

17
2ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
A C A T L A N

*EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO
COMO DELITO*

T E S I S
Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
JAIME JACOBO ALLENDE GONZALEZ



Asesor de Tesis:
LIC. CARLOS M. OROÑOZ SANTANA

Acatlán, Edo. de Méx. Agosto 1992

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO COMO DELITO.

INTRODUCCION

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ENRIQUECI--- MIENTO ILICITO.

- 1.1. ARGENTINA.
- 1.2. ESPAÑA.
- 1.3. ITALIA.
- 1.4. MÉXICO.

CAPITULO II. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL DELITO.

- 2.1. CONCEPTO DEL DELITO.
- 2.2. ELEMENTOS DEL DELITO.

CAPITULO III. ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL ENRIQUECI- MIENTO ILICITO.

- 3.1. LA CONDUCTA.
- 3.2. EL TIPO.
- 3.3. LA ANTIJURICIDAD.
- 3.4. LA CULPABILIDAD.
- 3.5. LA PUNIBILIDAD.

CAPITULO IV. ANALISIS COMPARATIVO CON OTRAS LEGISLACIONES EN LA ACTUALIDAD.

4.1. ESPAÑA.

4.2. ARGENTINA.

4.3. ITALIA.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

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

Mucho se ha escrito sobre el tema de la responsabilidad de los servidores públicos. Se hacen estudios muy extensos del juicio político, se comparan los diferentes modelos de ésta institución que existen en los diversos países, se estudia a fondo la declaración de procedencia, etc.

También son muy amplios los estudios de los diferentes delitos que pueden cometer los servidores públicos y que son tipificados por el Código Penal. El abuso de autoridad, el cohecho y el peculado ocupan múltiples páginas en los tratados de los especialistas que se avocan a su análisis.

Sin embargo, tal profusión analítica no existe en el caso del enriquecimiento ilegítimo. Esta figura no tiene tanto cuño como las demás de los delitos cometidos por los servidores. No es tan antiguo como el peculado y la concusión, que ya aparecían desde las primeras Cartas Magnas de nuestro país. Apenas ve la luz en el año de 1939 con la controvertida Ley de Responsabilidades. Sin embargo, esta Ley no resulta ser un instrumento jurídico adecuado para castigar al enriquecimiento ilícito, establece el jurado de responsabilidades, que absuelve a muchos-

servidores por la naturaleza profana de su composición. -- No establece un lindero adecuado entre delitos oficiales y delitos comunes cometidos por los servidores públicos. -- Trata con poco apego de técnica jurídica a la figura del enriquecimiento ilícito. Establece, también, la pena de confiscación de bienes para quien comete el enriquecimiento, pena ésta fuera de lugar en nuestro ordenamiento jurídico y que daba pie a graves injusticias con el servidor implicado, puesto que no sólo se le privaba de los bienes con los que supuestamente se había enriquecido, sino también se le despojaba de los bienes propios. Indebidamente hablaba del enriquecimiento ilícito como enriquecimiento inexplicable, cuando en realidad dicho ilícito tiene su explicación básica en un acto ilícito del servidor y en el muy generalizado fenómeno de la corrupción.

Críticas fuertes se desataron sobre la Ley y sobre la figura del enriquecimiento. Hasta hace pocos años, se hicieron algunos esfuerzos para mejorar esta regulación legal. Pero no es sino a partir del año de 1982, cuando se emprende una acción decidida para reformar tanto el Código Penal como la Constitución y la Ley de Responsabilidades. Se trata de encauzar "constitucionalmente" la penal

dad del enriquecimiento, y para el efecto se reforma el artículo 22 y el Título Cuarto de la Carta Magna. Se separan los delitos comunes de los oficiales. Se suprime el jurado popular. Se establece, para actuar con más energía la responsabilidad de quien, a sabiendas, hace aparecer como suyos los bienes del servidor que se enriquece. Se dilata el concepto de servidor público, en aras de extender la acción de la justicia y de borrar las distinciones en la Administración Pública.

Este esfuerzo renovador es plausible. Sin embargo, tal esfuerzo acusa fallas sensibles, que se deben en parte al carácter novedoso de la figura del enriquecimiento y en parte a los desvíos de la técnica jurídica hechos por los implementadores de este esfuerzo de renovación. En aras de contribuir un poco con nuestras modestas críticas a este esfuerzo, para que el mismo se perfeccione y contemos con un mejor instrumento para combatir el generalizado fenómeno de la corrupción, emprendemos el siguiente estudio dogmático del Delito de Enriquecimiento.

OBJETIVOS.

Analizar y tipificar los elementos que comprende el enriquecimiento ilícito, a fin de determinar el verdadero concepto del delito, así como sus elementos, haciendo la comparación con otras legislaciones como la de España, Argentina e Italia, para concretar la posición de nuestra legislación a éste respecto.

Estudiar el enriquecimiento ilícito como delito, a fin de que quede debidamente especificado y el ser humano pueda despojarse de prejuicios y cumpla su destino sin el lastre de un delito que ha empañado la imagen de muchos hombres valiosos.

Con los elementos que se obtengan de éste trabajo, proponer, de ser necesario, un cambio en el tipo para lograr su mejoramiento y mejor aplicación.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ENRIQUECIMIENTO ILICITO.

1.1. ARGENTINA.

Resulta difícil encontrar antecedentes antiguos de regulación de la responsabilidad de los servidores de Argentina y, por ende, del enriquecimiento ilícito. Los antecedentes que podemos apuntar son relativamente modernos.

Así, tenemos que hasta antes de las adiciones de 1963 al Código Penal, se presentaron varios proyectos para introducir la figura del enriquecimiento ilícito en la legislación punitiva. Entre los proyectos que podemos encontrar, están el de RODOLFO CAROMINAS SEGURAS de 1936, el de SILVIO L. RUGGIERO de 1939, el de CARLOS E. CISNEROS de 1938, el de NIERO ROJAS en 1941 y el de LAUREANO LANDABURU (1938). Consecuencia de éstos proyectos que trataron de implantar la figura del enriquecimiento ilícito fué lo siguiente:

"... Se dictó el 17 de septiembre de 1943 un decreto olvidado, el 7633, de 10 artículos, que nunca se aplicó y por el cual se creaba el Registro Patrimonial de

los Empleados y Funcionarios Públicos, que recién fué organizado después de 10 años." (1)

Como complemento de éste decreto se manifestó otro proyecto de Ley en Mendoza, donde se tipificaba la figura del enriquecimiento ilícito y se establecía la pena de 6 meses a dos años de prisión e inhabilitación absoluta para desempeñar la función pública al servidor culpable del enriquecimiento.

Un nuevo proyecto se volvió a presentar el 10. de septiembre de 1950. Empero, no es sino hasta 1963 cuando vemos introducida en la legislación argentina, la figura del enriquecimiento ilícito, como veremos en el último capítulo de éste trabajo. Esta introducción de la figura significó una novedad en el catálogo tradicional de delitos cometidos por los servidores públicos, que sólo contemplaba las conductas clásicas de peculado, concusión, cohecho, etc., pero no el enriquecimiento.

(1) LEVENE, RICARDO. *El Delito de Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos*. Buenos Aires. *Revista de Legislación y Jurisprudencia de la Ley*. 19 de diciembre de 1963. Página 4.

1.2. ESPAÑA.

A través del análisis de las instituciones españolas en la colonia, estudiaremos algunos antecedentes españoles del enriquecimiento ilícito.

La conquista de CORTES, aparte del vasallaje y sojuzgamiento colonial, conllevó corrupción administrativa, corrupción que quedó perfilada en éstos rasgos esenciales:

"HERNAN CORTES, según él mismo lo refiere en carta dirigida a CARLOS V, negábase en un principio a repartir a los mexicanos, dada su inteligencia muy superior a las de los naturales de las Antillas; pero se vió obligado a hacerlo, por el mísero botín que se recogió al consumarse la conquista de México, el que no compensaba en manera alguna las fatigas y los trabajos de los conquistadores. Entonces, para dejar a éstos contentos, dividió las tierras en grandes latifundios, los que adjudicó a sus compañeros de armas para premiar sus servicios, dando además a

cada uno de los adjudicatarios, los indios necesarios para el cultivo de las tierras." (2)

El repartimiento de tierras había dado origen a amplios abusos. Los favorecidos con ése repartimiento, lejos de "cristianizar" a los indios abusaron de ellos y acumularon mucha riqueza. Los que no fueron favorecidos protestaban por éllo. Las autoridades peninsulares comenzaron a recelar del conquistador.

Así, decidieron aplicarle al mismo, para corrección de todos los abusos que se le imputaban, el juicio de residencia contemplado en las Siete Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá. Para tal efecto, desde la península ibérica a éstas tierras americanas LUIS PONCE DE LEON y su comitiva se trasladaron hasta la capital de la Nueva España para recibir las quejas contra CORTEZ y fincarle la residencia respectiva: El cúmulo de denuncias contra CORTEZ se expresaban en éstos términos:

(2) *Todo, ALFONSO. Los Tribunales de la Epoca Colonial. Revista General de Derecho y Jurisprudencia. Tomo II. México 1947. Pág. 489.*

"Muchas fueron las querellas presentadas contra-CORTES, de manera que toda "la Ciudad, andaba en pleitos". Es interesante enumerar algunos de los cargos que le presentaron, según los relata nuestro incomparable cronista:

- Que no les dió parte de Oro.
- Otros que no les dió indios.
- Otros le demandaban caballos que les mataron en las guerras.
- Otros demandaban afrentas de sus personas, que por mandato de CORTES les había hecho.

Resaltamos, que todo, lo de afrentas de sus personas es tanto como "vergüenza, deshonor que resultaba de algún dicho o hechos; deshonor que se sigue de la imposición de penas por ciertos delitos". Como dice el Diccionario de la Lengua. Este extremo que ampara a las personas, como todos los demás cargos, desde luego, nos dan la sensación de que en la residencia se podía interponer absolutamente cualquier clase de querrela o reclamación." (3).

[3] BARRAGAN, JOSE. *La Responsabilidad de los Servidores Públicos*. México. Edit. Porrúa. 1984. - 1a. Ed. Pág. 32.

Azorosa fué la residencia de CORTEZ. Lograba -- evadirse de ella con muchos subterfugios, como lo eran sus constantes salidas para explorar y conquistar nuevas tierras y el nombramiento de gobernadores "ciferes". Sin embargo, ALONSO DE ESTRADA logró fincarla y CORTEZ fué despojado de sus múltiples atribuciones de "capitán general de la Nueva España".

