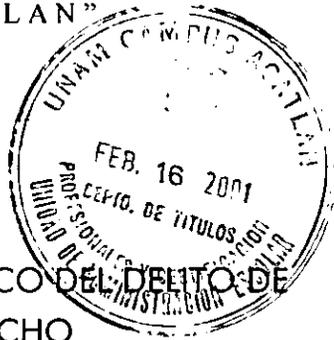


328

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"



ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE COHECHO

28943

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: SATURNINO RODRIGUEZ SANCHEZ

ASESOR: LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ.



ACATLAN, EDO. DE MEXICO. FEBRERO DE 2001.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

A Dios, por haberme dado la oportunidad de estar en la tierra y haberme tendido su manto en los momentos más difíciles de la vida.

A mis Padres (q.e.p.d.), por su inquebrantable fe, porque siempre me inculcaron el amor al trabajo, el respeto a mis semejantes y el valor de la vida.

A mi esposa Lupita y a mis hijos, por ser la razón de mi esfuerzo y a quienes deseo algún día, sientan la satisfacción que hoy siento, al poder predicar el ejemplo, gracias.

A mis hermanos, por estar siempre a mi lado en los momentos más difíciles, así como también en los momentos de alegría, mil gracias.

*A mis grandes amigos Samuel y Carlos,
por su competencia leal y honesta en la cual
todos salimos triunfadores, y así lograr el
camino de la superación.*

*Al Lic. Rafael Chaine López, por la
motivación, dirección y apoyo en mi desarrollo
profesional.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de
México, y en especial al Campus Acatlán,
porque gracias a sus profesores logré el criterio
profesional que ha regido y regirá en mi vida.*

A todos, Gracias.

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	4
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE COHECHO	6
1. EN ROMA	8
2. FRANCIA (EN LA EDAD MEDIA)	10
3. EN ESPAÑA	13
4. EN MEXICO	15
A. CODIGO DE 1871	16
B. CODIGO DE 1929	17
C. CODIGO DE 1931	18
D. PROYECTO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1949	20
E. PROYECTO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1958	21
F. PROYECTO DEL CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA DE 1963	24
G. LA REFORMA DE 1982 A LA FIGURA DEL COHECHO EN EL CODIGO PENAL VIGENTE	26
CAPITULO SEGUNDO	30
TEORIA DEL DELITO DE COHECHO	32
1. CONCEPTO DEL DELITO DE COHECHO	32
2. LA CONDUCTAS Y AUSENCIA	35
3. CLASES DEL DELITO DE COHECHO	40

A. COHECHO PASIVO	41
B. COHECHO ACTIVO	46
4. CLASIFICACION DEL DELITO DE COHECHO EN ORDEN A LA CONDUCTA	48
A. DELITO DE ACCION U OMISION	48
B. DELITO UNISUBSISTENTE O PLURISUBSISTENTE	50
5. CLASIFICACION DEL DELITO DE COHECHO EN ORDEN AL RESULTADO	52
A. DELITO INSTANTANEO, CONTINUADO O PERMANENTE	52
6. LA TIPICIDAD	54
A. ELEMENTOS DEL TIPO	58
B. OBJETO MATERIA	58
C. SUJETO ACTIVO	59
D. SUJETO PASIVO	62
E. BIEN JURIDICO TUTELADO	62
7. LA ATIPICIDAD	63
8. LA ANTIJURICIDAD	65
9. CAUSAS DE JUSTIFICACION	69
10. LA CULPABILIDAD	78
11. LA PUNIBILIDAD	81

CAPITULO TERCERO

FORMAS DE APARICION DEL DELITO DE COHECHO	85
1. LA INTER-CRIMINIS	86
A. FASE INTERNA	86
B. FASE EXTERNA	87
2. LA PARTICIPACION	88
3. CONCURSO DE DELITOS	91

CAPITULO CUARTO

EL DELITO DE COHECHO Y LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE SERVIDORES PUBLICOS	92
1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	93
2. LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DEL DISTRITO FEDERAL Y EN LOS ALTOS FUNCIONARIOS DE LOS ESTADOS DE 1940 y 1980	96
3. EL DELITO DE COHECHO Y LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS DE 1982	108
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFIA	121
LEGISLACION	123

INTRODUCCION.

Realmente hay mucho que decir, respecto a la corrupción que prevalece en México, en cuanto al desempeño de las funciones de los servidores públicos; ya que en los tiempos que estamos viviendo se presentaron situaciones jurídicas muy difíciles y un futuro incierto. El presente trabajo, aunque en forma modesta, muestra una de las formas en que los servidores públicos se valen para cometer diversos delitos, en muchos de los casos "él servidor público" por adolecer de madurez profesional y otros casos por la falta de vocación y notoria apatía para el desempeño de sus actividades.

Al respecto, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua señala "cohecho deriva del latín coactare" forzar, obligar, soborno o corrupción con dádivas, de juez o funcionarios públicos, para que contra justicia o derecho, haga o deje de hacer lo que se le pide.

Por lo anteriormente expuesto, nos podemos dar cuenta que México necesita de los mejores hombres para ocupar cargos tan importantes como lo son la de los servidores públicos, ya que si éstos cumplen cabal y fielmente con la ley y además con un alto sentido de responsabilidad, entonces tendremos un país fuerte y progresista por lo cual pugnamos aquí, para un marco jurídico de tranquilidad y paz social.

No deja de preocuparme, la insensante práctica impune de la rapiña o el saqueo de los caudales públicos, el enriquecimiento ilícito, el derroche, la ineficiencia, las cuentas bancarias de altos y medianos funcionarios en el exterior; en una palabra la corrupción en todos sus ámbitos constituyen el marco por el que nos asomemos al siglo XXI que tal hecho no ocurra así, dependerá de las alternativas a las que tendrá que acudir la sociedad en general y el propio aparato gubernamental para someter a controlar la venalidad e inmoralidad, en las diversas áreas del sector público y privado.

En las páginas siguientes he tratado de realizar un estudio descriptivo del delito de cohecho al que como cualquier delito, lo considero un problema más para nuestra sociedad, no sólo de ética sino de cultura y de verdadero nacionalismo.

Sin pretender agotar la materia de este trabajo, a grandes rasgos, el origen de este delito dentro del Derecho Romano y su evolución sobre todo en el Derecho Español, por ser éstas las legislaciones que mayor influencia ha ejercido sobre la nuestra, por lo que en el primer capítulo realizo un estudio de los antecedentes más remotos y su reglamentación en México actualmente. En el segundo capítulo se analizará el delito a estudio desde un punto de vista jurídico. Y en el capítulo tercero, las formas de aparición en nuestro sistema jurídico penal. Y, por último analizo el delito de cohecho con respecto de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Público, así como su regularización jurídica

en esta Ley y en el Código Penal Vigente para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE COHECHO.

1. EN ROMA.
2. EN LA EDAD MEDIA.
3. EN ESPAÑA.
4. EN MEXICO.
 - A) CODIGO DE 1871.
 - B) CODIGO DE 1929.
 - C) CODIGO DE 1931.
 - D) PROYECTO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1949.
 - E) PROYECTO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1958.
 - F) PROYECTO DEL CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA DE 1963.

G) LA REFORMA DE 1982 A LA FIGURA DEL
COHECHO EN EL CODIGO PENAL VIGENTE.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE COHECHO.

Desde los pueblos de la antigüedad hasta nuestros días pero sobre todo, a partir del momento en que surge el aparato gubernamental con sus diferentes formas de denominación y sometimiento, aparecen también inevitablemente, las condiciones para que ciertos funcionarios motivados por la ambición y codicia, sucumban a la tentación del dinero, enriqueciendo en el desempeño de los cargos públicos, a través de los más variados comportamientos como podría ser el desvío de los fondos públicos para uso privado como la extorsión muy común y por supuesto el cohecho, entre otras conductas inmorales que en todo tiempo, contribuyen casi siempre a exacerbar el malestar social y el desprestigio de las instituciones públicas.

Sin embargo, estoy seguro que dentro de dichos comportamientos, el cohecho como cualquier delito de corrupción no sólo ofenden al orden jurídico sino que inquietan profundamente por los daños que ocasionan a la misma sociedad, pues creo que erosionan las bases que le dan fuerza y cohesión, produciendo la impotencia y el desaliento de los ciudadanos, de este delito de cohecho el maestro Carrará, tal vez con mayor propiedad expresa que la esencia del mismo "se encuentra en la0 corrupción moral del Magistrado y cualquier abuso que haga un oficial de la autoridad que le fue conferida es un delito en extremo indigno y de grave daño político..."¹

¹ Bunster Alvaro, Barragán José, y Otros. Las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Edit. M. Porrúa, México, 1984

De ahí la preocupación e interés por su estudio y análisis.

1.- EN ROMA.

