⁹ *Vid. supra.* Cap. IV. inc. C). esp. pts. 1 y 2.

AUTORES Y PARTICIPES

encubridor se tornan difíciles en casos como el del sujeto que hace figurar como suyos los bienes y las ganancias del servidor que es dueño del prostíbulo. He aquí un caso de delito continuado, cuya dificultad radica en señalar su consumación.

De acuerdo con lo anterior, consideramos que el juez en el caso en concreto, habrá de determinar el grado de ejecución del delito para así determinar si el sujeto, que hace figurar como suyos los bienes ilícitos del servidor, reviste la calidad de cómplice o de encubridor.

Por último, el sujeto que hace pasar como suyos bienes del servidor sin tener conocimiento de la ilicitud de su procedencia estará actuando atípicamente, debido a que dicho conocimiento es un elemento subjetivo requerido por el tipo.

b. Instigador

Al igual que el cómplice y el encubridor, el instigador no requiere tener una calidad específica para incurrir en responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito.

La instigación o inducción al delito se entiende como " una influencia psicológica o espiritual que se ejerce sobre una persona, en la que se despierta o provoca la resolución de cometer un delito".³⁰ Sobre el particular, la *communis opinio* considera que ésta sólo puede configurarse en los delitos

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado ... T. III. pp. 1000-1002.

CONCURSO DE DELITOS

dolosos. Como se puede advertir, en el enriquecimiento ilícito sólo podemos concebir como instigador a aquella persona que induce al servidor público a incrementar su patrimonio utilizando su función pública, sin que dicha conducta esté descrita en alguno de los restantes tipos del Título X del Código Penal. Claro es que en este caso, el instigador debe provocar en el autor la resolución delictiva.³¹ En este sentido, las simples insinuaciones no pueden considerarse como instigación.³²

Para que la conducta del instigador sea punible el servidor debe iniciar los actos de ejecución, pues en caso contrario será atípica la conducta de dicho instigador.³³

C. Concurso de delitos

Como ha quedado de manifiesto a lo largo del presente estudio, las conductas en las que el servidor público utiliza la función pública para enriquecerse son de la más diversa índole y, en consecuencia, muchas de dichas conductas escapan a las

³¹ Es claro que si el servidor ya tuviera la resolución, estaríamos ante una tentativa de inducción.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual...* P. 432

³³ *Ibid.* P. 493.

CONCURSO DE DELITOS

descripciones contenidas en los tipos penales del Título X de. Código Penal, siendo necesaria la creación de un tipo abierto que las capte para evitar así su impunidad. Allí está el origen mismo del enriquecimiento ilícito.³⁴

Lo anterior da lugar a ciertas cuestiones, como la de determinar qué ocurre si la conducta a través de la cual el servidor se ha enriquecido está descrita en alguno de los tipos del Título X del Código Penal. Así, para enriquecerse puede el servidor, por ejemplo, pedir a un particular dinero a cambio de realizar un acto relacionado con sus funciones (cohecho activo, art. 222, fr. I C.P.); distraer valores del Estado para usos propios (peculado, art 223, fr. I, C.P.); exigir dinero a título de recargos que sepa que no son debidos (concusión, art. 218 C.P.), etc.

Si bien es cierto que en los supuestos anteriores el servidor ha realizado una conducta en que ha utilizado la función pública y que lo ha enriquecido, ello no significa que el servidor sea responsable de dos delitos ministeriales, enriquecimiento ilícito y otro, llámese cohecho, peculado, concusión etc. En otras palabras, en este supuesto el concurso ideal de delitos no será procedente.

Tal aserto se apoya en los antecedentes del enriquecimiento ilícito. Recordemos que en la exposición de motivos de la Ley de 1940 expresamente se establecía que no se sancionaba el

³⁴ Vid. supra. Cap. IV. incs. B) y C) y Cap. V. inc. B)

CONCURSO DE DELITOS

enriquecimiento producto de un ilícito, ya que ese supuesto estaba "previsto en otra parte de la ley".³⁵ De igual forma, en el proceso legislativo de reformas a la Constitución se puso de manifiesto que con este delito se pretendía acabar con las lagunas de la ley que permitían el enriquecimiento del servidor con cargo al servicio público.³⁶