A partir de la residencia que se le hizo a CORTEZ, aplicarles el juicio a todos los funcionarios de la Nueva España, desde el virrey hasta los escribanos, se hizo costumbre institucional. El juicio admitía toda clase de imputaciones, desde la falta de anuncio oficial de asunción del puesto por parte de algún funcionario, hasta la privación ilegal de la libertad. Sin embargo, entre las imputaciones que sobresalían tenemos éstas:

"Existe una instrucción antigua, Madrid 12 de Julio de 1530, para tomar las residencias a los ministros... en la cual se dice cómo se debe hacer una residencia, y los puntos fundamentales de la misma, y la remisión a lo que venimos exponiendo. Se trata claro está, de una responsabilidad universal o ilimitada: de entre cuyos posibles cargos, cabe resaltar los relativos a "agravios a los

naturales de ella (de la Nueva España), tratándo mal a sus personas, y llevándoles sus haciendas injustamente." (4)

Aquí pues, tenemos los antecedentes de la figura del enriquecimiento ilícito. Apesar de que el juicio de residencia implicaba muchas acusaciones, se puede decir -- que la conciencia de la importancia del enriquecimiento -- ilícito, fué palpable en la legislación colonial, toda vez que era sensible el interés de la Corona por sacar el máximo provecho económico posible de la Nueva España y para -- ello, obviamente, era indispensable mantener en orden la -- gestión financiera en ultramar.

[4] BARRAGAN, JOSE. *La Responsabilidad de los Servidores Públicos*. Op. Cit. Pág. 38.

1.3. ITALIA.

La legislación italiana es pródiga en antecedentes de figuras como el peculado, la corrupción de servidores públicos, la malversación, etc., pero no es pródiga en antecedentes sobre la figura del enriquecimiento ilícito.

Esa falta de antecedentes se refleja en el Código Penal Italiano, como veremos en el capítulo 4, donde no existe la figura del enriquecimiento ilícito.

Hay figuras que tienen elementos del tipo del enriquecimiento, como la malversación y la corrupción de funcionarios, pero no encontramos la tipificación autónoma -- del enriquecimiento. Esta ausencia de tipificación se debe a la falta de antecedentes que mencionamos.

1.4. MÉXICO.

Pasando a nuestras instituciones nacionales, la necesidad de regular la responsabilidad de los servidores, empezó a manifestarse en la constitución de 1814.

En su artículo 59, la Constitución disponía lo siguiente:

"Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo y en ningún caso podrá hacérseles cargo de ellos, pero se sujetarán a juicio de residencia por la parte que les toca en la Administración Pública, y además podrán ser acusados durante el tiempo de su diputación, y en la forma que previene este reglamento por los delitos de herejía y apostasía, y por los de estado, señaladamente por los de infidencia, concusión y dilapidación de los caudales públicos." (5)

(5) CAMARA DE SENADORES. *Documentos Históricas Constitucionales de las Fuerzas Armadas.* México. - Edit. Stylo. 1965. Tomo I. Única Edición. -- Pág. 60.

Se podrá alegar con respecto a ésta disposición, que la misma se encuentra muy influenciada por el sistema colonial de residencia y que es indebido que una constitución tipifique conductas delictivas. Sin embargo, la alusión que hace la Constitución de conductas como la concusión y el peculado da la importancia del enriquecimiento ilícito. En la Constitución de 1824, ya no se hace mención al procedimiento de residencia, empero, todavía no se hacía la distinción clara entre los delitos propiamente dichos que cometen los funcionarios públicos. De la terminología de ésta Constitución, desaparecen los delitos del peculado y concusión. Sólo encontramos los de soborno y cohecho. Todavía no hay un atisbo claro de la figura del enriquecimiento ilícito.

La Constitución Centralista de 1836, mantiene -- más o menos los mismos rasgos que la anterior, pero introduce una novedad. Habla de "delitos oficiales" y de "delitos comunes", terminología que induce al equívoco de pensar que los servidores públicos no son sujetos de responsabilidad por delitos federales. Esta terminología equívoca se extendió a los documentos constitucionales que siguieron a ésta Constitución Centralista. Por lo que se refiere a la noción del enriquecimiento ilícito, ésto siguió -

estando difuso en los tipos de peculado y concusión.

Con éstos antecedentes, llega la Constitución de 1857, Carta Magna que en materia de responsabilidad de los servidores públicos presentó las siguientes características:

"El Constituyente de 57 acogió éstos dos tipos de responsabilidad, por lo que toca a los funcionarios de la Federación, que en los términos del artículo 103, son los siguientes: Los Diputados del Congreso de la Unión, los individuos de la Suprema Corte de Justicia y los Secretarios del Despacho, son quienes deben responder por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo, y por los delitos, faltas y omisiones en que incurran en el ejercicio de ése mismo encargo; los Gobernadores de los Estados por infracciones de la Constitución y Leyes Federales, y el Presidente de la República, al que sin embargo, durante el tiempo de su cargo, sólo podrá ser acusado de los delitos de traición a la patria, violación expresa de la Constitución, ataques a la libertad electoral y delitos

graves del orden común." (6)

Apesar de éste perfeccionamiento en el texto de la Constitución, seguimos sin encontrar una idea clara y explícita de la figura del enriquecimiento ilícito. Este vacío ha de trascender en los Códigos Penales de 1871 y de 1929, como veremos a continuación.

1.4.1. Código de 1871.

En éste Código encontramos la influencia de la escuela clásica, influencia que se traduce en la aceptación de los principios, tales como el libre albedrío y la responsabilidad moral de los delincuentes. En el Título Undécimo del mismo ordenamiento, encontramos previstos los delitos cometidos por los servidores públicos en la siguiente forma:

(6) CARDENAS, RAUL F. *La Responsabilidad de los Servidores Públicos*. México. *Revista de Investigaciones Jurídicas UNAM*. 1984. Tomo I. 1a. Ed.- Págs. 241.

"Capítulo I.- Anticipación o prolongación de -- funciones públicas. Ejercicio de los que no competen a un funcionario. Abandono de comisión, cargo o empleo. Capítulo II.- Abuso de Autoridad. Capítulo III.- Coalición de Funcionarios. Capítulo IV.- Cohecho. Capítulo V.- Peculado y concusión. Capítulo VI.- Delitos cometidos en materia penal y civil. Capítulo VII.- Delitos Oficiales." (7)

Encontramos en este Código un retroceso en el -- progreso que hubo caracterizado a la Constitución del 57, -- en el sentido de diferenciar a los delitos oficiales de -- los delitos propios de los servidores, bajas penalidades -- para los servidores que cometen los delitos propios y un -- notable vacío de la figura del enriquecimiento ilícito. -- En el Código de Almaraz, no encontramos una situación dife -- rente a ésta.

1.4.2. El Código de 1929.

El Código de ALMARAZ, se distinguió por su ten-- dencia positiva. En él dominó la tendencia a dar predomi--

[7] CARDENAS, RAUL F. La Responsabilidad de los Ser-- vidores Públicos. Op. Cit. Pág. 29.

nio a la medida de la seguridad sobre la pena. También predominó la tesis de la peligrosidad del delincuente. Las bajas penalidades para los delitos propios cometidos por los servidores públicos siguientes en éste Código. En éste Código se amplía la cantidad de sujetos activos en los delitos propios cometidos por funcionarios. El Título XXI, Capítulo I, se refirió a los delitos propios cometidos por los funcionarios, que eran el peculado y la concusión. En éste Código tampoco apareció el delito de enriquecimiento ilícito. El panorama no varió grandemente en el Código de 1931.

Sin embargo, en el Título Noveno del Libro Segundo, se establecieron las conductas delictivas que podía cometer cualquier funcionario, mismas que quedaron tipificadas bajo el rubro denominado "de los delitos cometidos por funcionarios públicos", y en el capítulo V de dicho Código Penal, se establecieron las conductas que podían cometerse únicamente por los altos funcionarios de la Federación.

En éste Código se estableció también, sobre los delitos cometidos en la administración de justicia, comprendiendo conductas, tanto de litigantes como de funcionarios judiciales, y en esto, se asemejaba en contenido al -

Código de 1872.

En lo relativo a los ilícitos de peculado y concusión, no se consideraba como posibles autores de los mismos a los funcionarios, sino únicamente a los encargados de un servicio público, salvo la concusión en que se supone podía cometerse por funcionarios públicos.

1.4.3. El Código Penal de 1931.

El Código Penal de 1931, agrupaba en cinco capítulos los delitos que cometen todos los funcionarios, ya sean altos o no, y por los que pueden ser materia de procesamiento, reputándose en consecuencia delitos propios y comunes.

En cambio, es de resaltar que a diferencia de los Códigos del 72 y del 29, no establecía un concepto preciso para los delitos oficiales, razón por la que una mayoría de veces hubo de recurrirse a situaciones de hecho, carentes completamente de fundamentación legal, para destituir a diputados, senadores, secretarios de Estado y gobernadores. (La mayoría de ellos en 1935 por considerarlos incondicionales de PLUTARCO ELIAS CALLES).

Por tal razón en 1940, se crea la Ley de Responsabilidad de Funcionarios, expedida por el General LAZARO-CARDENAS, sin embargo dicha Ley presentó muchos errores, - entre otros la inaplicabilidad del artículo 18 a los altos funcionarios de la Federación, pero baste decir que éstos errores fueron debidamente corregidos en la Reforma de -- 1980.

C A P I T U L O I I

CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL DELITO.

2.1. CONCEPTO DEL DELITO.

Bajo el presente rubro no pretendo proponer ninguna definición nueva para tratar de conceptualizar el delito, sino que únicamente me he de referir a los conceptos que en mi personal criterio, son de relevancia en la teoría del delito, y básicamente he de manifestar por cual de ellos me inclino para la elaboración del presente trabajo; en consecuencia expondré los siguientes conceptos.

Es dentro de la dogmática del delito, precisamente donde los doctrinarios tratan de conceptualizar de la mejor manera, el Injusto penal o delito. Así, en un principio, el delito se componía de la causación física de un resultado socialmente dañoso y la culpabilidad que era la causación de ése mismo resultado, ya sea en forma de dolo o de culpa. Por tanto, para saber de la existencia de un delito, habría que investigar dos nexos causales: El físico (derivado de la relación entre la conducta y el resultado), y el psíquico (considerado como la relación psicológica entre la conducta y el resultado).

Sin embargo, con ésta fórmula podrían encuadrarse bastantes conductas antijurídicas y culpables, pero no son delito, dicho de otra manera, ésta forma de caracterización resulta insuficiente para conceptualizar un delito.