Es el antecedente más remoto del delito de cohecho, se encuentra en la legislación romana, con la denominación de "CRIMEN REPETUNDARUM", el cual tuvo su origen según en la que "la acción acordada para obtener la repetición de los que ilegalmente hubiesen hecho pagar o sencillamente de lo percibido por cierta categoría de funcionarios romanos que deberían desempeñar sus funciones de honorem, condición propia de todo cargo al que no correspondiera trabajo puramente manual"². La inmoralidad de algunos funcionarios, particularmente aquellos que gobernaban en lugares alejados y sobre todo la dificultad de probar un acto concreto de corrupción, originó que por una acción genérica dirigida contra el enriquecimiento, se pudiera decir, lo que el funcionario había recibido por la venta de un acto de autoridad que debería ser realizado gratuitamente, como también lo que hubiere logrado por vía de la extorsión.

A este respecto el investigador y estudioso del Derecho Romano nos dice "que la noble costumbre antigua de los funcionarios que prestaban sus servicios gratuitamente, fue decayendo poco a poco, por lo que se dictaron algunas leyes principalmente en los últimos siglos del período de la República, con el objeto de impedir que alguien se enriqueciera escandalosamente con la abogacía o con la magistratura".³ Por otro lado ya en el curso del siglo VI A.C.; se incorporaron a la Confederación de Ciudades Itálicas, los territorios de ultramar dependientes de

² Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo I, Edit. Tea, Buenos Aires 1956.

³ Mommsen T. Derecho Penal Romano, Tomo II, Biblio. Juris. Filos. Hist. Madrid. España.

Roma, se advirtieron los abusos que cometían los Intendentes o Jefes de esos territorios o provincias, el primero hecho de esta clase fue el que tuvo lugar con la ocasión de las quejas formuladas entre el Senado contra una porción de Presidentes de Provincia que habían cometido extorsiones y exacciones en dos provincias hispanas, para conocer de estos hechos se nombraron, en virtud de una orden del Senado y con arreglo a las normas vigentes para el procedimiento privado, Tribunales de Recuperadores, compuestos cada uno de ellos de cinco jurados del Orden Senatorial dejando al albitrio del pretor a quien se confiara la dirección del asunto el nombramiento libre de estos jurados, según acontecía en casos semejantes, para cada uno de estos jurados uno de los funcionarios acusados se nombró un tribunal de los mencionados al que se confió el conocimiento de todas las quejas; sin embargo, el procedimiento privado surgió más tarde en el año 149 A.C., una Comisión Permanente de Jurados presidida por un pretor, creada por un plebiscito, de conformidad de una excitación del Senado, al tributo del pueblo, Calpurnio Pison y cuyo objeto era ir contra la aceptación de dinero por parte de los Magistrados, a esta Ley que seguramente era la Calpurnia, siguieron otras como la Junia, de la que sólo se conoce el nombre, la Acilia de la que se conservan algunos fragmentos que la componen, y que fue propuesta por el tribuno M. Acilius Glabrio, para reprimir las conclusiones.

Por otra parte, en el año 81 A.C., cuando Cornelio Sila promulgó la Ley Repetundarum, castigando el crimen repetundarum con una sanción igual al valor de las cosas extorsionadas, con las penas accesorias de remoción del Senador culpable e ilegitimidad para nuevos cargos casi para finalizar el periodo de la

República, Julio César promulga en el año 59 A.C. ; la Ley Julia Repetundarum que siguió vigente en los tiempos del Imperio, esta Ley como sus predecesoras otorgaban la acción de repetere o de repetundia, contra los funcionarios que en su favor había percibido de los Gobernadores exacciones abusivas.

Finalmente, considero que todas estas leyes repetundarum, promulgadas para evitar los abusos de los magistrados, demuestran en cierta forma la preocupación e inconformidad, que debió haber causado en algunos segmentos importantes de la sociedad romana de aquella época, la conducta deshonesta de sus gobernantes.

2.- EDAD MEDIA

Este largo período, -- inicia con la caída o desaparición del Imperio Romano de Occidente en el año 476 D.C., y termina en el año 1453 D.C., cuando los turcos se apoderan de Bizancio, capital del Imperio de Oriente.

Durante esta etapa, continuó la obra de Justiniano, quien con el auxilio de sus colaboradores, hereda a la cultura universal y su potentosa labor legislativa, de la que destaca el Digesto o Pandectas, encargado en el año 530 .C., a una comisión encabezada por Triborniano, para copilar las decisiones y opiniones de aquellos nobles jurisconsultos del período de la república y del imperio, cuyas determinaciones eran obligatorias para los jueces por tener el "IUS PUBLICE RESPONDI", las respuestas de los prudentes, además de esto consideramos que

de esta obra, las instituciones el nuevo Código y las novelas, junto con las leyes redactadas por los bárbaros para ser aplicadas a sus súbditos romanos, debieron regular el comportamiento de aquellos pueblos.

Integrado por cincuenta libros, el Digesto o Pandectas trataba sobre el delito de cohecho, en la ley primer, título once libro XLVIII. refiriéndose a la ley *Julia Repetundarum*, citada ya anteriormente.

Por otro lado dentro de este período, encontramos en el antiguo Derecho Español, al *Fuero Juzgo*, que es una compilación de leyes visigodas, que se pusieron de moda en el siglo VII y estuvieron vigentes durante todo el medioevo, la ley quinta título IV, libro séptimo de dicha obra, hace alusión al cohecho aunque de manera imprecisa al “castigar el delito de prevaricación, imponiéndole al Juez una sanción, una multa de siete duplos en beneficio del perjudicado, quedando incapacitado siete duplos en beneficio del perjudicado, quedando incapacitado perpetuamente para desempeñar el cargo e infamado a la vez”⁴

Conviene también señalar dentro de este breve bosquejo histórico sobre el cohecho, tenemos las siete partidas, que fueron redactas, entre los años 1256 y 1265, por varios jurisconsultos anónimos, bajo la supervisión del propio Alfonso X. La intención de éste al efectuar la compilación parece ser que era la de redactar una legislación, que armonizara las nuevas influencias canónica romanista, con el derecho castellano, desterrando así, el desorden y la confusión que reinaba en los tribunales.

⁴ Pacheco Joaquín F. Código Penal Concordado y Comentado. p. 390.

La partida III, que trataba "De la justicia y del modo de administrarle orden a un juicio "consideraba en varias de sus leyes, pero sobre todo; en la 24 y 25, la materia o delito de cohecho. En la ley 24, título II, se contempla la conducta indebida del juzgador, que virtualmente resolvía favorablemente algún asunto de carácter civil, por los bienes o promesas que aceptaba de alguna de las partes que le sobornaba, la sanción consistía en el pago del triple de lo recibido prometido y al cohechador, la pérdida del juicio.

Por su parte la ley 25, del mismo Título y Partida, reprimían con mayor severidad al cohecho, cuando éste se cometía dentro de un juicio criminal, castigando al juez, con la degradación y el destierro y la confiscación de sus bienes en favor del tesoro del Rey" ⁵ . Las Siete Partidas no se sancionaron como ley común obligatoria, sino hasta que en 1348, fueron promulgadas primero por Alfonso XI y posteriormente por Juan II.

⁵

Idem. p. 492

3.- EN ESPAÑA

En 1567, por mandato del Rey Felipe II, se llevó a cabo una recopilación oficial de las leyes españolas, siglos después, se reunieron, revisaron, corrigieron y ordenaron, cuantas disposiciones de carácter legal no habían caído en desuso y estaban incluidas en la Recopilación, de esta manera, se procedió a promulgarlas como ley del Reino el 15 de julio de 1805, con el nombre de Novísima Recopilación; en ésta, encontramos reglamentado el delito de cohecho en varias de sus leyes.

La Ley 14, título 30, Libro IV de la Novísima Recopilación, prohibida que los alguaciles, escribanos y porteros; recibir dinero o alhajas, agasajos, tanto en los juicios civiles como en los criminales, la Ley 9, título I, Libro II, del ordenamiento citado, también prohibía a los jueces recibir dones o regalos de cualquier naturaleza, para no manchar la recta administración de justicia. En tanto que la ley 6o. Título 38, Libro XII, impedía a los carceleros, recibir dádivas, joyas o viandas de las personas detenidas en las prisiones.

Por otro lado en la ley 7o título I, Libro XI, se estableció que es muy fea la codicia mayormente en aquellos que gobiernan la cosa pública, por ende mandamos y ordenamos, que los alcaldes, corregidores y jueces, no sean tan osados de tomar, ni tomen en público ni en escondido por sino para otros, donde alguno de ninguna persona de cualquier estado o condición, que sean de los que ante ellos hubieren de venir a pleito.

En general, las penas que se aplicaban a aquellos funcionarios corruptos deshonestos, variaban e iban desde la multa hasta la prisión, pasando por la suspensión en el cargo y la confiscación de sus bienes.