Si esto es así, entonces nos encontramos ante el llamado por Merkel concurso aparente de leyes, en que dos o más leyes penales concurren sólo en apariencia, pues en definitiva una de ellas excluye a todas las restantes, y se apodera del hecho. En efecto, en los supuestos anteriores es evidente que el tipo de enriquecimiento ilícito tiene menos caracteres que los demás tipos del Título X del Código Penal. Por consiguiente, al concurrir con alguno de ellos quedará excluido, y ello en atención al principio de "especialidad" según el cual "la ley especial deroga a la general"

Atento lo anterior, el servidor que ha utilizado la función pública sólo podrá incurrir en responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito cuando la conducta realizada no esté descrita en los demás tipos del título X del Código Penal. De esta suerte, en los supuestos anteriormente apuntados el concurso ideal no podrá configurarse. Afirmar lo contrario sería anticonstitucional, de acuerdo con lo establecido en el art. 109,

³⁵ *Vid. supra.* Cap. I. inc. B. pto. 9.

³⁶ *Vid. supra.* esp. Cap. III.

CONCURSO DE DELITOS

fr. III pfo 2° de la Constitución, que dispone "...No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza".

No está de más reiterar que ante la violación de este precepto será procedente el amparo respectivo.

Claro es que si al servidor que utilizó la función pública para enriquecerse se le siguió el proceso respectivo por cohecho, peculado, concusión etc., y el juez determinó, ya sea en el auto de término o en la sentencia, que la conducta era atípica, podrá sólo entonces aplicarse el tipo de enriquecimiento ilícito.

El concurso real no implica mayores problemas, pues sólo ha de requerirse que en ambas conductas el servidor haga uso de la función pública, con la diferencia de que una de ellas debe significar para el servidor un incremento patrimonial y ,además, no estar captada por los demás tipos del título X del Código Penal.

Respecto al delito continuado, como lo señala el mismo art. 19 del Código Penal, no existe concurso de delitos, pues todo el desvalor penal que el legislador ha querido captar en el delito de enriquecimiento ilícito se encuentra ya establecido al incrementar la penalidad si el enriquecimiento excede de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal. Lo anterior obedece a un sano y plausible principio de racionalidad de la pena adoptado por el legislador de 1984.

SUGESTIONES

Capítulo VI

SUGESTIONES EN TORNO A UNA REFORMA

El análisis crítico que hemos realizado ha dejado al descubierto muchos de los problemas que presenta la regulación del enriquecimiento ilícito. No obstante, con todo lo criticable que pueda ser, consideramos que dicha figura debe pervivir en nuestro sistema penal de responsabilidades de servidores públicos, pues, como hemos visto, la complejidad fenoménica de las conductas a través de las cuales el servidor público puede incrementar su patrimonio es de la más diversa índole, reafirmando, una vez más, que la realidad supera en mucho, según

SUGESTIONES

hemos expresado, las descripciones que el legislador puede realizar en los tipos penales.

En este orden de ideas, es el Juez quien en el caso en concreto debe determinar si la conducta del servidor debe ser sancionada penalmente. Esto, a primera vista, parece violar flagrantemente la garantía de legalidad, inserto en el art. 14, pfo. 3º de la Constitución, que ordena "no imponer pena alguna no decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, lo que visto desde el ángulo de la ley penal y no del hecho subsumible en ella, implica el mandato de hacer leyes en que se describa precisa, minuciosa y claramente la conducta incriminable".¹ Sin embargo, no debemos olvidar que el Juez en dicho caso contará con los siguientes elementos insertos en el tipo: la calidad del sujeto, el uso de la función pública, el enriquecimiento que se produce. De igual forma tomará en cuenta, de acuerdo con el art. 213 del C.P., la naturaleza del empleo, cargo o comisión públicos; los medios a través de los cuales se incrementó el patrimonio del servidor; la gravedad de la conducta; la intención del servidor y la inaplicabilidad de alguno de los tipos previstos en el título X del Código Penal.

De esta guisa, la labor integradora del juez estaría fundada en la ley misma, Co. C.P., LFRSP y demás ordenamientos jurídicos aplicables. Aunado a lo anterior debemos recordar que el juez, al aplicar la ley al caso en concreto, invariablemente está dictando

¹ BUNSTER, Álvaro. "La responsabilidad penal..." p. 23

SUGERENCIAS

una norma, aunque de efectos estrictamente personales.