No fué sino hasta 1906, cuando ERNEST VON BELING diferenció dentro del injusto objetivo, la tipicidad de la antijuridicidad, definiendo como delito: "La conducta típica, antijurídica y culpable." (8)

Posteriormente, es EDHUND MEZGER (9), quien concibe a la culpabilidad como reprochabilidad, pero conteniendo al dolo y a la culpa, sin embargo, es hasta la década de los treinta cuando aparece la llamada "TEORÍA FINALISTA", que nace mediante los trabajos realizados por HANS

[8] BELING VON ERNEST. Citado por Zafaroni Raúl Eugenio en Manual de Derecho Penal; Buenos Aires-Argentina 1988. 1a. Edición, Pág. 346.

[9] MEZGER EDMUND. Derecho Penal, 7a. Edición, Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires - Argentina 1985.

WELZEL (10), y que prácticamente consiste en establecer el dolo y la culpa a nivel de la tipicidad, dejando a la culpabilidad simplemente como reprochabilidad pura; pero además éste autor concibe a la conducta en forma voluntaria, - es decir, en el sentido de que toda voluntad tiene un fin y no como mero proceso causal.

De ésta forma concebimos al DELITO desde el punto de vista final, como: "La conducta, entendida como un hacer voluntario, final, típica, es decir, prohibida y realizada en forma dolosa o culpable, antijurídica, por contraponerse a un orden jurídico, y culpable en cuanto a que es reprochable a su autor."

Corresponde en otro capítulo, hacer tanto el desglose y análisis de los elementos del delito, como su aplicación al concreto tipo penal que nos ocupa, para su mejor estudio.

(10) WELZEL HANS. *La Teoría de la Acción Finalista.* - Editorial de Palma. Buenos Aires Argentina.

2.2. ELEMENTOS DEL DELITO.

Como resultado derivado del capítulo que antecede, es evidente que me inclino por adherirme a la teoría que considera que los elementos del delito son cuatro a saber: a).- La Conducta; b).- La Tipicidad; c).- La Antijuridicidad; y d).- La Culpabilidad; elementos todos ellos que trataré de analizar en forma breve para dar un panorama claro de los mismos, haciendo especial reflexión sobre los problemas que presenta su estudio, ya que en capítulo separado se analizará cada uno de ellos respecto al tipo penal del enriquecimiento ilícito, resaltando los aspectos positivos y negativos de dicho tipo penal.

a).- La Conducta.

El derecho Penal no crea conductas para sancionadas, sino que únicamente valora las existentes, determinando en todo caso las que para éste resultan relevantes, estableciendo la sanción correspondiente.

De ésta manera podemos afirmar que el concepto de Conducta utilizado por la teoría del delito, es de carácter ontico-ontológico, es decir un concepto cotidiano y corriente que coincide precisamente con el por todos conocido, razón por la cual es necesario hacer referencia y en su caso diferenciar a la Conducta con los términos --- acción, acto, resultado, hecho y evento, mismos que utiliza el Código Penal en ocasiones para referirse a situaciones similares.

Desde luego en base a lo anterior, la Conducta viene a ser el objeto que pretende regular el Derecho Penal, y por lo mismo la eficiencia de la máxima jurídica - "nullum crimen sine conducta", que representa una garantía jurídica, pues al no haber Conducta, carece de sentido hablar de delito.

Los hechos pueden ser humanos (si participa el hombre en los mismos) o bien de la naturaleza, pero en relación a los hechos humanos, éstos pueden darse en forma voluntaria o involuntaria y es precisamente en la primera-

de ellas en la que encuadraría nuestro concepto de Conducta, ya que los hechos humanos involuntarios, constituyen únicamente una forma de obrar y el obrar no es sinónimo de conducirse (entendiéndose que conducirse significa un obrar voluntario). Ahora bien, por todos se ha admitido que la Conducta debe ser voluntaria, es decir, que sin voluntad no hay Conducta, así hablar de algo voluntario es hablar de un querer activo, ya que el que quiere (tiene voluntad) se mueve hacia el resultado, dicho de otra forma la voluntad de nada o para nada; la voluntad tiene siempre un contenido, que es la finalidad, lo anterior independientemente que esa voluntad sea coaccionada o no, ya que éste es un problema de culpabilidad y no de Conductas, pues existe voluntad libre y voluntad simplemente.

La Conducta debe ubicarse para la teoría del delito en forma o lugar distinto al del resultado y del nexo causal, siéndo necesario distinguir la previción de la causalidad, que pertenece a la conducta, y el nexo de causalidad que pertenece a lo físico y que es precisamente lo que el Juez comprueba después del hecho, por tanto el nexo de causalidad y el resultado se encuentran fuera de la Conducta, aunque a toda Conducta corresponda un resultado y éste

se encuentra unido con la Conducta por el nexo de causalidad, de ahí que algunos autores prefieren utilizar la expresión "pragma" para referirse tanto a la Conducta, al resultado y al nexo causal, es decir, lo procurado en el procurar.

El concepto ontico de la Conducta, mismo que coincide con el concepto jurídico de Conductas, tiene un carácter genérico adecuado a todas las formas de tipicidad pero cabe hacer las siguientes observaciones: Los tipos dolosos prohíben conductas atendiendo a la prohibición de procurar por el fin de la Conducta, es decir, lo que los tipos dolosos prohíben es la puesta en marcha de la causalidad para alcanzar un fin típico; por su parte los tipos culposos prohíben la Conducta, atendiendo a la forma en que se seleccionan los medios para obtener el fin y no por el fin mismo, ya que en éste caso no se seleccionan los medios adecuados y por ésa falta de cuidado se causa un resultado lesivo; lo mismo sucede para las formas típicas, activa y omisiva, ya que en ambos se prohíbe la Conducta que no coincida con la Conducta debida.

De allí que tanto en los tipos dolosos, culposos, activos y omisivos, lo que la Ley prohíba sea una Conducta

final: Puesto que el dolo y la culpa no son formas de culpabilidad; y la actividad u omisión tampoco son formas de la Conducta, sino que se trata de cuatro diferentes formas de tipicidad.

Corresponde ahora hablar del aspecto negativo de la Conducta, o bien, de lo que la doctrina ha llamado ausencia de Conducta, tratase de aquellos casos en que no hay Conducta. Es evidente, como ya dije con anterioridad, que en los hechos de la naturaleza en que no participa el hombre, hay ausencia de Conducta y por lo tanto nuestro tema a tratar, solo ha de referirse a los aspectos negativos que se presentan en los hechos humanos y únicamente por lo que respecta a los voluntarios.

Todos los doctrinarios coinciden en destacar solamente dos supuestos en los que hay ausencia de Conducta, en virtud de que no hay voluntad pese a la participación del hombre en los mismos, éstos supuestos son: a).- Fuerza Física Irresistible y; b).- Estado de inconciencia absoluta (involuntabilidad).

Por lo que toca a la Fuerza Física Irresistible, podemos afirmar que se encuentra delimitada en el conteni-

do del artículo 15 Fracción I, de nuestro Código Penal en donde se establece la primera circunstancia excluyente de responsabilidad.

Por fuerza Física Irresistible, debemos entender una fuerza de tal magnitud que haga al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos, es decir, que lo hace intervenir como una mera masa mecánica, dicha fuerza puede provenir de la naturaleza o bien de la acción de un tercero.

En cambio colocarse bajo los efectos de la Fuerza Física Irresistible constituye en sí una Conducta, la cual si se lleva a cabo con la intención o finalidad de causar un resultado lesivo o puesta en peligro de algún bien jurídico protegido por la Ley, estaríamos en la necesidad de investigar la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de dicha conducta para determinar si hay o no delito.

En relación al estado de inconciencia absoluta, también lo encontramos contenido en el artículo 15 del Código Penal Mexicano, en su Fracción II en donde se establece como causa excluyente de responsabilidad y en el que se hace una descripción completa del estado de inconciencia o trastorno mental de manera tal (como lo exige dicho precepto) que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo a esa comprensión, situación que se traduce en lo que la doctrina ha llamado involuntabilidad, concepto con el que se pretende delimitar la incapacidad psíquica de Conducta o bien el estado en que se encuentra el sujeto que no es psíquicamente capaz de voluntad.

La conciencia, es el resultado de la actividad de las funciones mentales y no constituye en sí una facultad, como la memoria, la atención, la sensopercepción, etc sino el resultado del funcionamiento de éstas facultades, por lo que, cuando la conciencia no existe, ya sea porque transitoria o permanentemente se encuentre suprimida, no puede hablarse de voluntad y como consecuencia desaparece la Conducta.

La ausencia de Conducta, tiene efectos prácticos inmediatos dentro de los que cabe destacar: a) Quien no -

realiza Conducta, nunca puede tener la calidad del autor; - b) Contra los movimientos de quien no se conduce (no realiza Conducta), no cabe la legítima defensa; c) En los movimientos de quien no realiza Conducta, no puede hablarse de participación.

b).- La Tipicidad.

En el análisis de éste elemento del delito, iniciaremos definiendo el concepto de tipo penal y de tipicidad.

El tipo penal, es definido por ZAFFARONI, de la siguiente manera: "Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; - que tiene por función la individualización de Conductas humanas penalmente relevantes, por estar penalmente prohibidas." (11)

- Se considera el tipo penal, un instrumento legal en virtud de que pertenece a la Ley, es en ésta donde se encuentra y constituyen en sí, las fórmulas legales mismas.

(11) ZAFFARONI EUGENIO RAUL. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires Argentina 1986. 1a. Edición. Cárdenas Editores, Pág. 391.

Es lógicamente necesario, puesto que sin el tipo no podría investigarse la antijuridicidad y la culpabilidad de una Conducta y por ejemplo entratándose de una Conducta sancionada por las Leyes Civiles Únicamente, podría verse su antijuridicidad y su culpabilidad, pero no puede decirse que la misma constituye un delito o haya dado origen a éste, en razón de que dicha Conducta no se encuentra conminada con una pena en la Ley Penal. También se dice que el tipo es predominantemente descriptivo, porque es precisamente en él donde se describen los elementos de la Conducta prohibida y son éstos los más importantes para individualizar una Conducta, siendo de mayor relevancia el verbo que es la palabra que gramaticalmente sirve para connotar una acción. Sin embargo no todos los tipos penales son totalmente descriptivos, ya que ocasionalmente los legisladores utilizan en su redacción conceptos de tipo valorativo-jurídico o ético y requieren por lo mismo un mayor conocimiento de dichos conceptos (verbigracia funcionario público, honestidad, ajeno, etc.) a éstos elementos que eventualmente aparecen en los tipos penales se les denominan elementos normativos del tipo. Ahora es evidente que con todos los anteriores elementos, la función del tipo es individualizar las Conductas humanas que penalmente se encuentran prohibidas.