Ahora bien, dentro de la modernidad de la legislación penal española, encontramos regulado al cohecho desde el Código Penal de 1822, el cual consagraba varios artículos a la corrupción de los jueces y funcionarios públicos, del 453 al 457 hasta el Código Penal vigente de 1944 que trata según Cuello Calón, la materia de cohecho, en forma muy semejante a los Códigos de 1850, 1870, 1928 y 1932, en el libro segundo, dentro del título dedicado a los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones o cargos, al comparar los preceptos que regulan esta figura jurídica, en los diferentes Códigos Penales ya señalados, advertimos que pueden distinguirse tres géneros de cohecho, con características más o menos propias.

Primero, el que ejecuta algún empleado público por dádiva o promesas cometiendo cualquier delito de los que el Código Penal señala y que como empleado puede realizar o llevar a cabo (Artículo 454 del Código Penal de 1822), párrafo primero del Artículo 314 del Código Penal de 1870; del Código Penal de 1932, y el Artículo 385 del Código Penal de 1944. Segundo, el que se comete cuando el empleado público, por dádiva o promesa, ejecuta u omite un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, que no sea delito (Artículo 456 del Código Penal de 1822, párrafo 2o. del artículo 314 del Código Penal de 1848, Artículo 397 del Código Penal de 1870, Artículo 391 del Código Penal de 1932, artículo 386 del Código Penal de 1944). Tercero, en fin, el cohecho que comete el empleado

público, por admitir regalos que le fueron presentados en razón de su oficio, (Artículo 314 del Código Penal e 1848, Artículo 401 del Código Penal de 1870, Artículo 395 del Código Penal de 1932, Artículo 390 del Código Penal de 1944) ⁶

La penalidad establecida para castigar este delito, ha sido; la prisión, la inhabilitación absoluta para ocupar otro cargo público, la inhabilitación temporal, la multa hasta por el triple de lo obtenido y la represión pública, como se observa en toda esta legislación penal Española, con sus principios y doctrina va a influenciar en forma decisiva al derecho penal mexicano.

4.- EN MEXICO.

Antonio de Medina y Ormachea, señala que "el independizarse México de España, al influjo de una política que tenía por base la unidad de acción, se siguieron observando las que como buenas les impuso el conquistador; Las leyes de los Fueros, las Partidas, las de Las Indias, las Recopilaciones y aún los Decretos de las Cortes Españolas, a la sombra de una costumbre no contrariada por el legislador, sirviendo de normas a los tribunales, en materia de estudio a los letrados y de obra de aprendizaje en las aulas".

No obstante a los pocos años de que el país había logrado su independencia política, en el estado de México se hizo el intento, por tener un Código Punitivo. En el periódico "El Conservador", de fecha 22 de junio de 1831,

⁶ Cuello Calón E. Derecho Penal Español, Tomo I, Edit. adaptada al Código Penal 1832. Editorial Bosch, Barcelona 1971. p.p. 360-365; 382-388.

se dió a conocer el "Bosquejo o plan general de Código Penal para el Estado de México", sin haber llegado a prosperar ⁷ .

En cuanto al Distrito Federal, una vez derrotada la invasión extranjera y restaurada la República, el Ejecutivo de la Unión, Lic. Benito Juárez, por conducto del Ministerio de Justicia, con fecha 28 de septiembre de 1868, encargó a una comisión formada por el Lic. Antonio Martínez de Castro como presidente a Indalesio Sánchez Gavito, como secretario y como miembro de la misma, a Luis Manuel Zamacona, José Ma. Lafragua y Eulalio Ma. Ortega, para que formularan un proyecto del Código Penal. Dos años, cinco meses empleó la comisión en formular dicho proyecto, esto es hasta el 7 de diciembre de 1871, en que se promulgó con el título de Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, sobre Delitos de Fuero Común y para toda la República sobre Delitos del Fuero Federal ⁸ .

A. CODIGO PENAL DE 1871.

El Código Penal de 1871, regulaba el delito de cohecho en el capítulo IV, Título Noveno, Artículo 1014 al 1025. En el Artículo 1014, establecía los supuestos necesarios que configuraban este delito, de manera que de acuerdo con este numeral incurría en el delito de cohecho toda persona encargada de un servicio público, fuese o no funcionario, que aceptara ofrecimientos, promesas,

⁷ Medina Ormachea A. Código Penal Mexicano, sus Motivos y Concordancias, y Leyes Complementarias. Impreso Gobierno del Palacio. México 1980. p.111.

recibiera dones, regalos o cualquier remuneración por ejecutar un acto justo por sus funciones. El artículo 1015 castigaba al cohechado por ejecutar un acto justo o dejar de hacer otro justo con una penalidad más severa de uno a tres años de prisión, en caso de verificarse el acto o la omisión; además, se destituía al sujeto culpable de su empleo o cargo y se le inhabilitaba perpetuamente para obtener otro.

El Artículo 1016 prescribía además de las penas aplicables por el delito de cohecho, si el acto injusto estaba tipificado como delito, se aplicarían las penas de éste por lo que toca al Artículo 1018 se señalaba como agravante del delito; que el cohechado fuese juez, jurado, asesor, árbitro o perito, lo mismo que si el cohechado se ejecutaba a instancia del cohechado. Otro Artículo, el 1022 establecía las penas a las que se hacía acreedor el corruptor, señalando que por regla general serían las mismas que para el cohechado, con excepción de las de suspensión de empleo y de inhabilitación⁹. Es de hacer notar, que al confirmar el articulado anterior, sobre el delito de cohecho en el Código Penal de 1871, con los códigos penales Españoles que le presidieron se hace palpable la influencia de estos últimos sobre el primero.

B. CODIGO PENAL DE 1929.

⁸ Idem. p. V.

⁹ Idem. p.p. 677-682.

El Código Penal de 1871, fue abrogado por el de 1929, este último tuvo una breve vigencia, obstáculos de orden constitucional y errores de carácter técnico impidieron que realizará los postulados en la escuela positiva. Su estructura es muy similar a la del Código Penal que le antecedió, del que casi textualmente reproduce su articulado sobre el delito de cohecho. El Código Penal de 1829, en el Artículo 589, modifica la parte relativa a las sanciones que se imponen al corruptor al expresar: "al cohechador, en los casos que hablan los artículos que preceden no se aplicará sanción alguna, salvo cuando no admita y denuncie el delito; entonces se aplicará al primer la sanción a que correspondería al cohechado"¹⁰.

C. CODIGO PENAL DE 1931.

El Código Penal vigente, fue promulgado por el presidente Pascual Ortiz Rubio, el 13 de agosto de 1931, y publicado en el Diario Oficial el 14 del mismo mes y año. Este Ordenamiento no se ciñe a ninguna de las llamadas escuelas penales, sino a que mantiene una postura ecléctica y pragmática; está formado por dos libros con un total de 400 bis artículos y 3 transitorios, que al paso del tiempo, ha sido objeto de múltiples reformas, para adecuarlas a la realidad cambiante.

¹⁰ Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929, p. 139.

El delito de cohecho, se encontraba reglamentado en los Artículos 217 y 218, capítulo IV, del título 10o, que trata sobre los delitos cometidos por funcionarios públicos.

La redacción original de dichos artículos es la siguiente:

Artículo 217.- Comete el delito de cohecho:

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

II.- El que directamente o indirectamente de u ofrezca dádivas a las personas encargadas de un servicio público sea o no funcionario para que haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones

Artículo 218.- El delito de cohecho se castigará con tres meses a cinco años de prisión y multa hasta de dos mil pesos.

Esta redacción original, fue modificada posteriormente, por el decreto de 31 de diciembre de 1954, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1955, cuyos comentarios dejo para más adelante.

Comparando la redacción original sobre el delito de cohecho tiene el Código Penal de 1931, con el de 1871, lo primero que se advierte es la brevedad con que el artículo 217, en la fracción I regulaba al cohecho en sus diversas especies; mientras que el Código Penal de 1871, lo hacía en varios de sus numerales; del 1014 al 1018. Ahora bien, con relación a los sujetos responsables del delito de cohecho, ambos códigos, se referían como tal, a la persona encargada de un

servicio público fuese o no el carácter de autoridad. En cuanto a la punibilidad, observamos que ésta es más severa en el Código Penal de 1931, que en el año de 1871, pues se castigaba hasta por 5 años de prisión, al empleado público corrupto; sin embargo, no se señala como parte de la sanción la inhabilitación perpetua que sí contempla el Código de 1871.

D. PROYECTO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1949.

En el año de 1948, el Gobierno integró una comisión redactora, con Luis Garrido como presidente, Celestino Porte Petit, Francisco Argüelles y por algún tiempo, también como miembro de la misma, Raúl Carrancá y Trujillo; concluidos los trabajos, la comisión presentó el anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, publicándose en el año de 1949.

En este anteproyecto del Código Penal, el delito de cohecho quedaba regulado dentro del título décimo primero, capítulo IV, artículos del 201 al 206, cuya redacción es del tenor siguiente:

Artículo 204.- Comete el delito de cohecho:

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

II.- El artículo 205 establece: Se aplicarán al cohechado las penas de tres mes a cinco años de prisión, multa hasta de diez mil pesos, suspensión de empleo hasta un año e inhabilitación hasta de diez años o definitivamente a juicio del juez.