Los asertos anteriores tienen como asidero la protección de la incorruptibilidad de la función pública que redundan en la confianza popular e, incluso, en la existencia misma del Estado. Se ha demostrado, en efecto, que el uso del poder público para la exclusiva satisfacción de los intereses de las personas que representan a los órganos del Estado, da origen a múltiples movimientos sociales que pueden desembocar en una revolución. En la historia más reciente son abundantes los ejemplos a este respecto.

Aunque, como ya dijimos, el tipo de enriquecimiento debe permanecer como delito, consideramos que en mucho se aliviarían los problemas que genera su aplicación, con una redacción del tipo como la que a continuación presentamos:

Capítulo XIII

Enriquecimiento ilícito

Art. 224. Comete el delito de enriquecimiento ilícito el servidor público que utiliza su empleo, cargo o comisión públicos para incrementar su patrimonio, por sí o por interpósita persona, siempre y cuando su conducta no se encuentre descrita en alguno de los tipos del presente título.

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

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

Decomiso en beneficio del Estado de los bienes que sean

SUGESTIONES

producto de este delito.

Si el monto a que asciende el enriquecimiento ilícito es mayor de mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, pero no excede de cinco mil veces dicho salario, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

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

Sobre esta propuesta, cabe señalar que el enriquecimiento cuyo monto sea menor a mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal deberá sancionarse administrativa y no penalmente.

Consideramos que la regulación propuesta es acorde con el fin del legislador de 1982, aunque ella sólo constituye un primer paso, pues todavía faltaría adecuar el art. 212 del C.P. a lo dispuesto en el art. 108 de la Constitución. También, de ser necesario, habría que cubrir la laguna legislativa existente en la LFRSP respecto de los medios probatorios, o cuando menos los criterios a través de los cuales el servidor puede acreditar la licitud de su enriquecimiento.

En este marco renovador no estaría por demás revisar la eficacia que en materia de enriquecimiento ilícito ha tenido la

SUGESTIONES

Secretaría de la Contraloría General de la Federación y, a partir de esa investigación, realizar los cambios pertinentes.²

² Cfr. VIALE, Emilio. "Detienen por enriquecimiento ilícito, a un funcionario menor." *El Universal*. México. 28-VI-1988. Pp. 21 y 24, segunda parte de la primera sección; GONZÁLEZ, Victor. "Destituyen a jefes aduaneros por no declarar su patrimonio". *El Universal*. México. 12-IV-1989. Pp. 23-26, segunda parte de la primera sección, y FERNÁNDEZ, Bertha y Georgina Howard. "Fueron casados Leyva y otros funcionarios" *El Universal*. México. 24-VII-1989. Pp. 21 y 24, segunda parte de la primera sección.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Durante la época colonial, a través del juicio de residencia se podía sancionar al servidor público que se hubiera enriquecido causando agravio a los particulares o a la Corona, supuesto en el cual, de ser encontrado culpable, dicho servidor quedaba inhabilitado para desempeñar otro puesto público, sin perjuicio de las demás sanciones que, a juicio de los integrantes de la Residencia, procedieran. Así, por ejemplo, a Hernán Cortés se le privó de algunos de sus cuantiosos bienes. Este es históricamente, por tanto, el primer sistema de responsabilidades que permitía sancionar al servidor público que se enriquecía haciendo uso indebido de la función pública.

El 29 de abril de 1549 se dictó una Cédula Real para México en la que se prohibió expresamente el enriquecimiento de los miembros de las Audiencias, ello con el fin de evitar cualquier forma de corrupción pública. No obstante, varios fueron los

CONCLUSIONES

servidores que violaron dicha disposición incurriendo en una falta administrativa que se sancionaba con la destitución y multas. He aquí el antecedente directo del tipo de enriquecimiento ilícito.