Por su parte la Tipicidad, es la característica, que tiene una Conducta y por la cual puede afirmarse que es subsumible bajo un tipo penal, es decir, que la Conducta se encuentra encuadrada o coincide con la Conducta descrita en el tipo penal. Por tanto, el tipo pertenece a la Ley y la Tipicidad a la Conducta.

La afirmación de que una Conducta es adecuada al tipo penal, implica únicamente que la misma es contraria a la norma, sin que por ello pueda afirmarse que sea anti-jurídica o culpable.

La dogmática penal ha establecido que el tipo penal puede darse tanto a nivel interno, como a nivel externo, tal y como era únicamente concebido por los tratadistas causalistas, en ése sentido nos ocuparemos de analizar el caso de los tipos de los delitos dolosos, en los cuales necesariamente se presentan el tipo objetivo y el tipo subjetivo, dejando a un lado el tipo de los delitos culposos, ya que en éste únicamente se presenta el tipo objetivo y por lo tanto, sus características habrán ya sido expuestas en éste trabajo en el análisis del tipo de los delitos dolosos.

El tipo de los delitos dolosos, contiene una Conducta cuya finalidad coincide con la realización del hecho

contrario a la norma.

El tipo objetivo (de los delitos dolosos) se compone básicamente de tres elementos: la acción, la relación de causalidad y el resultado.

De ésta manera vemos que toda Conducta tiene una manifestación en el mundo físico traducida al cambio que opera en éste, de ésta forma el resultado puede consistir en una lesión a un determinado objeto (que no debe confundirse con el bien jurídico, ya que no es el mismo) o bien en un peligro o puesto en peligro del bien jurídico traducido en una puesta en peligro de sufrir una lesión en que por virtud de la Conducta se coloca al objeto jurídicamente protegido.

Dentro de la relación de causalidad, únicamente veremos la relación que existe entre el resultado y la Conducta desde un punto de vista causal, es decir, respetando las estructuras ónticas y de los fenómenos que la acompañan.

Cabe señalar que existen delitos especiales, -- siéndo aquellos que hacen referencia específica al sujeto activo de la acción y ésto se debe a las exigencias descriptivas de los tipos.

Los sujetos pueden ser activos y pasivos, siendo activo quien realiza la conducta típica y pasivo el titular del bien jurídico tutelado. Así en relación con los delitos especiales, éstos pueden ser propios o impropios, dependiendo de las características naturales del sujeto activo o bien de los requerimientos jurídicos (como en el caso de la exigencia a que hace referencia el artículo 224 del Código Penal, en relación al servicio o servidor público).

Existen también tipos que establecen referencias en determinado contexto y en tal sentido puede hablarse de referencias de tiempo, lugar, modo, ocasión o medios.

También existen tipos penales que contienen no solo elementos descriptivos, sino también normativos y que por lo mismo exigen para su entendimiento una valoración ética o jurídica.

Cabe hacer referencia que actualmente existe una corriente denominada lógica matemática (que a mi modo de ver sigue siendo la misma teoría finalista) y en cuyo análisis de los tipos legales, establece los siguientes elementos: A nivel de los tipos objetivos en los delitos dolosos por acción y en general siendo aplicable para todos los demás pasos de delitos, como pueden ser culposos,

Por tanto, el contenido del dolo, está determinado por dos elementos que son el conocimiento y la voluntad o bien el elemento cognoscitivo y el elemento volitivo o conativo.

El conocimiento exigido por el dolo, se refiere al conocimiento de cada uno de los elementos del tipo objetivo y el conocimiento de la antijuridicidad, así como su comprensión; éste conocimiento debe ser actual y darse en el momento en que el autor realiza la acción típica. Existen elementos dentro del tipo objetivo que solo pueden ser conocidos mediante una valoración, sin embargo para efectos del dolo no es necesario en el caso de elementos normativos, que éstos sean conocidos técnicamente, sino que basta un conocimiento paralelo en la esfera del ego.

Por su parte la voluntad exigida en el dolo (como especie de éste) se integra con la voluntad misma del autor, para realizar todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo objetivo y de los cuales el autor tiene pleno conocimiento, es decir, se integra el elemento conativo conque el autor quiera directamente la producción del resultado típico. Se puede afirmar que el autor ha querido la realización del tipo y consecuentemente la producción del resultado, cuando ésta realización ha sido direc-

tamente perseguida por su voluntad y como objetivo de su voluntad, llamándose en éste caso al dolo, como "dolo directo", pero puede suceder que aparezcan otros resultados colaterales con el primordial, ya sea de manera necesaria o de manera posible y si éste resultado concomitante se encuentra ligado con la coincidencia del autor y no obstante esto se desee la producción del mismo, se dirá en caso de ser necesario éste resultado, que existe dolo indirecto y en caso de que fuera posible, pero no seguro se dirá que existe dolo eventual.

No obstante lo anterior, existen elementos subjetivos distintos al dolo, ya que existen tipos penales asimétricos en cuyo aspecto subjetivo no se agota con el dolo sino que contienen requerimientos que lo rebasan, en cuyo caso no es suficiente para la realización del tipo que el autor haya obrado con dolo, sino que resulta necesario que su obrar haya tenido además una intención especial o una tendencia ulterior trascendente con respecto a la finalidad del resultado, tales pueden ser por ejemplo "el que -- con el propósito de" "el que con intención de" "el que con el ánimo de" "deseo".

En los casos en que los tipos penales exigen elementos especiales subjetivos distintos del dolo, no cabe la posibilidad de que dichas conductas sean realizadas en forma culposa.

Por lo que se refiere a la parte negativa relativa a la tipicidad (ATIPICIDAD), podemos decir que entrándose de Conductas dolosas, ésta se presenta por ausencia de tipicidad objetiva por la ausencia de la tipicidad subjetiva.

En los casos de ausencia de tipicidad objetiva, no encontramos ningún problema, ya que puede darse, porque no se produce el resultado, porque no existe nexo de causalidad entre la Conducta y el resultado, porque el sujeto activo no reúne la calidad exigida por el tipo (verbigracia en los llamados delicta propia); porque el sujeto pasivo no reúne la calidad requerida, o bien por falta de referencias de tiempo, lugar, medios, modo y ocasión, o por la falta de elementos normativos exigidos por el tipo (ejemplo, la mujer no es honesta, artículo 262 C.P.M.).

En cambio se presenta la ausencia de tipicidad subjetiva cuando existe error en el tipo (es decir, cuando el sujeto activo incurre en error, respecto de los elementos del tipo objetivo), cuando no se presenta la calidad requerida en la delicta propia, o cuando el sujeto activo ignora que el tipo exige una calidad específica en el sujeto pasivo; pero en todo caso el error de tipo, vencible o invencible elimina el dolo. Los mismos efectos tienen la -

inexistencia de los elementos subjetivos del tipo, distintos del dolo. En todo caso, cualquier o cualquiera que sea la situación de ausencia que a nivel de la tipicidad subjetiva se presente, existirá una Conducta atípica, es decir, una Conducta distinta a la descrita en el tipo por no encuadrar en el mismo.

c).- Antijuridicidad.

En el orden jurídico, no se agotan las normas prohibitivas, sino que integra también, parte de éste el conjunto de preceptos permisivos. De ahí que cuando alguien realiza una Conducta típica, lesiona un bien jurídico, sin embargo ésto no es suficiente para hablar de la comisión de un delito, puesto que faltaría precisar si dicha Conducta se encuentra amparada o no por la existencia de alguna norma permisiva. De ésta manera la Antijuridicidad, concretamente definida, consiste en saber si la realización de una acción típica está o no amparada por una causa de justificación, y consecuentemente en relación a la tipicidad, únicamente podemos decir, que ésta, o sea la tipicidad, es únicamente mero indicio de la Antijuridicidad, ya que no toda conducta típica es antijurídica.

Una Conducta típica es antijurídica, cuando la realización del tipo penal no se encuentra amparada por una causa de justificación y por lo mismo la Antijuridicidad, representa el choque que la conducta tiene con todo el orden jurídico, integrado por el orden normativo y por los preceptos justificativos, o excluyentes de responsabilidad.

Cabe señalar que las excluyentes de responsabilidad, es decir, las normas que permiten la realización de conductas típicas bajo ciertas circunstancias y previa la reunión de los requisitos establecidos en los mismos, no solo se encuentran en el derecho penal, sino pueden darse en el derecho civil, administrativo, mercantil, laboral o agrario, ya que todos éstos forman parte de un orden jurídico establecido.

Dentro de la dogmática penal y respecto a la Antijuridicidad, se han elaborado diversas concepciones para definir el contenido de la Antijuridicidad, sin embargo, yo considero que la Antijuridicidad es una, material porque implica la afirmación de que se ha lesionado un bien jurídico y formal porque su fundamento debe encontrarse precisamente dentro del mismo orden jurídico.

En relación a los tipos permisivos podemos decir, que presuponen para su aplicación una tipicidad prohibitiva, y en igual forma que el tipo prohibitivo, los permisivos requieren elementos objetivos y subjetivos para que se integren de modo tal que para la aplicación estricta de un tipo permisivo, es necesario el conocimiento pleno de su existencia por parte del sujeto activo, con todos sus elementos integrantes, ya que de otra forma únicamente se estarían presentando la parte objetiva del tipo permisivo.

En nuestro derecho, las normas permisivas se encuentran tanto en la parte general del Código Penal en su artículo 15 (con el nombre de circunstancias excluyentes de responsabilidad), como en la parte especial y aún más en otro tipo de ordenamientos distintos del penal. Por mencionar algunos baste indicar que existe, la legítima de fensa, el estado de necesidad justificante, el estado de necesidad disculpante, el legítimo ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica, el miedo grave o temor fundado y el error invencible.

d).- La Culpabilidad.

En general su concepto se encuentra dado de la -

siguiente manera: Es la reprochabilidad del injusto al autor. En éste sentido es reprochable el que pudiendo obrar de otra manera lo ha hecho en forma típica y antijurídica, aún cuando le era exigible motivarse conforme a la norma, - es decir, que tuvo capacidad para obrar de acuerdo a derecho. De ésta forma un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica es culpable, cuando al autor le es reprochable la realización de ésa conducta, porque no se motivó en la norma siéndo exigible, en las circunstancias en que realizó su conducta, que se motivara conforme a ésta - (me refiero a la norma).

La capacidad de obrar de acuerdo a derecho, depende de los presupuestos que la condicionan: a) Capacidad de comprender la antijuridicidad del hecho y capacidad de dirigir las acciones de acuerdo a ésta comprensión; -- b) La posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho. La culpabilidad ante todo personal, en razón de que nadie es responsable por las acciones de terceros que no ha podido inferir.