Advertimos que el artículo 204, del proyecto del Código Penal de 1949, es muy similar al artículo 217 del Código Penal vigente, se suprime solamente e las dos fracciones de dicho artículo el término "indirectamente", sin afectar para nada el contenido y extensión del tipo. Por cuanto a la sanción, lo novedoso en el proyecto de Código, es la suspensión e inhabilitación del empleado público corrupto. Por lo que se refiere al cohechador, el artículo 206 del proyecto del Código Penal, señalaba que se le aplicaría las mismas sanciones de prisión y de multa que para el cohechado¹¹ .

E. PROYECTO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1958.

En el anteproyecto de 1858, para el Distrito y Territorios Federales en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, fue elaborado por una comisión redactora integrada por Ricardo Franco Guzmán, Celestino Porte Petit, Francisco H. Pavón Vasconcelos y Manuel del Río Govea, creada expresamente por la Procuraduría General de la República.

¹¹ Anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal de 1949, Edit. Secretaría de Gobernación, México, D.F. 1949.

El proyecto del Código Penal de 1958, consta de 291 artículos de los cuales 98 corresponden a la parte general y el resto a la parte especial. El delito de cohecho se encuentra dentro de esta última, en el título VII; que trata de los delitos contra de la administración pública, cometidos por funcionarios y empleados, capítulo VI, Artículo 167, mismo que establece una pena de tres meses a cinco años de prisión y multa de cien a dos mil pesos.

I.- A la persona encargada de un servicio público centralizado o descentralizado, o al funcionario de una empresa en que como accionista o asociado participe el estado, que por sí o por interpósita solicite o reciba dinero o cualquier otra dádiva o acepte una promesa para hacer o para dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones; y

II.- Al que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que éste haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones ¹².

Por principio de cuentas, conviene señalar que la redacción del proyecto del Código Penal de 1958, es similar a la redacción que para aquella época, tenía el Artículo 217 del Código Penal vigente de 1931, pues, por la Reforma Legislativa del 31 de diciembre de 1954, aparecida en el Diario Oficial el 5 de enero de 1955, el texto original de dicho artículo, fu modificado en los mismos términos en que líneas arriba ha sido transcrito; es decir, que el ante proyecto no es sino una copia

¹² Anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, revista Criminalia, 1958. p. 649.

del texto vigente del Artículo 217, suprimiendo solamente el término "indebidamente"¹³.

Por otra parte, debido a la reforma que se hizo del mencionado Artículo, se agregaban como sujetos activos posibles de cometer el delito de cohecho, además de las personas encargadas de un servicio público descentralizado, las encargadas de servicios públicos centralizados, y a los funcionarios de empresas en las que el estado participara, como accionistas o asociados.

Consideramos que por el crecimiento de la administración pública y sobre todo de su sector paraestatal, es decir, que los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, la reforma se imponía como necesaria, para tratar de contener, los abusos en que incurriesen los responsables de dichas áreas de la administración pública, sin embargo, en ella no se hizo mención para nada sobre la suspensión despido o inhabilitación, como sanción para el funcionario corrupto.

El ante proyecto de 1958, no agregaba nada nuevo al vigente Artículo 217 de aquél momento y como tal así quedó.

¹³ González de la Vega F. Código Penal Comentado, Edit. Porrúa, 1976, p. 299.

F. PROYECTO DEL CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA DE 1963.

Por recomendaciones del II Congreso Nacional de Procuradores, se determinó integrar una comisión que elaborara un Código Penal uniforme para toda la República, con el objeto de darle unidad a la Legislación Penal.

La Comisión estuvo integrada por Celestino Porte Petit, Luis Fernández Doblado, Olga Islas de González, Luis Porte Petit, Moreno, Luis Garrido como asesor de la misma; Fernando Román Lugo como presidente.

El proyecto contiene 365 Artículos. La parte general comprende un total de 108 artículos contenidos en 8 títulos, la parte especial comprende del artículo 109 al 135, distribuidos en 5 secciones.¹⁴

En opinión de Celestino Porte Petit, el proyecto del Código Penal Tipo es muy superior a todos los anteriores proyectos que se han elaborado.

El delito de cohecho, se encuentra en el título III, que comprende los delitos contra la administración pública y ultrajes a la autoridad y a las insignias nacionales.

El capítulo I, se refiere exclusivamente al delito de cohecho, lo trata en el artículo 135, que establece:

Se impondrá de tres meses a cinco años de prisión y multa de 100 a 3 mil pesos:

¹⁴ Porte Petit C. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Edit. Regina, México, 1973. p. 77.

I. Al funcionario o empleado público, o al funcionario o empleado de un organismo o empresa descentralizada que por sí o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente dinero o cualquiera otra dádiva o acepte una promesa para hacer u omitir algo justo o injusto relacionado con sus funciones; y

II. Al que dé u ofrezca dádiva a la persona que se refiere la fracción anterior, para que haya u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.¹⁵

Revisando la redacción original del Código Penal de 1931 con el texto vigente a partir de 1955, así como el proyecto de Código Penal Tipo de 1963, en relación a la figura del cohecho, se advierte una mejor técnica en este último a precisar a los sujetos activos de delito. Por otro lado, suponemos que el anteproyecto del Código, hace referencia a un funcionario o empleado bajo cuya autoridad se encuentra la prestación de un servicio público.

No es el caso aquí desde luego, señalar la diferencia doctrinal entre el funcionario público y el empleado público, cuestión que dejaremos para más adelante; empero, es pertinente cuando menos, señalar que el funcionario es aquella autoridad con funciones decisorias, de acuerdo con una designación especial y legal que se hace en su persona siendo titular de algún órgano del Estado en cualquiera de sus ámbitos: Federal, Estatal o Municipal; en tanto que el empleado público, es un trabajador que realiza un servicio o actividad material o

¹⁵ Proyecto del Código Penal de 1963, Revista Mexicana de Derecho Penal. Número 33 p. 55, 1964. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

intelectual por un nombramiento y que no tiene las facultades ejecutivas del anterior ni representa a un órgano del Estado frente a los particulares.

G. LA REFORMA DE 1982 A LA FIGURA DEL COHECHO EN EL CODIGO PENAL VIGENTE.

El texto original de 1931, sobre la figura del cohecho fue modificado como ya se señaló anteriormente, por la reforma legislativa que se hizo al artículo 217 del Código Penal, en el mes de diciembre de 1954, dentro de las múltiples razones que pudieron motivar dicha reforma, se encuentra sin duda, el crecimiento de la administración pública centralizada y descentralizada, provocando como consecuencia, un incremento de los funcionarios y empleados públicos, pues bien, creemos que debido a la presión popular, al clamor ya generalizado de la población en contra de la corrupción; de la deshonestidad de muchos funcionarios por su evidente enriquecimiento, cuyas fortunas o caudales eran de dudosa procedencia; el ejecutivo, recién asumió el cargo envió al Congreso de la Unión una iniciativa de ley modificando el título X del Código Penal vigente, con el nombre de "Delitos Cometidos por Servidores Públicos", con un total de 13 capítulos, el anterior título X previo a la reforma, apenas si contenía cinco capítulos.

En el capítulo I, para los efectos del título mencionado, se define al servidor público, así como el área con ámbito en donde éste puede desempeñar su empleo, cargo o comisión y por lo tanto cuando incurre en el delito de cohecho.

Cada capítulo de este título, corresponde a una figura delictiva en que puede caer el servidor público, pero además, se tipifican nuevos delitos que el Título X anterior no contemplaba como son: uso indebido de atribuciones y facultades, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

El delito de cohecho, aparece regulado dentro del capítulo X, Artículo 222, con la redacción siguiente:

Cometen el delito de cohecho:

I.- El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente para sí o para otro dinero o cualquiera otra dádiva, o acepte una promesa para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones y

II.- El que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquiera otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.

Lo verdaderamente interesante de la reforma a la figura del cohecho, es la relativa a las sanciones que se aplican a los que cometen este delito y que se encuentran en los tres últimos párrafos del Artículo 222, de los que hacemos a continuación su transcripción:

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva o promesa no exceda del equivalente de 500 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de 3 meses a

2 años de prisión, multa de 30 a 300 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de 3 meses a 2 años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión público.

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, promesas o prestación exceda de 500 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito se impondrán de 2 a 14 años de prisión, multa de 300 a 500 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito y la destitución e inhabilitación de 2 a 14 años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

En ningún caso se devolverá a los responsables del delito de cohecho, el dinero o dádivas entregadas; las mismas se aplicará en beneficio del Estado¹⁶.