Ya en el presente siglo el enriquecimiento de los servidores públicos volvió a ser materia de regulación jurídica. Así, en la Ley de Responsabilidades de 1940, bajo el rubro de "Investigaciones del enriquecimiento inexplicable de los funcionarios y empleados públicos", se estableció una falta oficial en que incurría todo funcionario o empleado público que no acreditaba el legítimo aumento de su patrimonio, falta que se sancionaba con la confiscación de aquellos bienes cuya procedencia lícita no hubiere demostrado el servidor. Sin embargo, dicha sanción contravenía lo dispuesto en el art. 22 de la Constitución entonces vigente. Ello, aunado a la incompetencia del Presidente para legislar en materia administrativa y política, hizo del enriquecimiento inexplicable una figura anticonstitucional.

Si bien es cierto que con el enriquecimiento inexplicable el legislador pretendía prevenir y, en su caso, sancionar cualquier forma de corrupción pública, también lo es que su regulación partía de una presunción de culpabilidad del servidor que se enriquecía, dando lugar a la inversión de la carga de la prueba, lo que constituye una regresión al proceso inquisitorial y una flagrante violación a los principios de un Estado de Derecho.

En la Ley de Responsabilidades de 1980, la regulación del

CONCLUSIONES

enriquecimiento inexplicable de los funcionarios y empleados públicos experimentó cambios importantes, a saber: (i) cambió su naturaleza jurídica, de falta oficial a delito oficial; (ii) se amplió la lista de bienes que constituían el enriquecimiento inexplicable, al incluirse los bienes del cónyuge y de los hijos menores del servidor, y (iii) además de la confiscación de bienes, se destitula e inhabilitaba al servidor. Por lo demás, el enriquecimiento inexplicable siguió los lineamientos de su antecesor previsto en la ley de 1940.

La crisis económica, política y social que aquejaba a nuestro país en 1982 dió origen a la creación de instrumentos jurídicos y administrativos dirigidos a erradicar la corrupción de los servidores públicos. En ese marco surge el delito de enriquecimiento ilícito como uno de los instrumentos jurídicos más importantes para lograr el fin antes citado. Al efecto, fue necesario regular e instrumentar debidamente al novel delito. Ello se vió reflejado en: (i) las reformas a la Constitución, en especial a los arts. 22, 74, fr. V, 108, 109, fr. III, pfo. 3º, 111, 112 y 113; (ii) las reformas al Código Penal, específicamente a los arts. 212 y 224; (iii) la nueva Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos, sobre todo en sus arts. 79 a 90; (iv) las reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, básicamente a los arts. 26 y 32 bis, y v) la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

El uso de la función pública para satisfacer los intereses

CONCLUSIONES

de aquellos que representan a los órganos estatales da origen a la pérdida de la confianza popular que puede desembocar en una revolución.

El uso de la función pública para el enriquecimiento de aquellos sujetos que representan a los órganos del Estado y no para la satisfacción de los intereses sociales, constituye una forma de corrupción pública que da lugar a la pérdida de la confianza popular y que puede llegar a desembocar en una revolución social. Por tanto, la incorruptibilidad de la función pública y la confianza pública son, en estricto sentido, los bienes jurídicos tutelados en el delito de enriquecimiento ilícito.

Los delitos ministeriales, entre los que se encuentra el enriquecimiento ilícito, sólo pueden ser cometidos por servidores públicos. Al efecto la Constitución, en su art. 108 señala claramente los sujetos que deben ser considerados como servidores públicos para efecto de la responsabilidad penal, entre otras. Así entendido, el art. 212 del Código Penal, al señalar como servidores públicos a sujetos que de acuerdo con la Constitución no revisten tal calidad, incurre en inconstitucionalidad. Este aserto encuentra fundamento en el art. 133 de la Carta Magna, que establece el principio de supremacía constitucional.

Consideramos que de los sujetos que tienen la calidad de servidores públicos, sólo aquéllos que pueden utilizar su empleo, cargo o comisión para incrementar su patrimonio, podrán ser procesados por el delito analizado.

CONCLUSIONES

De conformidad con la Constitución, el art. 224 del Código Penal y la LFRSP, el incremento patrimonial del servidor se constituye: de los bienes que aumentan su patrimonio; de la obtención de derechos apreciables en dinero; por la liberación de obligaciones; de los bienes que sin ser dueño use, disfrute y disponga, y de los bienes que reciban o de los que dispongan el cónyuge y los dependientes económicos del servidor. No obstante, para efectos del enriquecimiento ilícito sólo es penalmente relevante el incremento patrimonial producto del uso de la función pública.