Es necesario señalar que la Culpabilidad, requiere para su existencia como presupuesto a la imputabilidad, misma que se define como la capacidad de culpabilidad, es-

decir, la capacidad de conocer las acciones y de dirigir--
las de acuerdo a ésa comprensión.

Existen varias teorías relativas a la Culpabili-
dad, tales como la de culpabilidad personal, la de culpabi-
lidad por el hecho, la de culpabilidad de carácter, la con-
cepción psicológica y la concepción normativa, pero en to-
do caso nos adherimos a la concepción formulada por la teo-
ría finalista en donde el dolo se analiza a nivel del tipo
y constituye el principal elemento del tipo subjetivo y la
Culpabilidad es igualable con la reprochabilidad, conte-
niendo dos presupuestos a saber: a) La imputabilidad y;-
b) La conciencia de la Antijuridicidad; y de ésta manera -
un sujeto será reprochable y por lo mismo la conducta será
típica, antijurídica y culpable: cuando dicho sujeto sea-
imputable; cuando se le puede exigir otra conducta y cuan-
do actúo con conciencia de antijuridicidad.

Las causas de inculpabilidad, es decir, las cau-
sas que motivan o dan lugar a la ausencia de la culpabili-
dad son: a) La coacción; b) La obediencia jerárquica (que
constituye una causa de inculpabilidad y no una excluyente
de responsabilidad); c) El estado de necesidad disculpan-
te. Pero también son consideradas causas de inculpabili-
dad, la incapacidad psíquica consistente en la perturba---

ción de la conciencia y el error de prohibición invencible que constituye el error sobre una situación de inculpa bilidad de las señaladas arriba y enumeradas por incisos.

C A P I T U L O I I I

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL ENRIQUECIMIENTO ILICITO.

3.1. LA CONDUCTA.

La conducta del enriquecimiento ilícito, se encuentra establecida en el artículo 224 del Código Penal Mexicano, mismo del cual se desprenden todos y cada uno de los elementos que integran dicho delito, por lo que a efecto de dar inicio al presente estudio, transcribiré el contenido de dicho precepto:

Art.- 224 C.P.M.- "Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el -- servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito.- cuando el servidor público no -- pudiere acreditar el legítimo -- aumento de su patrimonio o la -- legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquéllos -- respecto de los cuales se conduzca como dueño en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servicios Públicos. Incurrirá en responsabilidad penal, asimismo quien haga figurar como suyos bienes -- que el servidor público adquiera o haya adquirido en contra--

*vención de lo dispuesto en la -
misma ley a sabiendas de esta -
circunstancia."*

De ésta manera podemos decir --
que el tipo anteriormente transcrito, contiene varios su-
puestos hipotéticos que dan lugar en cada caso al nacimien-
to de la conducta, misma que a nuestro parecer se integra-
por dos elementos: a) El enriquecimiento del servidor pú-
blico; el cual puede darse mediante el aumento de su patri-
monio, o en general mediante la riqueza vista del servidor
público, directamente documentada, o a través de prestanom-
bres que la disimulen, y ; b) La ausencia de prueba de su-
obtención legítima.

El primer elemento de la conducta, constituido -
por el enriquecimiento del servidor público, puede darse -
mediante la adquisición de bienes para sí o para su esposa
o dependientes económicos directos, pero también puede --
darse prestando datos falsos en su declaración, o manifes-
tando parcialmente las modificaciones en su patrimonio.

Debemos señalar que en el segundo párrafo del --
artículo 224 del Código Penal, establece otro enunciado hi-
potético factible de ser considerado como una nueva forma-

de presentación de la conducta del ilícito en cuestión, dicho enunciado lo configura el particular "al hacer figurar como suyos bienes de ilegítima procedencia, pertenecientes al servidor público con conocimiento de causa", éste enunciado desde luego deriva de un tipo penal distinto del que nos ocupa, pero íntimamente relacionado a aquél, por razón de su dependencia o accesoriedad.

3.2. EL TIPO.

Siendo la tipicidad la adecuación del caso fáctico concreto a cierta figura típica, en el caso del enriquecimiento ilícito, la tipicidad se integra mediante la adecuación de la conducta realizada a todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo, representados tanto por -- elementos normativos y descriptivos en sus fases objetiva y subjetiva respectivamente, de ésta forma trataré de analizar cada uno de dichos elementos en relación directa al enriquecimiento ilícito y a efecto de mayor ubicación de -- los mismos, se analizarán en forma separada los siguientes:

a).- Sujeto Activo; b).- Sujeto Pasivo; c).- Objeto Mate--

rial; d).- Bien Jurídico Tutelado; e).- Resultado Material; f).- Medios; g).- Referencias Temporales; h).- Referencias Espaciales.

a).- Sujeto Activo.

Será activa del delito de enriquecimiento toda - aquella persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión - dentro de la Administración Pública Centralizada o Paraes- - tatal, sea de la Federación, sea de los Estados o dentro - de los Poderes Judicial y Legislativo de los Estados o de - la Federación, que no logre acreditar la legítima proceden - cia de los bienes que hayan engrosado su patrimonio perso - nal.

A fin de ser más precisos en el concepto de Suje - to Activo del ilícito en cuestión, nos remitimos al artícu - lo 108 Constitucional, el cual conceptualiza al servidor - público de la siguiente manera:

"... Los Representantes de Elecc ión 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 en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones... Los Gobernadores de los Estados, los diputados a las legislaturas locales y los magistrados de los tribunales superiores de justicia locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales."

El precepto antes transcrito, no sólo se refiere a señalar como servidores públicos a aquellos funcionarios federales o del Distrito Federal, sino que en el párrafo último del mismo, establece que será en las Constituciones de los Estados, donde se precisarán, para efecto de responsabilidades, quienes tienen el carácter de servidores públicos en dichos Estados o Municipios, por lo que corresponde a las legislaturas locales, señalar quienes tienen el carácter de servidores públicos, aunque ésto sea en terminos similares a los establecidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las Constituciones analizadas por el suscrito, en lo relativo a la responsabilidad de los servidores públicos, se encuentran redactados en forma casi idéntica al 108 Constitucional, con las diferencias obvias relativas a su localidad y haciéndolo alusión a los gobernadores o presidentes municipales en contraste con lo establecido por el precepto Constitucional, como ejemplo ilustrativo, tenemos el artículo 149 y 150 de la Constitución Política del Estado de Hidalgo.

Cabe señalar que el presente estudio, únicamente se refiere en forma concreta a la primera parte del artículo 224 del Código Penal, lo que implica desde luego que en éste caso el Sujeto Activo del enriquecimiento ilícito, debe tener la calidad específica de servidor público y por tanto toda persona que no cumpla con ésta calidad, no podrá conducirse como Sujeto Activo en la comisión de un hecho que se traduzca en no poder acreditar el legítimo aumento de su patrimonio.

La anterior distinción es necesaria, en virtud de que el artículo 224 del Código Penal en su segundo párrafo, habla de responsabilidad penal para los particulares que haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en forma ilegal, sin embar

go nuestro criterio es en el sentido de afirmar que en todo caso el particular no comete el delito de enriquecimiento ilícito, sino alguno de los enumerados en el Código Penal, tales como encubrimiento, etc.

b).- Sujeto Pasivo.

Por la forma con que están redactados los siete artículos del Título Cuarto de la Carta Magna, parece que no queda duda alguna que el Sujeto Pasivo del enriquecimiento ilícito, es la Administración Pública Federal, ya sea la centralizada, ya sea la paraestatal. Aún en el caso de responsabilidad penal de los servidores y funcionarios estatales, el Sujeto Pasivo, se supone, es la Administración Pública Federal Centralizada o Paraestatal. Tal conclusión, es confirmada por la siguiente situación:

"Deberán imponerse las sanciones correspondientes por las autoridades competentes y a la luz de los procedimientos establecidos en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y por el Código Federal de Procedimientos Penales, según sea el caso.

Lo anterior, se desprende del hecho de que estamos ante la presencia de Responsabilidades Federales, lo-

cual no debe confundirse con el mandato que la Constitución hace a los Estados de la Federación para que expidan "las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes teniendo ése carácter, incurren en responsabilidades políticas, penales o administrativas". (13)

c).- Objeto Material.

Para determinar el objeto material, generico del enriquecimiento, podríamos recurrir al artículo 87 de la Ley de Responsabilidades, que dispone lo siguiente:

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 cua-

(13) RAMIREZ MEDRANO, RAUL. Régimen Constitucional - de la Responsabilidad de los Servidores Públicos de los Estados de la Federación. México. Revista Mexicana de Justicia. Abril-Junio 1984. -- Pág. 201.

conozcan del caso?. Lo más lógico, a nuestro entender, es que la declaración sirve para poner a disposición, inmediatamente de las autoridades federales penales competentes - al servidor o funcionario estatal. Nada tiene que hacer - las Legislaturas Locales, si se supone que el enriquecimiento es un delito federal. La intervención de las Legislaturas de los Estados, dá la impresión de que las Administraciones Estatales, también son Sujetos Pasivos de éste ilícito, sin embargo, ésto no es así. El Único y auténtico Pasivo del enriquecimiento ilícito, es la Administración Pública Federal. Por tanto la intervención de los Estados, debe explicarse por cualquiera de éstas razones:

1.- Como medio para "acostumbrar" a las Legislaturas Locales a que tengan una actuación constante fincándose responsabilidades a los servidores o funcionarios aviesos.

2.- Como un recelo de la Federación, que siente vulnerar la soberanía de los Estados, juzgándo a funcionarios de éstos.

3.- Como una típica forma de vasallaje que la Federación ejerce sobre los estados, obligándo a que las Legislaturas Locales, al conocer cierto caso de funcionario o servidor, declaren o absuelvan en el sentido que indique

d).- Bien Jurídico.

Para determinar el bien jurídicamente protegido del enriquecimiento, podríamos seguir el criterio de atenernos al encabezamiento del título de la clase de delito a la que pertenece el enriquecimiento, o sea, "Delitos cometidos por los Servidores Públicos". Sin embargo, tal criterio no nos indica cuál es el bien jurídico del enriquecimiento ilícito, como puede comprobarse de la siguiente observación:

"El legislador de 1931 pretendió, en términos generales, hacer la división de los delitos teniendo en cuenta el bien o el interés protegido. Con acierto sostiene FERNANDEZ DOBLADO que el Código Penal vigente, a veces se aparta del criterio científico de clasificación de los delitos en orden al bien o interés jurídico tutelado como tratándose de los "Delitos cometidos por Funcionarios Públicos en donde se atiende al Sujeto Activo de la infracción." (14)

(14) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. *Lineamiento Elementales de Derecho Penal*. México. Edit. Porrúa.- 1982. Pág. 146.