Llama la atención, el cambio tan radical con que se sanciona al culpable de dicho delito; como puede advertirse, las sanciones se hacen más severas, se aumenta la pena de prisión siguiendo un criterio cuantitativo e su aplicación, que tomo como base el salario mínimo vigente en el Distrito Federal; además, en forma desde luego plausible, se establece el despido e inhabilitación del funcionario corrupto.

Desde luego no deja de ser evidente la decisión del ejecutivo, por cuanto que es el creador de la iniciativa de la ley aprobada por el Congreso, de impedir a toda cosa la deshonestidad de los funcionarios y empleados del estado, en cualquiera de los niveles en donde ésta aparezca; no obstante, consideramos que con todo y ser encomiable cualquier intento por combatir la corrupción o es el

instrumento legal por sí solo, el que puede poner a todos los atropellos de los funcionarios corruptos.

Luego entonces, considero que paralela o simultáneamente a los preceptos jurídicos penales, otras medidas; de cuyo análisis nos ocuparemos en el siguiente capítulo deberán ponerse en juego para controlar la conducta e aquellos a que desvirtúan y corrompen la función pública.

¹⁶

Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Porrúa. México 1991. p.p. 77-78.

CAPITULO SEGUNDO

ANALISIS DOCTRINAL DEL DELITO DE COHECHO

- I. CONCEPTO DEL DELITO DE COHECHO**

- 2. LA CONDUCTA Y AUSENCIA**

- 3. CLASES DEL DELITO DE COHECHO**
 - A. COHECHO PASIVO**
 - B. COHECHO ACTIVO**

- 4. CLASIFICACION DEL DELITO DE COHECHO EN ORDEN**
 - A LA CONDUCTA**
 - A. DELITO DE ACCION U OMISION**
 - B. DELITO UNISUBSISTENTE O PLURISUBSISTENTE**

- 5. CLASIFICACION DE DELITO DE COHECHO EN ORDEN**
 - AL RESULTADO**
 - A. DELITO INSTANTANEO, CONTINUADO O PERMANENTE**

6. LA TIPICIDAD
 - A. ELEMENTOS DEL TIPO
 - B. OBJETO MATERIAL
 - C. SUJETO ACTIVO
 - D. SUJETO PASIVO
 - E. BIEN JURIDICO TUTELADO

7. LA ATIPICIDAD

8. LA ANTIJURICIDAD

9. CAUSAS DE JUSTIFICACION

10. LA CULPABILIDAD

11. LA PUNIBILIDAD

CAPITULO SEGUNDO

ANALISIS DOCTRINAL DEL DELITO DE COHECHO

1. CONCEPTO DEL DELITO DE COHECHO

En cada legislación, encontramos instituciones y figuras jurídicas que se regulan de acuerdo a los valores e interés, que el legislador considera en un momento dado aplicables en las relaciones sociales. Pero además, los tratadistas, en una incesante búsqueda por llegar a la verdad, plasman en sus obras, las ideas que tiene sobre una buena parte de los delitos que integran sus legislaciones penales. Por lo mismo, resultaría vano y presuntuoso proponer una definición de cohecho con validez general, que supera además, las ya conocidas en todo caso, preferimos remitirnos a algunos de los conceptos que sobre el delito de cohecho, han sido propuestos por los especialistas y recogidos por la doctrina.

En el derecho Mexicano autores como González de la Vega, al que hemos citado dentro de estas mismas páginas nos dice que el cohecho: "es un delito activo o pasivo de corrupción de funcionarios, empleados o comisionados públicos, consistente en la generalidad o tráfico de sus funciones"¹⁷. En el derecho Italiano Francisco Carrará, define al cohecho como "la venta realizada

¹⁷ González de la Vega. ob. cit. p. 297.

entre un particular y un funcionario publico, de un acto perteneciente al cargo de éste, que por regla general debe ser gratuito" ¹⁸

Giuseppe Maggiore, por su parte conceptúa al cohecho como "la aceptación hecha por una funcionario público o por la persona encargada de un servicio público, para así o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo"¹⁹ .

En el Derecho Argentino, Sebastián Soler, expresa; La corrupción, que es nuestro cohecho, consiste en pactar la venta de un acto de Autoridad que debía ser gratuitamente cumplido²⁰ .

Por otra parte, desde el punto de vista legal, el artículo 222 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, conceptualiza el delito de cohecho de la siguiente manera:

Comete el delito de cohecho:

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

II.- El que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior,

¹⁸ Carrará, F. ob. cit. p. 95.

¹⁹ Maggiore G. Derecho Penal, Parte Especial, Vol. III, Edit. Temis Bogotá, 1972, p. 189.

²⁰ Soler Sebastián. ob. cit. p. 176.

para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.

2. LA CONDUCTA Y AUSENCIA

A diferencia de los animales, los seres humanos contamos con la posibilidad de comportarnos en forma libre y conciente cuando ese comportamiento se realiza transgrediendo el orden jurídico, es entonces cuando tiene relevancia para el Derecho Penal produciéndose el delito como consecuencia de la infracción o una norma prohibitiva o preceptiva. Por lo tanto,, el delito, cualquiera que sea este, no puede surgir al mundo del Derecho, más que a través de una "CONDUCTA" o un "HECHO", según la descripción que la misma ley realiza.

Señala la Doctrina, que la conducta, elementos objetivo del delito, se manifiesta a través de una acción o de una actividad voluntaria, o bien a través de una omisión o inactividad igualmente voluntaria o no voluntaria (culpa). En el delito de cohecho la conducta del sujeto se presenta como actividad, como el hacer voluntario dirigido hacia la producción de un resultado típico y de acuerdo a las hipótesis planteadas en las dos fracciones del artículo 222 del Código Penal, la acción constitutiva del cohecho puede asumir distintas formas.

En la primera fracción, la acción consistirá en solicitar, recibir o aceptar, el servidor público, dinero o cualquier dádiva para hacer, algo justo o injusto relacionado con sus funciones.

Los elementos constitutivos de la acción, en el delito de cohecho, en esta primera fracción del artículo 222, de nuestra ley penal, son: La voluntad o el querer del servidor público, de realizar la acción. La actividad de "SOLICITAR,

RECIBIR, O ACEPTAR el dinero, la dádiva o las promesas respectivamente. El deber jurídico de abstenerse de realizar tal comportamiento de traficar con la función pública.

En la fracción II del artículo 222, la acción consistirá, en DAR u OFRECER dinero o cualquier dádiva, de manera ESPONTANEA al servidor público para que haga u omita un acto justo o injusto, relacionado con sus funciones; los elementos constitutivos de la acción, en la fracción II de dicho artículo considero que son: La voluntad de un particular e incluso de un funcionario, de pretender del servidor público, una determinada conducta lícita o ilícita, la actividad de DAR y OFRECER dinero o cualquier otra dádiva al servidor público, y por último, el deber jurídico de abstenerse de sobornar y corromper al servidor público.

Por lo que respecta a la Ausencia de la Conducta en el delito de cohecho, tenemos que comprender tanto el hacer como el no hacer, su ausencia, esto es, la falta de acción o de omisión impide en consecuencia que se forme la figura delictiva.

Remitiéndome a lo anteriormente señalado, referente a los elementos del delito, anotamos que la conducta es uno de los elementos esenciales para la formación del delito, ya que sin ella no se puede hablar de que existe delito alguno. Ahora bien, cuando en la comisión del hecho contrario al derecho encontramos anulado cualesquiera o todos los requisitos de la conducta a saber:

- a) Una manifestación de la voluntad
- b) un resultado y
- c) el nexo causal;

no tendrá relevancia jurídica el hecho, ni habrá delito, pues estaremos en la presencia de alguna de las formas del aspecto negativo de la conducta.

Siendo entonces la conducta el elemento primario, necesario para la existencia de todo delito, si se suprime necesariamente no hay delito, si la conducta no es "voluntaria en el sentido espontáneo y motivada, se supone ausencia del acto humano" ²¹

Así tenemos, que las diferentes formas de ausencia de conducta, según la opinión de algunos autores son las siguientes: LA VIS ABSOLUTA O FUERZA FISICA, LA VIS MAIOR (FUERZA MAYOR), MOVIMIENTOS REFLEJOS, EL SUEÑO Y EL SONAMBULISMO, SUGESTION E HIPNOSIS E INCONSCIENCIA.

Nos dice el maestro Fernando Castellanos, refiriéndose a las Vis Absoluta, que "la conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir la manifestación de la voluntad, con acierto dice Pacheco, que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente "no amedrentado, no cohibido, ni forzado de hecho" no comete el delito, es tan inocente como la espada de un asesino se valiera²².

Por otro lado, la Vis Absoluta como "los movimientos realizados bajo el influjo de una fuerza irresistible, esto es, movimientos corporales en los que una persona, a consecuencia de una fuerza exterior que sobre él se ejerce, actúa como instrumento, sin voluntad en manos de otro". Carrará nos dice "la fuerza que

²¹ Jiménez de Asúa L. Tratado de Derecho Penal.