La complejidad fenoménica de las conductas en las que el servidor utiliza la función pública para enriquecerse y que escapan a las descripciones de los tipos del Título X del Código Penal llevarán al legislador a crear un tipo abierto que capture todas aquellas conductas. De esta guisa, el juez será quien en el caso en concreto deberá, partiendo del enriquecimiento del servidor y del uso de la función pública, complementar integradoramente el tipo valorando la naturaleza del empleo, cargo o comisión públicos; los medios a través de los cuales se incremento el patrimonio del servidor; la gravedad de la conducta; la intención del servidor, y la inaplicabilidad de algunos de los tipos previstos en el Título X del Código Penal.

La conducta del servidor de acreditar el lícito aumento del patrimonio constituye una causa objetiva de punibilidad y su efecto se centra exclusivamente en evitar las penas previstas en el art. 224. Esta obligación de acreditar cobraría relevancia si

CONCLUSIONES

la LFRSP estableciera cuáles son los medios de prueba idóneos para que el servidor acredite la licitud de su enriquecimiento. Mas, ante la laguna legislativa existente la esencia del tipo no cambiaría con la supresión de dicha omisión en el texto legal.

Por consiguiente, la referencia legal a la omisión del servidor sólo viene a reafirmar la valoración realizada por el juez sobre el uso de la función pública en el enriquecimiento del servidor.

Considerar como conducta penalmente relevante a la omisión de acreditar del servidor implicaría encuadrar el enriquecimiento ilícito como un delito de omisión impropia en el que el legislador habría desvalorado la conducta que hubiera dado origen al enriquecimiento del servidor público. Este, al encontrarse en la situación típica (enriquecerse) debería, en cumplimiento de un deber de garante, realizar la conducta ordenada (acreditar) con el fin de evitar (nexo de evitación) el daño al bien jurídico tutelado (incorruptibilidad de la función pública y confianza pública), pues en caso contrario se sancionaría dicha omisión.

El aserto anterior nos llevaría a sancionar una conducta que no afecta al bien jurídico tutelado; a causar incertidumbre jurídica sobre la idoneidad de la conducta ordenada; llegar a sancionar lo imposible; a la imposibilidad de determinar entre los actos de ejecución y la consumación de la conducta sin atender a principios propios del derecho procesal penal; a presumir la culpabilidad del servidor público, y a invertir la carga de la prueba, retrocediendo al proceso inquisitorial. Estos

CONCLUSIONES

elementos en su conjunto nos llevarían a concluir la inconstitucionalidad del tipo penal inserto en el art. 224 del Código Penal.

La tentativa en el delito que nos ocupa se inicia en el momento que el servidor, de acuerdo con su plan, haya realizado actos encaminados directa e inmediatamente a enriquecerse. Al efecto, el juez deberá tomar en cuenta la intención del agente, la naturaleza de la acción, el grado de ejecución, la jerarquía del servidor, la instrucción de dicho sujeto, sus antecedentes y las circunstancias de los hechos constitutivos del delito.

Consideramos que la tentativa inidónea y el arrepentimiento eficaz en el delito de enriquecimiento ilícito no deben ser sancionados.

Sólo el servidor público puede ser autor del delito de enriquecimiento ilícito. Mas, para ser considerado como autor debe contar, además, con el dominio objetivo y subjetivo del hecho, esto es, deberá tener la facultad de decidir en última instancia entre enriquecerse mediante el uso de la función pública o realizar una conducta diferente a la delictiva.

Sólo los servidores públicos pueden ser considerados autores mediatos de enriquecimiento ilícito cuando se enriquezcan mediante otro servidor público, quien, utilizando la función pública, incremente el patrimonio del primero, siempre y cuando el servidor que actúa como mero instrumento lo haga sin dolo, atípicamente, justificadamente e incluso inculpablemente.

Los coautores deberán tener la calidad de servidores públicos

CONCLUSIONES

y sólo podrán considerarse como tales cuando cada uno de ellos haga una aportación fundamental para la comisión del ilícito sin que ninguno realice la totalidad de la acción descrita en el tipo.