¿Cuál es entonces el bien jurídicamente protegido? CARRARA, siguiendo a CARMIGNANI, nos dice lo siguiente acerca del bien jurídico de los delitos cometidos por los servidores y funcionarios públicos:

"En esta segunda categoría reunió CARMIGNANI todos los hechos en que una persona revestida de cualquier autoridad pública, abusa de su posición con el fin de obtener algún provecho o de satisfacer alguna pasión en perjuicio de personas privadas. En general, poco se requiere para comprender que como toda esta organización de la autoridad pública, está ordenada al servicio del último fin social, es decir, a la tutela jurídica, va en contra de este fin todo acto humano que se aproveche de esos ordenamientos como medio para violar el derecho; y en esto hay siempre una confianza traicionada y la anomalía temible de que la fuerza constituida para la defensa se vuelva ofensiva."
(15)

Tampoco este criterio nos ayuda gran cosa. --
Buscando una fórmula, podríamos tomar el concepto de servi

(15) CARRARA FRANCISCO. Programa de Derecho Criminal. Tomo V. Bogotá. Edit. Temis. 1961. Pág. 51.

d).- Bien Jurídico.

Para determinar el bien jurídicamente protegido del enriquecimiento, podríamos seguir el criterio de atenernos al encabezamiento del título de la clase de delito a la que pertenece el enriquecimiento, o sea, "Delitos cometidos por los Servidores Públicos". Sin embargo, tal criterio no nos indica cuál es el bien jurídico del enriquecimiento ilícito, como puede comprobarse de la siguiente observación:

"El legislador de 1931 pretendió, en términos generales, hacer la división de los delitos teniendo en cuenta el bien o el interés protegido. Con acierto sostiene FERNANDEZ DOBLADO que el Código Penal vigente, a veces se aparta del criterio científico de clasificación de los delitos en orden al bien o interés jurídico tutelado como tratándose de los "Delitos cometidos por Funcionarios Públicos en donde se atiende al Sujeto Activo de la infracción." (14)

(14) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. *Lineamiento Elementales de Derecho Penal*. México. Edit. Porrúa.- 1982. 1a. Ed. Pág. 146.

¿Cuál es entonces el bien jurídicamente protegido? CARRARA, siguiendo a CARMIGNANI, nos dice lo siguiente acerca del bien jurídico de los delitos cometidos por los servidores y funcionarios públicos:

"En esta segunda categoría reunió CARMIGNANI todos los hechos en que una persona revestida de cualquier autoridad pública, abusa de su posición con el fin de obtener algún provecho o de satisfacer alguna pasión en perjuicio de personas privadas. En general, poco se requiere para comprender que como toda esta organización de la autoridad pública, está ordenada al servicio del último fin social, es decir, a la tutela jurídica, va en contra de éste fin todo acto humano que se aproveche de esos ordenamientos como medio para violar el derecho; y en esto hay siempre una confianza traicionada y la anomalía temible de que la fuerza constituida para la defensa se vuelva ofensiva."

(15)

Tampoco éste criterio nos ayuda de gran cosa. Buscando una fórmula, podríamos tomar el concepto de servi

(15) CARRARA FRANCISCO. Programa de Derecho Crimínal, Tomo V. Bogotá. Edit. Temis. 1961. Pág. 51.

cio público como bien jurídicamente tutelada. Sin embargo, no creemos que el servicio público sea el bien jurídico, - como anteriormente vimos, el servicio público es una no--- ción limitada de la actividad estatal. No comprende la ac- tividad que realizan, aquellos individuos investidos de -- una función pública. Podríamos pensar que entonces el -- bien jurídico es la administración pública, tal como se -- desprende de ésta puntualización:

"No solamente perturban la administración públi- ca los delitos cometidos por los particulares que se han - expuesto anteriormente, sino también los perpetrados por - quienes ejercen funciones públicas. Y en tal sentido, el Código Penal tipificaba en el Título Décimo del Libro Se- gundo los ejercicios indebidos o abandono de funciones pú- blicas (Capítulo Primero), abuso de autoridad (Capítulo Se- gundo), coalición de funcionarios (Capítulo Tercero), cohe- cho (Capítulo Cuarto), peculado y concusión (Capítulo Quin- to) bajo el rubro de "Delitos cometidos por funcionarios - públicos." (16)

(16) JINENEZ HUERTA, MARIANO. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo V. México. Edit. Porrúa. 1984. Sup^{er}comen- to. Pág. 7.

Empero la administración pública, tampoco es el bien jurídico. Sostener esto equivale a confundir el bien jurídico con el Sujeto Pasivo, ante esto, podríamos pensar que el concepto de actividad estatal administrativa es el bien jurídico. Creemos que la actividad estatal administrativa, si es el bien jurídico tutelado por la figura del enriquecimiento.

Este concepto es lo suficientemente amplio para abarcar tanto el servicio como la función pública, que se ven afectados cuando el funcionario o el servidor se enriquecen. Si afirmamos que el servicio público es el bien jurídico, omitiríamos la afectación que puede sufrir la función pública.

Y si decimos que es la función, omitimos entonces la afectación del servicio. Por ello, cabe concluir que el bien jurídico tutelado es la actividad estatal administrativa. Esta conclusión nos lleva también a ver la conveniencia de que se modifiquen el actual epígrafe de la clase de delitos a la que pertenece el enriquecimiento. En vez de llamarse "Delitos cometidos por los servidores públicos", debería llamarse delitos contra la "actividad estatal administrativa". A nuestro entender ésta denomina

ción es la exigencia mínima elemental de la técnica jurídica general del Código Penal que tipifica los delitos de acuerdo con el bien jurídico tutelado. En nuestro concepto, con esta denominación sería congruente el esfuerzo que se hace por contar con instrumentos adecuados para castigar a malos funcionarios y servidores.

e).- Resultado Material.

Resultado del enriquecimiento ilícito, es el aumento ilegítimo del patrimonio del servidor o funcionario implica, que no puede justificar su legítima causa. Por esta razón, el resultado del delito es material, ya que produce alteraciones en el mundo físico que se pueden "medir" o cuantificar. El análisis del resultado del enriquecimiento ilícito implica la detección de una irregularidad flagrante. Si bien el enriquecimiento se da cuando aumenta injustificadamente el patrimonio del servidor y/o funcionario, ¿qué procedimiento se sigue para medir ese aumento?. La Ley de Responsabilidades sólo habla de "signos exteriores" que dejen entrever el aumento patrimonial, pero no nos dice que procedimiento o que valuación exactamente determina el enriquecimiento. A las "presunciones" y -

el arbitrio de la Secretaría de la Contaduría que dé la de terminación del resultado del ilícito. Notoria irregulari dad hace indebidamente que el enriquecimiento se presuma - y no se tenga que probar.

f).- Medios.

En nuestro concepto, la exigencia que hace el ti po con relación a que el enriquecimiento ilícito se lleve a cabo "con motivo" del empleo, cargo o comisión, en el -- servicio público, constituye precisamente los medios y no una referencia temporal, como algunos autores tratan de -- verla, pues es claro el precepto en cuestión al manifestar, que dicho enriquecimiento debe llevarse a cabo "con motivo" del empleo, cargo o comisión en el servicio público, debe constituir un factor determinante del que el sujeto activo se vale para lograr enriquecerse ilícitamente; de ésta for ma el término "con motivo", difiere substancialmente del - concepto de referencia, ya que en éste caso el legislador hubiera empleado el término "durante" y entonces el enri quecimiento ilícito, debería perpetrarse únicamente duran te el lapso de tiempo que durara el sujeto activo en el -- empleo, cargo o comisión del servicio público. Por tales-

razones, me adhiero a concebir como un instrumento o medio exigido por el tipo, para la realización del enriquecimiento ilícito, el empleo, cargo o comisión en el servicio público que desempeñe el sujeto activo del delito.

En nuestro concepto, el tipo penal de enriquecimiento ilícito, no consigna ni exige referencias de carácter temporal y mucho menos referencias espaciales, ya que no determinan condición de tiempo o lugar en que deba realizarse la conducta o producirse el resultado, no obstante las constantes remisiones que el Código Penal hace a la Ley de Responsabilidades.

3.3. LA ANTIJURIDICIDAD.

La Antijuridicidad del enriquecimiento ilícito, se da cuando la conducta del delito no se encuentra amparada por alguna de las causas de justificación que prevee la dogmática jurídico-penal, por lo que para entender la Antijuridicidad del enriquecimiento, es necesario estudiar las causas de justificación de éste.

considerando la naturaleza de los delitos cometidos por los servidores, que esencialmente son dolosos, lo que dispone el artículo 224 del multicitado Código Penal, en el sentido de que también es responsable el que a sabiendas haga aparecer como suyos los bienes del servidor o funcionario.

Debe considerarse que por lo que toca al presupuesto de la Culpabilidad, todos los servidores públicos cumplen con la misma, en razón de ser imputables, y siempre se le podrá exigir una conducta distinta al agente.

De las causas de inculpabilidad, únicamente la coacción, podría ser susceptible de presentarse en el enriquecimiento ilícito, pero en todo caso la carga de la prueba desde luego, quedaría a cargo del sujeto activo, quien tendría que demostrar su existencia y legal procedencia. Sin embargo, no encontramos viable alguna causa de inculpabilidad para el tipo penal de que se trata y bastaría recordar que aún en mentes tan enfermas como la del procesado director general de tránsito en el Distrito Federal, no se ha planteado una posible existencia de causa de inculpabilidad.

"La Fracción X (del art. 15 del Código Penal) - constituye una causa de inculpabilidad por no "exigibilidad de otra conducta", en virtud de que la motivación del encubridor de allegados no es reprochable, por ser más poderosa que la exigencia estatal de cooperar con la administración de la justicia, desviándonos en éste tema, por lo tanto, de la doctrina mexicana que la considera como excusa absolutoria..." (17)

También se dice que el temor es una excusa absolutoria, en razón de la no exigibilidad de otra conducta. Sin embargo, apunta como causa de inculpabilidad, cuando pensamos que la conducta del servidor o funcionario, al verse amagada por una coacción que le cause un mal inminente y grave, no le es reprochable. Esta causa, la del temor fundado, operará siempre y cuando el mal que amenace al servidor o funcionario sea inminente y grave, no encontrando otra forma de sortearlo más que ejecutando el acto ilícito.

(17) CASTELLANOS TENA. FDO. *Lineamiento Elementales de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 65.

considerando la naturaleza de los delitos cometidos por los servidores, que esencialmente son dolosos, lo que dispone el artículo 224 del multicitado Código Penal, en el sentido de que también es responsable el que a sabiendas haga aparecer como suyos los bienes del servidor o funcionario.