²² Jiménez de Asúa L. Tratado de Derecho Penal.

constríne al hombre a obrar, puede ser física o moral. Física cuando obra sobre el cuerpo; moral cuando obra sobre el ánimo" ²³ , y agregar que "en el primer caso dicese que el hombre es violentado; en el segundo es coactado. El violentado no puede ser responsable frente a la Ley Penal. El no es agente sino actuado; la causa de la infracción no es él, sino la fuerza que se vale de su cuerpo como instrumento de una acción, en la cual él permanece meramente pasivo". ²⁴

Por último Villalobos determina Vis Absoluta, como la falta de conducta, y la menciona como excluyente por falta de conducta; al efecto nos dice: "el acto del quien es violentado no es exteriorización de voluntad"²⁵

La ausencia de conducta, sólo se puede presentar en el cohecho constriniendo físicamente al funcionario a recibir la dádiva o el dinero. Otra de las formas de la ausencia de la conducta ya anotadas es la VIS MAIOR (FUERZA MAYOR), apunta al respecto Castellanos Tena "La Vis Absoluta y la Vis Maior difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza es decir, es energía no humana".²⁶

Por nuestra parte entendemos que son los acontecimientos de la naturaleza, en los cuales desde luego el agente no tiene intervención, no son e su dominio ni los provoca ni los domina; le son ajenos.

En cuanto a los movimientos reflejos, estos puede ser actos instintivos y actos reflejos. Siendo acto instintivo un impulso natural, anterior a la reflexión, no

²³ Carrará Francisco. Programa de Derecho Penal. T. I. Edit. Temis. Bogotá. 1973. p. 278.

²⁴ Idem. p. 279.

²⁵ Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 4º. Edic. Edit. Porrúa. México 1984. p. 128.

hay en él conducta. Quien comete un delito por movimiento instintivo, no ha manifestado su voluntad; hay ausencia de conducta en la comisión del delito.

El acto reflejo es puramente fisiológico, interviniendo sólo un órgano; en cambio, en el instintivo se presenta un elemento psíquico; requiere la intervención de varios órganos.

Pensamos que ni el sobornante ni el sobornado podrían alegar que sometieron el delito de cohecho, por un acto instintivo o por causa de fuerza mayor. Por lo que hace a lo segundo nos dice Soler: "No habrá acción cuando por un acto reflejo se cause un daño, por lo que el acto reflejo se cierra sin participación de los centros nerviosos superiores".²⁷

Mezger nos dice: "En el acto reflejo falta de acción, porque hay un estímulo subcortical sin intervención de la conciencia, se pasa de un centro sensorio a un centro motor y se produce el movimiento".²⁸

Luego entonces no hay en los actos reflejos, conducta. Al cometerse el delito de cohecho, sería difícil pensar en la existencia de un acto reflejo. Y por último, para cerrar este tema, sólo nos resta tratar muy brevemente las demás formas de ausencia de la conducta, toda vez, que éstos no implican mayor importancia en nuestro delito a estudio, puesto que sería imposible aplicarlo como ausencia de conducta en la comisión de dicho ilícito; ya que es inadmisibles alegar a que debido al sueño, sonambulismo, hipnotismo, sugestión o inconsciencia, se ha solicitado, recibido o aceptado la dádiva o promesa.

²⁶ Castellanos Tena. ob. cit. p. 163.

²⁷ Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Edit. Tea. Buenos Aires 1956.

3.- CLASES DE DELITO DE COHECHO

La Doctrina Penal, ha considerado dos formas principales que asumen el delito de cohecho.

El Cohecho Pasivo, que es el delito que comete el funcionario que se deja corromper, para ejecutar un acto ya justo o injusto, relacionado con sus funciones; y el Cohecho Activo, delito realizado por el particular, que induce a la corrupción que soborna al funcionario o servidor público, para que realice u omita un acto justo o injusto, relacionado con las funciones propias de su cargo.

Tratadistas como Giuseppe Maggiore, critican esta distinción de corrupción pasiva y activa, o sea, al dejarse corromper y tratar de corromper, pues señala, tanto el funcionario público como el particular son ambos sujetos activos del delito, siendo inútil indagar, en cual de las partes está la iniciativa.²⁹

Entre nosotros, tal distinción, no deja de causar cierta confusión, esto es, cuando se trata del cohecho pasivo, resulta poco afortunada tal expresión, cuando es el servidor público, quien asume la iniciativa al "Solicitar" expresamente, el dinero o la dádiva. El cohecho en su forma pasiva, en nuestra legislación se ha venido regulando desde el Código Penal de 1871, no así el cohecho activo, que no fue conceptuado ni en el citado ordenamiento de 1871 ni el de 1929, solamente se

²⁸ Castellano Tena. Lineamientos. ob. cit. p. 165.

²⁹ Maggiore Giuseppe. Derecho Penal, Vol. I y III 4º. Edic. Bogotá 1972, p. 191.

estableció en los artículos 1022 y 590 respectivamente, que al corruptor por regla general se le aplicarían las mismas penas que al cohechador.

A. COHECHO PASIVO.

Hemos señalado en renglones anteriores, que el Código Penal vigente en el Distrito Federal, regula al cohecho pasivo, en la fracción I del artículo 222. Un simple análisis de esta fracción en cada uno de los elementos, nos conduce a: EL SERVIDOR PUBLICO. Cuando el precepto penal, utiliza la expresión Servidor Público, se refiere a una persona dotada de una calidad especial que viene siendo el sujeto activo del delito; pero además, en el artículo 212 del Código Penal, se le determina casuísticamente, considerándose como tal, a la persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la de Distrito Federal y en la paraestatal, en el Congreso de la Unión, en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, son también aplicables las disposiciones de este Título Décimo del Libro II en Materia Federal y en consecuencia considerados también servidores públicos, los gobernadores de los estados, los diputados locales y los magistrados de los tribunales de justicia locales.

“QUE POR SI O POR INTERPOSITA PERSONA”, entendemos que no es necesario, que el servidor público solicite personalmente el dinero, la dádiva o acepte la promesa, puede hacerlo una tercera persona intermediaria, que nuestro Código denomina interpósita persona, mas en este caso, es necesario que haya

intervenido como consintiendo la solicitud, o bien aceptando la dádiva u ofrecimiento hechos indirectamente. Desde luego advertimos, que es posible que se presenten dos conductas típicas distintas. El delito de cohecho que existirá, en el caso de la tercera persona que interviene lo haga con autorización y consentimiento del servidor público y el fraude o venta de humo como le llama Francisco Carrará o tráfico de influencia.³⁰, que tendría lugar cuando la relación entre una tercera persona y el funcionario, es supuestamente con el fin de obtener de la persona ofendida, la dádiva o la promesa.

“SOLICITE O RECIBA INDEBIDAMENTE DINERO O CUALQUIER OTRA DADIVA”. La primera forma de acción que señala la fracción I del artículo 222 del Código Penal, de acuerdo con la reforma legislativa del mes de diciembre de 1982, es la “SOLICITUD” hecha por parte del servidor público, o bien por interpósita persona; a diferencia de los Códigos Penales de 1871 y de 1929, que no planteaban como forma de acción la solicitud, sino solamente la aceptación de promesa y la recepción de dádivas o regalos. El término solicitar significa pedir en forma directa o indirecta o gestionar para que sea entregado el dinero o la dádiva.

Una segunda forma de realización del delito, descrita en la fracción I del precepto ya señalado, es la que se desprende al “RECIBIR”, indebidamente, dinero o cualquier otra dádiva.

Los Códigos de 1871 y 1929, contemplaban esta hipótesis en los artículos 1014 y 582, respectivamente, al señalar “Toda persona encargada de un servicio

³⁰ Carrará F. ob. cit. parágrafo 2556. p. 103.

público, sea o no funcionario que acepte ofrecimiento o promesas o "RECIBA", dones o regalos o cualquier otra remuneración.

El término RECIBIR, significa tomar, admitir el dinero o la dádiva.

"INDEBIDAMENTE", la solicitud o recibo de dinero o dádiva que hace el servidor público es ilícita, carente de justificación no solo jurídica, sino también ética. El vocablo, dádiva implica, algo que debe darse, entregarse o transferirse y que no puede equipararse con la donación pues esta figura jurídica, de naturaleza civil, mediante la cual una persona transfiere a otra gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes (artículo 2232, del Código Civil vigente para el D.F.). En consecuencia la expresión "CUALQUIER OTRA DADIVA", al ser diferente al dinero, admite todo aquello que tenga un apreciable valor económico y por supuesto una satisfacción de naturaleza estética, sensual o placentera.

En cuanto al monto de la dádiva, esta es irrelevante para el delito. Al respecto señala Sebastián Soler, que las pequeñas atenciones al funcionario, que no envuelven "ACUERDO ALGUNO" y que por sus características no van más allá, de la urbanidad o cortesía, no pueden constituir cohecho, ya que es indispensable la relación objetivo-subjetiva con un acto determinado del funcionario ³¹. En igual sentido se manifiesta Vincenzo Manzini, para quien no constituye cohecho, "los pequeños regalos ocasionales de comestible, bebidas, tabaco u otras pequeñeces análogas, cuyo ofrecimiento tiene mero carácter de cortesía" ³².