Para incurrir en participación, sea como cómplice o instigador, o en encubrimiento, el sujeto no debe revestir calidad específica alguna. Así entendido, será cómplice todo sujeto que auxilie en cualquier forma al servidor para que este último se enriquezca haciendo uso de la función pública. Respecto del instigador, para tener tal calidad deberá producir en el servidor la resolución del uso de la función pública para enriquecerse. Por último, estaremos ante un encubridor sólo si éste presta ayuda al servidor público con posterioridad a la consumación del enriquecimiento producto del uso de la función pública. Ello en cumplimiento de una promesa anterior a la comisión del delito.

Debido a la especial importancia que reviste la complicidad o el encubrimiento, según sea el caso, en que incurren aquellos sujetos que hacen pasar como suyos bienes que el servidor ha adquirido utilizando su función pública, el legislador expresamente señala su responsabilidad penal.

Si la conducta en la que el servidor utilizó la función pública para enriquecerse se encuentra descrita en algunos de los demás tipos del título X del Código Penal, llámese cohecho, peculado, etc, el tipo de enriquecimiento ilícito quedará excluido y, por tanto, su aplicación dependerá de la falta de

CONCLUSIONES

descripción de dicha conducta en los demás tipos del citado título X.

Por otra parte, si es procedente el llamado concurso material, siempre y cuando se esté a los lineamientos anteriores.

En caso de delito continuado no procede el concurso de delitos debido a que todo el desvalor penal que el legislador ha querido captar con el delito de enriquecimiento ilícito se encuentra ya establecido al hacer depender las penas procedentes del monto del incremento patrimonial del servidor público.

La principal aportación de esta investigación radica en haber dilucidado que la verdadera esencia jurídica del delito de enriquecimiento ilícito radica en prevenir y, en su caso, sancionar todas aquellas conductas en las que el servidor utiliza la función pública con el fin de enriquecerse, sin que dichas conductas estén descritas por las demás figuras delictivas del título X del Código Penal.

Todavía quedan muchos problemas por resolver en torno al delito de enriquecimiento ilícito. Confiamos en que el presente estudio podrá servir de base a quien desee realizar un análisis más profundo sobre esta figura delictiva tan anómala.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

ARREGUI Zamorano, Pilar. *La Audiencia de México según los visitantes (siglos XVI y XVII)*. 2ª ed. México. Ed. UNAM. 1985. 279 pp. (Serie C. Estudios históricos Núm. 9).

BARRAGÁN Barragán, José. *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo 1812-1861*. 1ª reimpresión. México. Ed. UNAM. 1987. 295 pp. (Serie A. fuentes b) textos y estudios legislativos Núm. 10).

- - - - El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824 (antecedente inmediato del amparo). México. Ed. UNAM. 1978. 187 pp.

BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. 19ª ed. México. Ed. Porrúa. 1985. 758 pp.

BUSTOS Ramírez, Juan. *Manual de derecho penal español parte general*. Barcelona. Ed. Ariel. 1984.

CÁRDEANAS, Raúl F. *Responsabilidad de los funcionarios públicos (antecedentes y leyes vigentes de México)*.

México. Ed. Porrúa. 1982. 567 pp.

CARPIZO, Jorge. *Estudios constitucionales*. 2^a ed. México. Ed. UNAM. 1983. 479 pp. (Serie G. estudios doctrinales. 48)

CASTANEDA Batres, Oscar. *Leyes de reforma y etapas de la reforma en México*. México. Talleres de impresión de estampillas y valores. 1960.

COLIN Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de procedimientos penales*. 9^a ed. México. Ed. Porrúa. 1985. 704 pp.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 27^a ed. México. Ed. Porrúa. 1988. 506 pp.

BARCÍA Máñez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 34^a ed. (pról. Virgilio Domínguez) México. Ed. Porrúa. 1982. pp. 444 pp.

GÓMEZ Lara, Cipriano. *Teoría general del proceso*. 6^a ed. México Ed. UNAM. 1983. 363 pp.

GONZÁLEZ Bustamante, Juan José. *Los delitos de los Altos Funcionarios y el Fuero Constitucional*. 1^a ed. (carta de Octavio Vejar Vázquez). México. Ed. Botas. 1946. 129 pp.