Debe considerarse que por lo que toca al presupuesto de la culpabilidad, todos los servidores públicos cumplen con la misma, en razón de ser imputables, y siempre se le podrá exigir una conducta distinta al agente.

De las causas de inculpabilidad, únicamente la coacción, podría ser susceptible de presentarse en el enriquecimiento ilícito, pero en todo caso la carga de la prueba desde luego, quedaría a cargo del sujeto activo, quien tendría que demostrar su existencia y legal procedencia. Sin embargo, no encontramos viable alguna causa de inculpabilidad para el tipo penal de que se trata y baste recordar que aún en mentes tan enfermas como la del recientemente procesado director general de tránsito en el Distrito Federal, no se ha planteado la posibilidad de una posible existencia de causa de inculpabilidad.

artículo 22 Constitucional establece en su párrafo Segundo lo siguiente:

"No se considerará como confiscación de bienes, - la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecho por la autoridad judicial, para el pago de la -- responsabilidad civil resultante de la comisión de un deli -- to, o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso - de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los -- términos del artículo 22." (18)

(18) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXI
CANOS. México, Editores Unidos Mexicanos, 1983.
Pág. 19.

En contraste, el error de hecho si es configurable en el enriquecimiento, dado que puede suceder que el servidor o funcionario, ignorando la ilegítima procedencia de los bienes que adquiere, se allega de los mismos. Lo mismo acontece con el particular que adquiere bienes del servidor o funcionario sin saber su legítima procedencia. Desgraciadamente, el terrible error de responsabilizar indiscriminadamente el encubrimiento de los bienes del servidor hace difícil que opere ésta inculpabilidad,

3.5. LA PUNIBILIDAD.

Anteriormente discutimos bastantes aspectos referentes a la penalidad del enriquecimiento: En esta oportunidad, cabe agregar una consideración (s) más.

Se dice que una de las virtudes del artículo 224 y de las reformas constitucionales es haber "legalizado" la pena del enriquecimiento, que antes entrañaba el despojo arbitrario de todos los bienes del acusado por enriquecimiento, aun de los bien habidos por éste. Ahora, el --

artículo 22 Constitucional establece en su párrafo Segundo lo siguiente:

"No se considerará como confiscación de bienes, - la aplicación total o parcial de los bienes de una perso-- na, hecho por la autoridad judicial, para el pago de la -- responsabilidad civil resultante de la comisión de un deli-- to, o para el pago de impuesto o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los térmi-- nos del artículo 109." (18)

Este mismo escrúpulo por regularizar la pena del decomiso, no lo encontramos en el legislador a la hora que éste fija las bases para imponer la multa del enriqueci-- miento. Dice que la multa se fija en base al salario míni-- mo vigente al momento de cometerse el delito. Empero, -- ¿cuál es ese momento de comisión? Ya vimos que el legisla-- dor no lo fija por zafiedad y por consignas políticas. En éstas líneas, hay que agregar que si por momento de comi-- sión se entiende la no acreditación del enriquecimiento, - ignorándose que la lógica apunta a señalar como ése momen--

(18) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXI-- CANOS. México. Editorial Porrúa. 82a. Edición. 1957. Pág. 19.

to a la realización de las actividades del enriquecimiento, entonces estamos en presencia una pena que no es exactamente aplicable al caso concreto que se señala, el enriquecimiento ilícito y, en consecuencia, flagrantemente inconstitucional, porque, según versa el 14 Constitucional, la pena debe ser exactamente aplicable al caso de que se trata. Se dice que la multa se aplica de acuerdo al salario del momento de comisión. Si, éso está muy bien, pero, -- ¿cuál es ése momento? ¿cómo se determina? Ante las imprecisiones, y vaguedades de la Ley para responder, sólo cabe concluir una cosa, y ésta es que únicamente en apariencia se ha superado la Inconstitucionalidad en las penas del enriquecimiento, porque la multa de éste no se sustenta en bases firmes, bases que permitieran, en un momento dado, denotar el exacto cumplimiento del mandato de que la Ley debe ser exactamente aplicable al caso de que se trata, -- mandato que no sólo es extensivo para las autoridades judiciales cuando conocen causas criminales, sino también para las autoridades administrativas, cuando fincan responsabilidades, y para las legislativas, cuando se dedican a elaborar tipos penales.

Otra anomalía de la penalidad del enriquecimiento, la encontramos en el hecho de que la Secretaría de la-

Contraloría se arrogue la cualidad de juez indebidamente.- Al desarrollarse cierta inspección de la Contraloría, el afectado con la misma puede inconformarse con el resultado de la visita.

Al resolver el recurso, la Secretaría ya está -- prejuzgando sobre la comisión del enriquecimiento, lo cual sólo atañe exclusivamente al juez que conoce de la causa.- Con la declaratoria de perjuicio que formula la Secretaría al Ministerio Público, también predispone a éste para que encauce en "cierto sentido" el proceso. Estas circunstancias provocan ciertas dudas. O el enriquecimiento no es un delito, sino una simple infracción administrativa, dadas las amplias facultades que tiene para "investigarlo" - la Secretaría de la Contraloría, un órgano que es eminentemente administrativo, o el enriquecimiento es una conducta delictiva, en cuyo caso, es menester limitar las facultades de la Secretaría para que el juez que siga la causa -- aplique la pena lo más correctamente posible. Nosotros -- creemos que el enriquecimiento, es un delito. Por ello, - para que haya una justicia adecuada e imparcial que castigue a los que se enriquecen, es necesario que haya una limitación sensible de las facultades de la Secretaría.

C A P I T U L O IV

ANALISIS COMPARATIVO CON OTRAS LEGISLACIONES
EN LA ACTUALIDAD.

Analizando esta tipificación del enriquecimiento podemos destacar las siguientes cuestiones esenciales:

1.- En la tipificación del Código Penal Argentino se percibe mucho el influjo de otras figuras delictivas en que pueden incurrir los servidores públicos, como el cohecho y el peculado. En contraste, nuestra legislación nítidamente lo que es el enriquecimiento ilícito de otras figuras.

2.- La legislación Argentina establece como parte de la sanción aplicable al enriquecimiento la inhabilitación permanente, disposición que contrasta mucho con nuestra legislación, en la cual la inhabilitación sólo es de tres meses a dos años, cuando el monto del enriquecimiento no excede del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo, de dos a catorce años cuando el monto del enriquecimiento excede de esa cantidad. Resulta en la disposición Argentina una notable confusión entre lo que es responsabilidad penal de los servidores públicos y su responsabilidad política. Tanto la teoría como la práctica constitucional que supuestamente sirve de norma a la legislación Argentina para establecer la responsabilidad política,

el sistema norteamericano, establece claramente que sólo por responsabilidad política puede proceder la "muerte política" absoluta de los servidores públicos. La responsabilidad penal podrá entrañar la pérdida de la libertad para el servidor y su inhabilitación más o menos largo del servicio público, pero no "su muerte absoluta". No obstante esta regla de fijación de la responsabilidad política, el Código Argentino establece una sanción muy severa para el servidor público, que en ortodoxia sólo debería ser -- aplicable a través del juicio político. Puede pensarse -- que ésta sanción funciona muy bien como correctivo ejemplar. Empero, no cabe duda que contraviene las reglas ortodoxas que sirvan para fijar la responsabilidad de los -- servidores públicos.

3.- La legislación argentina no establece que la graduación de la pena debe hacerse conforme al monto del enriquecimiento, como sí lo hace nuestra legislación. Con un poco mayor visión, la legislación argentina percibe -- que el bien jurídico protegido por la justicia en el enriquecimiento no es el Patrimonio del Estado, sino el funcionamiento continuo y normal del servicio público.

4.- La tipificación Argentina, como la nuestra, rompe al marco clásico de los catálogos de delitos de los servidores públicos en donde sólo se contemplan conductas como el cohecho, el peculado, el ejercicio indebido de atribuciones, etc., para introducir entre sus disposiciones una figura que intenta reprimir una conducta muy pernicioso y difundida entre los servidores públicos, como es la de enriquecimiento indebidamente.

A diferencia de la legislación Argentina, como veremos, la italiana no dispone de un tipo especial que prevenga el enriquecimiento ilícito.

Capítulo VII.- Apropiación indebida de Fondos Públicos.

Hasta antes de la Reforma de 1963, como puede --
comprobarse, no existía especialmente erigida la figura --
del enriquecimiento ilícito. Sin embargo, el 12 de Junio-
de 1963 se incorpora al Código Penal Argentino la figura, -
delineándola en los siguientes términos:

"Será reprimido con prisión de dos a seis años e
inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público -
que, para lucrar o hacer lucrar a otro utilizare informa--
ciones, datos que sólo hubiera podido conocer con motivo -
de su cargo.

Será reprimido con la misma pena, el funcionario
público que, durante el desempeño o dentro de los tres ---
años siguientes a la cesación de su función pública, no --
quisiese o no pudiera justificar ante la autoridad compe--
tente, cualquier incremento importante de su patrimonio, -
producido durante su desempeño y comprobado por dicha auto-
ridad." (19)

(19) LEVENE, RICARDO. *El Delito de Enriquecimiento -
Ilícito de Los Funcionarios Públicos.* Buenos Ai-
res. *Revista de Legislación y Jurisprudencia* La
Ley, 19 de Diciembre de 1963. Pág. 3.

Analizando ésta tipificación del enriquecimiento podemos destacar las siguientes cuestiones esenciales:

1.- En la tipificación del Código Penal Argentino se percibe mucho el influjo de otras figuras delictivas en que pueden incurrir los servidores públicos, como el -- cohecho y el peculado. En contraste, nuestra legislación distingue nítidamente lo que es el enriquecimiento ilícito de otras figuras.

2.- La legislación Argentina establece como parte de la sanción aplicable al enriquecimiento la inhabilitación permanente, disposición que contrasta mucho con -- nuestra legislación, en la cual la inhabilitación sólo es de tres meses a dos años, cuando el monto del enriqueci--- miento no excede del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo, de dos a catorce años cuando el monto del enriquecimiento excede de ésa cantidad. Resulta en la disposición Argentina una notable confusión entre lo que es responsabilidad penal de los servidores públicos y su responsabilidad política. Tanto la teoría como la práctica constitucional que supuestamente sirve de horma a la legisla--- ción Argentina para establecer la responsabilidad política,

el sistema norteamericano, establece claramente que sólo por responsabilidad política puede proceder la "muerte política" absoluta de los servidores públicos. La responsabilidad penal podrá entrañar la pérdida de la libertad para el servidor y su inhabilitación más o menos larga del servicio público, pero no "su muerte absoluta". No obstante esta regla de fijación de la responsabilidad política, el Código Argentino establece una sanción muy severa para el servidor público, que en ortodoxia sólo debería ser -- aplicable a través del juicio político. Puede pensarse -- que esta sanción funciona muy bien como correctivo ejemplar. Empero, no cabe duda que contraviene las reglas ortodoxas que sirven para fijar la responsabilidad de los -- servidores públicos.