³¹ Soler Sebastián, ob. cit. T.V. p. 182.

³² Manzini V. Tratado de Derecho Penal, Tomo VIII. Vol. III. Edit. Suc. Anon.

En nuestra legislación, ya se verá en el capítulo IV de este trabajo como relación a las pequeñas dádivas, con la ley de responsabilidades de servidores públicos, en el artículo 88 autoriza ciertos regalos a los servidores públicos cuando no sobrepasan el equivalente a 10 veces el salario mínimo, sin embargo consideramos, como acertadamente señala Sebastian Soler, que las "Pequeñas retribuciones", no pueden descartarse porque su poder cohechante, depende efectivamente de que tengan carácter retributivo en el acuerdo celebrado sean recibidas para realizar el acto³³, o también sean ofrecidas, agregamos nosotros, con el fin implícito de comprar la voluntad del funcionario o empleado público para obtener de éstos favores posteriores.

La tercera forma de realizar el delito de cohecho pasivo es, "ACEPTANDO UNA PROMESA", esto es, aprobar y dar por bueno, lo que después será entregado; y aunque la ley no especifica expresamente si debe de tratarse de ofrecimiento de dinero o de una dádiva creemos que tal promesa, deberá consistir en algo que esté dotado de valor económico.

La fracción I del precepto que estamos analizando nos permite considerar que las distintas formas de acción que pueda asumir el delito de cohecho, "PARA SER O DEJAR DE SER" la solicitud al recibir o aceptar la promesa por parte del servidor público han de ser "PARA" es decir, en consideración a una conducta futura al servidor público, esto es el dinero o en lo que consista la dádiva la de ser

Editores, Buenos Aires 1961. p. 245.

³³ Soler Sebastián. ob. cit. T. V. p. 182.

con carácter retributivo, no importando la proporción entre el dinero y la dádiva y lo que se comprometa a hacer o dejar de hacer³⁴.

Como se advierte debe de existir siempre un acuerdo anterior al acto entre aquél y el acto mismo, mediar una relación de carácter interno psicológico. "ALGO JUSTO O INJUSTO", en la doctrina además de la distinción que suele hacerse entre cohecho pasivo y cohecho activo, se habla con toda propiedad de cohecho impropio, según el acto realizado por el funcionario público, sea justo o conforme a los deberes de su cargo, o injusto, es decir, contrario a esos mismos deberes³⁵.

Los Códigos Penales de 1871 y 1929, distinguen en dos artículos diferentes, cuando el acto u omisión de los funcionarios públicos, son justos o injustos. El Código de 1871, en su artículo 1014 establecía sanciones para los encargados de un servicio público que recibieran dones o regalos o aceptaran problemas, para ejercitar un "ACTO JUSTO", relacionado con sus funciones; el artículo 105 del mismo ordenamiento, agravaba la pena cuando el funcionario cometía un "ACTO INJUSTO", y todavía se aumentaba la sanción cuando el injusto llegaba a constituir un delito (artículo 1016). De la misma forma sancionaba el Código de 1929, el delito de cohecho pasivo, en sus artículos 582, 583, 584. En tanto que el Código Penal de 1931, reúne en un solo artículo las hipótesis señaladas; estableciendo que la solicitud de dinero o dádivas, o la aceptación de promesas, deben hacer para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto.

³⁴ Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado. 8º. Edic. Edit. Porrúa, México 1980. p. 456.

³⁵ Maggiore G. ob. cit. p. 192.

No es necesario, como se advierte que el acto requerido del servidor público, sea arbitrario, que su ejecución u omisión importe una conducta contraria a sus deberes. La dádiva puede ser para que el funcionario cumpla esos deberes, sin que por ello el acto deje de constituir un delito de cohecho; pues, como señala Raúl Carrancá y Trujillo "lo que la ley sanciona es el lucro ilícito con la función, que hace el funcionario a la sombra del servicio público que le está confiado en beneficio de la comunidad social"³⁶. "RELACIONADO CON SUS FUNCIONES", advierte Vincenzo Manzini que los actos de que se trata, han de corresponder a la competencia material y territorial del oficio de la competencia funcional genérica o específica del oficial público, pues de lo contrario no es un acto legítimo³⁷. Por lo tanto si el empleado público promete ejecutar un acto que no le corresponde por no ser de su competencia, podrá existir el fraude, tráfico de influencia, abuso de autoridad o cualquier otra figura delictuosa, más nunca, el delito de cohecho pasivo.

B. COHECHO ACTIVO.

La fracción II del artículo 222 contempla el delito de cohecho activo en los siguientes términos: El que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción

³⁶ Carrancá y Trujillo. R. ob. cit. p. 457.

³⁷ Manzini V, Tratado de Derecho Penal. ob. cit. p. 240.

anterior para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.

Pasando brevemente al análisis de esta fracción tenemos: "EL QUE DE MANERA ESPONTANEA". como se advierte, no es necesario que el agente del delito esté revestido como en el cohecho pasivo de una cualidad especial sino que puede ser cualquier persona incluso un funcionario o servidor público como tal de que su conducta sea adecúe a esta hipótesis que estamos tratando. El acto de dar u ofrecer debe ser "ESPONTANEO" pues bien, si es a solicitud hecha por el servidor público, el delito será entonces el previsto en el artículo 222 la fracción I.

"DE U OFREZCA DINERO O CUALQUIER OTRA DADIVA", la acción de dar, no implica mayor problema y como puede apreciarse, se encuentra en relación perfecta con la acción de recibir de cohecho pasivo.

La acción de ofrecer, es decir, se obliga a dar algo al servidor público, es suficiente para que el sujeto que hace la proposición sea autor del delito de cohecho en su forma activa siendo irrelevante que la proposición sea aceptada, rechazada que se incumpla el acto. El simple "OFRECIMIENTO" de dinero o de cualquier dádiva, que no es sino una tentativa de cohecho activo, la ley lo eleva al grado de autoría del delito ³⁸.

"A ALGUNA DE LAS PERSONAS QUE SE MENCIONAN EN LA FRACCION ANTERIOR", se refiere la expresión anteriormente transcrita al servidor público, del cual hablamos al analizar la fracción del artículo 222 y cuyos comentarios, los damos aquí por reproducidos.

"PARA QUE ESTA HAGA U OMITA UN ACTO JUSTO O INJUSTO RELACIONADO CON SUS FUNCIONES", se refiere la anterior expresión transcrita en la que igualmente ya nos referimos sobre esta al comentar del delito de cohecho pasivo, al cual nos remitimos.

4. CLASIFICACION DEL DELITO DE COHECHO EN ORDEN A LA CONDUCTA.

A. DELITO DE ACCION U OMISION.

Hemos listo en páginas anteriores que la conducta comprende, tanto el hacer como el no hacer, o como señala el maestro Francesco Antolisei "la conducta puede asumirse dos formas diversas: una positiva y una negativa; puede consistir en un hacer y en un no hacer. En el primer caso tenemos la acción (acción en sentido estricto, llamada también acción positiva); en el segundo la omisión (llamada igualmente acción negativa)³⁹. En consecuencia, por la conducta que asuma, el sujeto activo del ilícito, originará los delitos de acción o de omisión.

Entendemos que los delitos de acción, serán aquellos que se cometan mediante una actividad positiva, violando una ley prohibitiva, en tanto que los

³⁸ Carrancá y Trujillo. ob. cit. p. 457.

³⁹ Antolisei F. citado por Porte Petit C., Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal 2º Edic. Edit. Regina de los Angeles, S.A. México, 1973, p.295.

delitos de omisión, son los que se ejecutan por la inactividad del sujeto, por no realizar aquello que la ley ordena, debiendo hacerlo.

Ahora bien, observando la estructura del delito de cohecho, advertimos que la conducta es totalmente activa ya que se integra al "SOLICITAR" "OFRECER", "DAR", "RECIBIR", "ACEPTAR", el dinero, la dádiva o la promesa y aun cuando puede ocurrir que el servidor público solicite, reciba o acepte la dádiva, para dejar de hacer algo, que debe de hacer, o dar curso a una denuncia, tal inactividad, se da en función de la acción o la conducta activa, realizada por el servidor público y no convierte al cohecho en un delito de omisión. Por lo tanto, consideramos que es un delito necesariamente de acción.

B. DELITO UNISUBSISTENTE O PLURISUBSISTENTE.

Señala la doctrina, que tomando en cuenta el número de actos que integra la acción delictuosa, los delitos pueden ser unisubsistentes, cuando con un solo acto quedan consumados y plurisubsistentes, cuando se consuma por varios actos, aunque en el caso de éstos últimos, se previene contra la confusión que pudiera presentarse con el delito complejo o sea "que es fusión de dos hechos en sí mismos delictivos, la fusión de figuras delictivas, mientras que el delito plurisubsistente, es resultado de la unificación de varios actos naturalmente separados bajo una sola figura" ⁴⁰.