GUERRERO Lara, Ezequiel, Enrique Guadarrama López (compiladores) *La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1984)*. T. I a IV. México. Ed. UNAM. 1985.

JIMÉNEZ de Asúa, Luis. *Tratado de derecho penal*. 4^a ed. actualizada. Buenos Aires. Ed. Losada. T. VII.

JIMÉNEZ Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. 3^a ed. México. Ed. Porrúa. 1983 y 1985 (resp). T. I y V.

LANZ Cárdenas, Trinidad. *La Contraloría y el control interno en México. (Antecedentes históricos y legislativos)*. México. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1987. 583 pp.

LÓPEZ Rayón, Ignacio (paleógrafo). *Sumario de la residencia tomada a D. Fernando Cortés, gobernador y capitán general de la N. E. (y a otros Gobernadores y Oficiales de la misma)*. (s.e.). México. (s.E.) tipografía de Vicente García Torres. 1852. T. I.

MARGADANT, Guillermo F. *El derecho privado romano (como introducción a la cultura jurídica contemporánea)*. 12^a ed. México. Ed. Estinge. 1983. 530 pp.

MIR Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General (fundamentos y teoría del delito)*. Segunda edición. Barcelona, España. Promociones publicaciones universitarias. 1985.

ROJINA Villegas, Rafael. *Compendio de derecho civil*. 16^a ed. México. Ed. Porrúa. 1984. T. II

ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal (tipos abiertos y elementos del deber jurídico)*. tr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1979. 303 pp.

SEPULVEDA, Cesar. *Derecho Internacional*. 14^a ed. México. Ed. Porrúa. 1984. 713 pp.

SILVA Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona. Ed. Librería Bosch. 1986387 pp.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires. Ed. la ley. 1945. Tomo I

SOTO, Hernando de. Enrique Guersi y Mario Ghibellini. *El*

otro sendero (La revolución informal). 2ª impresión mexicana. México. Ed. Diana. 1987. 317 pp.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal parte general. I el hecho punible*. (Traducción de la 2a. edición alemana por Gladys Romero). Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas. 1982. 362 pp.

VALENZUELA, Georgette José. *Historia de México (Síntesis 1946-1982)*. México. Ed. Porrúa. 1988. 70 pp.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán (parte general)*. 2ª ed castellana, tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1976. 403 pp.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. (Parte general)*. T. III y IV. Buenos Aires. Ed. Ediar. 1981. T. III y IV.

- - - - - *Manual de derecho penal (parte General)*. 2ª ed. México. Ed. Cárdenas. 1988. 857 pp.

ZAVALA, Silvio. *Tributos y servicios personales de indios para Hernán Cortés y su familia (Extractos de documentos del siglo XVI)*. México. Ed. Archivo General de la Nación. 1984. 405 pp.

HEMEROGRAFIA

ARTICULOS:

AGUAYO González, Olga Leticia. "confiscación" *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2ª ed. T. IV. México. Ed. Porrúa.

1988.

BARRAGÁN Barragán, José. "Antecedentes históricos del régimen mexicano de responsabilidades de los servidores públicos", en *Las responsabilidades de los servidores públicos*. México. Ed. Manuel Porrúa. 1984. (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios doctrinales. Número 88.)

----- "enriquecimiento ilícito" *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2^a ed. T. II. México. Ed. Porrúa. 1988.

BERNAL, Beatriz. "visitas" *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2^a ed. T. IV. México. Ed. Porrúa. 1988.

BUNSTER, Álvaro. "La responsabilidad penal del servidor público", en *Las responsabilidades de los servidores públicos*. México. Ed. Manuel Porrúa. 1984. (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios doctrinales. Número 88.)

----- "delito" *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2^a ed. T. II. México. Ed. Porrúa. 1988.

----- "interpretación penal" *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2^a ed. T. III. México. Ed. Porrúa. 1988.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. "artículo 20" *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*. México. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1985.

GONZÁLEZ Oropeza, Manuel. "Experiencia parlamentaria sobre la responsabilidad de servidores públicos (1917-1983)", en *Las responsabilidades de los servidores públicos*. México. Ed. Manuel Porrúa. 1984. (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios doctrinales. Número 88.)