3.- La legislación argentina no establece que la graduación de la pena debe hacerse conforme al monto del enriquecimiento, como sí lo hace nuestra legislación. Con un poco mayor visión, la legislación argentina percibe -- que el bien jurídico protegido por la justicia en el enriquecimiento no es el Patrimonio del Estado, sino el funcionamiento continuo y normal del servicio público.

4.- Como la legislación mexicana, la Argentina -- señala cuál es la conducta constitutiva del enriqueci-

miento. Para determinar cuál es la conducta, hay que definirla como toda aquella conducta de los servidores públicos que, no estando amparada por alguna causa de justificación, tiende a incrementar en forma injustificada el patrimonio que le es propio al sujeto responsable.

5.- La tipificación Argentina, como la nuestra, rompe al marco clásico de los catálogos de delitos de los servidores públicos en donde sólo se contemplan conductas como el cohecho, el peculado, el ejercicio indebido de atribuciones, etc., para introducir entre sus disposiciones una figura que intenta reprimir una conducta muy pernicioso y difundida entre los servidores públicos, como es la de enriquecimiento indebidamente.

A diferencia de la legislación Argentina, como veremos, la italiana no dispone de un tipo especial que prevenga el enriquecimiento ilícito.

4.3. ITALIA.

El Código Penal Italiano de 1948, tiene el siguiente catálogo de delitos cometidos contra la Administración Pública:

Título Segundo.- De los delitos cometidos contra la Administración Pública.

Artículo 314.- Peculado.

Artículo 315.- Malversación de fondos.

Artículo 316.- Peculado mediante aprovechamiento de error.

Artículo 317.- Concusión-

Artículo 318.- Corrupción de un alto funcionario.

Artículo 319.- Corrupción de un alto funcionario contraria al deber u oficio

Artículo 320.- Corrupción de una persona encargada de un servicio público.

Artículo 321.- La penalidad para la corrupción.

Artículo 322.- Instigación a la corrupción.

- Artículo 323.- Abuso del empleo, cargo o comisión.
- Artículo 324.- Interés privado en la Administración Pública.
- Artículo 325.- Utilización de invenciones o descubrimientos en razón del cargo u oficio.
- Artículo 326.- Revelación de secretos del oficio.
- Artículo 327.- Excitación al vilipendio de las - instituciones y Leyes de la Administración Pública.
- Artículo 328.- Omisión o abandono del cargo u -- oficio.
- Artículo 329.- Resistencia a obedecer mandatos - de la autoridad militar o pública.
- Artículo 330.- Abandono colectivo del empleo, -- cargo o comisión públicos.
- Artículo 331.- Interrupción del servicio público o de primera necesidad.
- Artículo 332.- Omisión del deber en el caso de - abandono del empleo, cargo o comisión públicos.
- Artículo 333.- Abandono individual del empleo, - cargo o comisión públicos.
- Artículo 334.- Daño causado a prenda o secuestro oficial.
- Artículo 335.- Violación culposa del deber de -- custodia de prenda o secuestro.

Como puede observarse, no hay una figura especialmente destinada a reprimir el enriquecimiento ilícito de los servidores. Encontramos, eso sí, elementos del tipo de enriquecimiento dispersos en varios de los artículos de éste catálogo, como es el artículo 324 que nos habla de la utilización que puede hacer el servidor público de terceras personas para obtener provecho personal, conducta -- que merece prisión de seis meses a cinco años y multa de mil a veintemil liras.

También encontramos la extensión del concepto de servidor público, tan característica en nuestra legislación, en el artículo 320, que habla de la corrupción de -- personas encargadas de un servicio público que no son propiamente servidores. En el artículo 315 encontramos la figura de la malversación, que habla de la utilización de -- fondos públicos en provecho propio, conducta que se sanciona de tres a ocho años y con multa de mil liras. Empero, -- no nos encontramos con un tipo definido del enriquecimiento, lo que nos dá a entender que en medio de la tradición jurídica que se ha constituido acerca de los delitos cometidos por los servidores públicos, el enriquecimiento ilícito es una figura novedosa, que se mueve balbuceantemente, que trata de adquirir careta de naturalización en la -

dogmática jurídico-penal. Los aspectos técnicos que hemos señalado contribuirá en mucho al perfeccionamiento de la figura del enriquecimiento ilícito, que trata de erigirse como valioso instrumento de prevención de la inmoralidad de los servidores públicos.

C O N C L U S I O N E S

1.- El concepto de servidor público, comprende no sólo al estrictamente así llamado, sino también al de funcionario público, de acuerdo a la definición que le asigna el artículo 108 Constitucional, precisando todas y cada una de sus características, facilitando con ello la determinación del sujeto activo en el delito de enriquecimiento ilícito.

2.- La evolución que en materia de responsabilidad de los servidores públicos ha tenido nuestra Legislación, ha llegado a su máxima expresión con el título-décimo del Código Penal, vigente en el Distrito Federal y en toda la República en materia del Fuero Federal, relativo a los delitos cometidos por los servidores públicos, -- dentro del cual se incluye, en el Capítulo XIII el enriquecimiento ilícito.

3.- La remisión que hace la Constitución de los funcionarios estatales, sometidos a declaración de procedencia en las Legislaturas Locales, implica únicamente un requisito de procedibilidad, en razón del necesario-

desafuero que en caso de procedencia permita que sean puestos a disposición de las Autoridades Federales Competentes para ser acusados y en su caso juzgados, por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito.

4.- La conducta del enriquecimiento ilícito se integra por dos elementos a saber: a).- El aumento en el patrimonio del servidor público, evidentemente desproporcional a su ingreso y; b).- Ausencia de prueba de su obtención legítima; según se deduce del contenido del artículo 224 del Código Penal Mexicano.

5.- El empleo, cargo o comisión en el servicio público, resulta ser, según la estructura del tipo penal, un presupuesto indispensable para la comisión de la conducta del enriquecimiento ilícito y no una referencia temporal.

6.- El enriquecimiento ilícito, es un tipo penal de naturaleza estrictamente dolosa y dada la configuración de este delito, difícil resulta que una conducta típica (por encuadrar en la descripción del artículo 224 del Código Penal), se vea amparada por excluyente de responsabilidad alguna, que impida su antijuridicidad, su culpabilidad o su punibilidad.

7.- El delito en cuestión, establece responsabilidad penal para el particular que haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiriera o haya adquirido en forma distinta a la establecida por la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, o en contravención a ésta, exigiéndolo únicamente que dicha persona conozca ésta última circunstancia.

8.- El caso a que me refiero en la conclusión que antecede, considero se encuentra mal ubicado, ya - el título décimo, se refiere concretamente a los delitos cometidos por Servidores Públicos, razón que sirve de fundamento para proponer su ubicación dentro de otro título y capítulo diverso.

9.- Existe una reiteración en el texto legal, cuando establece: ..."El Servidor Público no pudiere - acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre...", ya que esas - dos hipótesis, implican lo mismo, por lo que considero, sale sobrando la segunda, al encontrarse incluida en la primera.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *Teoría General del Derecho Administrativo*. México. Editorial Porrúa. 1982. 1a. Ed.
- 2.- BARRAGAN, JOSE, *La Responsabilidad de los Servidores Públicos*. México. Editorial Porrúa. 1984. 1a. Ed.
- 3.- BECERRA BAUTISTA, JOSE, *El Fuero Constitucional*. -- México. Editorial Jus. 1943. 1a. Ed.
- 4.- BUNSTER, ALVARO, *Las Responsabilidades de los Servidores Públicos*. México. Editorial Porrúa. 1985. 1a. Ed.
- 5.- BURGOA, IGNACIO, *Las Garantías Individuales*. México. Editorial Porrúa. 1983. 18a. Ed.
- 6.- CARDENAS, RAUL F. *La Responsabilidad de los Funcionarios Públicos*. México. Editorial Porrúa. 1982. 1a. Ed.
- 7.- CARRANCA Y RIVAS, RAUL, *Código Penal Anotado*. México. Editorial Porrúa 1980. 8a. Ed.
- 8.- CARRARA, FRANCISCO, *Programa de Derecho Criminal*. - Tono V. Bogotá. Editorial Temis. 1961. 1a. Ed.

- 9.- CASTELLANOS TENA, FRANCISCO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. México. Editorial Porrúa. -- 1982. 3a. Ed.
- 10.- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, OLGA, *Análisis lógicos de los delitos contra la vida*. Editorial Trillas. -- México. 1982. 1a. Ed.
- 11.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO, *Derecho Penal Mexicano*, -- Tomo V. México. Editorial Porrúa. 1984. Complemento 1988.
- 12.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. México. Editorial Porrúa. 1982. 5a. Ed.

OTRAS FUENTES

- 1.- ARGUELLES, FRANCISCO, *El Enriquecimiento Ilegítimo de los Servidores Públicos*. Revista Mexicana de Ciencias Penales. México. Año III. Julio 1979-1980.
- 2.- CAMARA DE DIPUTADOS, *Proceso Legislativo de la Iniciativa Presidencial de Reformas al Código Penal*. -- Mexico. Talleres Graficos del Congreso de la Union - Coleccion de Documentos de la III Legislatura. 1985

- 3.- CAMARA DE SENADORES. *Documentos Históricos Constitucionales de las Fuerzas Armadas.* México. Editorial-
Stylo. 1965. Tomo I.
- 4.- GONZALEZ DE LA VEGA RAUL. *Servidores Públicos y sus
Nuevas Responsabilidades.* Revista del Instituto Na-
cional de Administración Pública. México. 1984.
- 5.- RAMIREZ MEDRANO, RAUL. *Régimen Constitucional de la
Responsabilidad de los Servidores Públicos de los Es-
tados de la Federación.* México. Revista Mexicana de
Justicia. Abril - Junio 1984.
- 6.- TORO, ALFONSO. *Los Tribunales de la Epoca Colonial.-*
Revista General de Derecho y Jurisprudencia. Tomo II.
México. 1947.

LEGISLACION

- 1.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Por-
rúa. Mexico. 1987. 43a. Edición.
- 2.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
Editorial Porrúa. Mexico 1987. 82a Edición

**3.- LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES -
PUBLICOS, México. Editorial Porrúa. 1985.**

JAIME JACOBO ALLENDE GONZALEZ,