LÓPEZ Monroy, José de Jesús. "patrimonio" *Diccionario*

Jurídico Mexicano. 2ª ed. T. IV. México. Ed. Porrúa. 1988.

MÁRQUEZ González, José Antonio. "la propiedad" *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2ª ed. T. IV. México. Ed. Porrúa. 1988.

MORENO Hernández, Moisés. "autor del delito" *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2ª ed. T. I. México. Ed. Porrúa. 1988.

DROZCO Henríquez, José de Jesús. "Régimen constitucional de responsabilidades de los servidores públicos", en *Las responsabilidades de los servidores públicos*. México. Ed. Manuel Porrúa. 1984. (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios doctrinales. Número 88.)

----- "artículo 108" *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*. México. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1985.

TAMAYO Y Salmorán, Rolando. "legitimidad" *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2ª ed. T. III. México. Ed. Porrúa. 1988.

OBRAS GENERALES.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada). México. Ed. Rectoría e Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1985. (Serie A, fuentes b) textos y estudios legislativos. Núm. 59)

Diccionario de la Lengua Española. 20ª ed. T. I y II. España. Ed. Espasa-Calpe. 1984..

Diccionario Enciclopédico Espasa. 8ª ed. T. I, VI, VII y IX. Madrid. Ed. Epasa-Calpe. 1979

Diccionario Jurídico Mexicano. T. I-IV. México. Porrúa. 1988.

Jurisprudencia y tesis sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1955- 1983 (sostenidas por la Sala Penal. Volumen penal y T. I a VIII. México. Ed. Mayo.

México a través de los siglos. 7ª ed. T. III. E. U. A. Ed. Cumbre. 1981.

OBRAS OFICIALES.

MÉXICO. Partido Revolucionario Institucional, Instituto de capacitación política (ICAP). *Historia documental del Partido de la Revolución.* 1ª ed. T. III y XI. 1982 y 1984 (resp.)

MÉXICO. Secretaría de la Contraloría General de la Federación. "Renovación Moral". *Cuadernos de Renovación Nacional.* Ed. Fondo de Cultura Económica. 1988. T. IX 108 pp.

MÉXICO. Secretaría de la Contraloría General de la Federación. *La renovación moral de la sociedad 1982-1988.* Ed. Fondo de Cultura Económica. 1988. 342 pp.

MÉXICO. Secretaría de Relaciones Exteriores, *Convenciones sobre derechos humanos.* ed Archivo Histórico Diplomático Mexicano. 1981. 113 pp. (Núm. 6. Cuarta época)

DIARIOS OFICIALES

Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año 1. Tomo 1, N° 46, 3-XII-82.

Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año 1, Tomo I, N° 52, 17-XII-82.

Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año 1, Tomo I, N° 53, 18-XII-82.

Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año 1, Tomo I, N° 57, 27-XII-82.

Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año 1, Tomo I, N° 58, 28-XII-82.

Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año 1, Tomo I, N° 59, 29-XII-82.

Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año 1, Tomo I, N° 60, 30-XII-82.,

Diario de los Debates de la Cámara de Senadores, Año 1, Tomo I, N° 45, 13-XII-82.

Diario de los Debates de la Cámara de Senadores, Año 1, Tomo I, N° 46, 14-XII-82.

Diario de los Debates de la Cámara de Senadores, Año 1, Tomo I, N° 54, 27-XII-82.

Diario de los Debates de la Cámara de Senadores, Año 1, Tomo I, N° 58, 29-XII-82.

Diario de los Debates de la Cámara de Senadores, Año 1, Tomo I, N° 60, 30-XII-82.

Diario Oficial 6-VI-1896.

Diario Oficial 31-XII-1936.

Diario Oficial 21-II-1940.

Diario Oficial 23-XII-1974.

Diario Oficial 4-I-1980.

Diario Oficial 4-IX-1980.

Diario Oficial 28-XII-1982.

Diario Oficial 29-XII-1982.

Diario Oficial 31-XII-1982.

Diario Oficial 5-I-1983.

Diario Oficial 18-VI-1984.

Diario Oficial 16-I-1989.

PERIODICOS

El *UNIVERSAL*. México. 28-VI-1988.

El *UNIVERSAL*. México. 12-IV-1989.

El *UNIVERSAL*. México. 24-VII-1989.