A la luz de estas consideraciones, creemos que el delito de cohecho es un delito unisubsistente, aunque en ciertos momentos pudiera darla apariencia de ser un delito plurisubsistente; expliquemos brevemente: El delito señalado, se ejecuta con cualquiera de los actos que pueda asumir, la conducta prevista en la hipótesis de las dos fracciones del artículo 222 del Código Penal vigente. En la fracción I, con el simple acto del servidor público de SOLICITAR, el dinero o la dádiva, RECIBIR, el dinero o la dádiva o ACEPTAR, la promesa del dinero o la dádiva, el delito se ha realizado siendo irrelevante que cohechado y cohechador, cumplan posteriormente lo acordado.

En los supuestos de la fracción II, del citado artículo 222 el delito se consuma en el momento que el particular "DA", esto es entrega materialmente el dinero o la dádiva, "OFRECE" es decir, promete o se obliga entregar el dinero o la

dádiva la servidor público. Como se advierte, con cualquiera de los actos mencionados, se configura el delito de cohecho; sin embargo en el caso de un servidor público corrupto, que solicita del particular una determinada suma de dinero, que por el monto de la misma no se puede entregar más que en partes; al recibir las diferentes entregas de dinero, de ningún modo configuran al cohecho como un delito plurisubsistente, pues el delito se agota, desde la simple solicitud hecho por el servidor público o con la primera recepción del dinero siendo intrascendente que reciba o no las demás entregas que le haga el particular.

No obstante es factible, que al recibir el servidor público varias cantidades de dinero del particular, con el que ha pactado el acto de autoridad, se da origen a los supuestos del delito continuado, previsto en la fracción tercera del artículo 7 del Código Penal; "cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal".

5. CLASIFICACION DEL DELITO DE COHECHO EN ORDEN AL RESULTADO.

De acuerdo con la doctrina, los delitos en orden al resultado, se clasifican en delitos instantáneos, continuos o permanentes instantáneos con efectos permanentes, continuados, de simple conducta, formal y de resultado material, de daño y peligro.

A. DELITO INSTANTANEO, CONTINUO O PERMANENTE.

Celestino Porte Petit, considera delito instantáneo, a aquel que tan pronto se produce su consumación, se agota; por lo que sus elementos característicos serán, una conducta, una consumación y agotamiento a la realización del delito ⁴¹.

A su vez el Código Penal vigente para el D.F., por las reformas que introdujo el legislador a partir de enero de 1984, define en la fracción I del artículo 7 a dicho delito, estableciendo que es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

Delito permanente o continuo, la referencia legal de este delito, anteriormente se contempla en el artículo 29 del Código Penal, pero con las reformas ya mencionadas que se llevaron a cabo en varios preceptos del libro

⁴¹ Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Edit. Regina 2º Edic. México 1973, p.p. 380-381.

primero del ordenamiento penal; introduciendo en forma por demás incomprensible la doctrina del Código pasó este delito a quedar ubicado, en la fracción II del artículo 7. Con la redacción siguiente: El delito es permanente o continuo cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

Dentro de la Doctrina Penal Mexicana, Celestino Porte Petit señala que "Existe un delito permanente, cuando una vez integrados los elementos del delito, la consumación es más o menos prolongada" ⁴² .

El delito permanente implica la prolongación del comportamiento en forma indefinida, pero también la prolongación de la lesión jurídica en virtud de tal conducta, de esta forma si cesa dicha conducta, consecuentemente cesa simultáneamente la lesión.

Los autores señalan en plagio o secuestro, como un autentico delito continuo o permanente. En base a las ideas anteriormente expuestas, advertimos, que el delito de cohecho, debe considerarse como un delito instantáneo, pues, se agota en el momento mismo en que se hace la solicitud, se recibe la suma de dinero, se acepta la promesa, o bien, se entrega el dinero o dádiva ofrecida; siendo posteriormente irrelevante, que el sujeto se arrepienta de la conducta realizada.

⁴² Idem. p. 385.

6. LA TIPICIDAD.

Si se suprime la conducta no hay delito, pero éste para su existencia reclama otros elementos. La tipicidad que deriva del postulado de todo derecho penal actual; *NULUM CRIMEN SINE PREVIA LEGE PENALE*. La conducta es el elemento primario innecesario para la existencia del delito, pero ésta debe encuadrar dentro de un tipo previsto en la ley, o como dice Fernando Castellanos "No toda conducta o hecho humano son delictivos, precisa que sean típicos"⁴³.

Los elementos conducta, antijuricidad, imputabilidad, condicionalidad y punibilidad, se consideraban elementos o caracteres esenciales del delito, no así la tipicidad. Es Beling quien primeramente la estudia como elemento indispensable en toda definición del delito. En el año de 1889, Ernesto Beling publicó su grunzuge, y se refiere al *tatbestand*, en sus aspectos subjetivos y objetivo y lo definía como: "La descripción de aquella violación del derecho que debe de ser hallada en la concerniente sanción"⁴⁴.

En 1906 Beling en su obra *Die lebre von Verbrechen* elimina de la definición de delito la punibilidad. Da al delito naturaleza exclusivamente objetiva y una función descriptiva y autónoma; lo independiza de la antijuricidad. Mayer le considera *ratio essendi* de la antijuricidad. Antes que apareciera la obra de Beling, intitulada *Die lebre Von Verbrechen*, por *Tatbestand* se entendía el conjunto de presupuestos a cuya existencia se concretaba la consecuencia

⁴³ Castellanos F. ob. cit. Lineamientos. p. 218.

⁴⁴ Jiménez de Asúa. ob. cit. p. 251.

jurídico pena, a la totalidad de los extremos necesarios para poder aplicar la pena. El tatbestand, era la figura del delito y comprendía todas las notas constitutivas del mismo. Belin es quien viene a dar al Tatbestand el significado de una suma de elementos objetivos; es el Tatbestand el medio descriptivo, es el medio proporcionado por el legislador, el cual comprende sólo el elemento material u objeto del delito. Para Beling toda valoración pertenece al ámbito de la antijuricidad y la culpabilidad.

Mayer atribuye a la tipicidad un valor indicario afirmando que el hecho que una conducta sea típica es ya un indicio de su antijuricidad .

Consideramos que esto es al revés, una conducta para que pueda ser típica, necesita forzosa y necesariamente ser antijurídica. No es por ende indicio de antijuricidad lo típico de una conducta sólo lo antijurídico puede ser típico. Mezger nos dice que "El tipo, no una simple descripción sino la descripción de una conducta antijurídica, de donde se infiere que la atipicidad es ratio essendi de la antijuricidad esto es, el real fundamento de ella" ⁴⁵ .

Como Fernando Castellanos, sostenemos que la atipicidad (elemento esencial del delito) es independientemente de la antijuricidad hay conductas típicas que no son antijurídicas; por ello la tipicidad no puede ser ratio essendi de la antijuricidad el legislador al crear un tipo lo hace sólo cuando estima antijurídica la conducta.

Distingamos los conceptos de tipo y tipicidad. "Tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos

penales. Tipicidad es la adecuación de una conducta concreta en la descripción legal formulada en abstracto”⁴⁵. Tipo es entonces la descripción concreta de la conducta elaborada por el legislador concreta por eliminar los detalles innecesarios. La función del tipo es sólo la descripción y nada tiene que ver con la culpabilidad, pero se necesita, como ya decíamos, para considerar una conducta típica, que sea antijurídica.

Jiménez de Asúa sostiene: “Para el jurista toda conducta que no puede incluirse en los tipos legalmente acuñados aunque sea antijurídica y culpable, representa lo atípico, esto es, una conducta no punible”⁴⁷.

Desde luego si la conducta no esta incluida en los tipos dados por el legislador, será atípica y por ello no punible, pero incuestionable cuando los tribunales tienen conocimiento de un hecho que merezca represión y no esté penado por la ley, deberán hacerlo del conocimiento del legislador, para que en su caso, elabore una nueva ley penal que subsane la conducta digna de represión.

Por lo expresado, surge un problema, cuáles son los límites a que debe atenerse el legislador para elaborar los tipos penales, seguramente el legislador para elaborar los tipos, hará análisis somero, examinando si el hecho merece represión por atacar alguno de los valores de la sociedad o ponga en peligro la integridad de la misma; si la conducta ataca la vida, la honra la propiedad, la libertad o pone en peligro la integridad de la sociedad, podrá aprobar un nuevo tipo,

⁴⁵ Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. T. I. p. 352.

⁴⁶ Castellanos Tena F. ob. cit. p. 168.

Tipicidad es "La acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa" ⁴⁷ . Naturalmente sólo cuando la conducta se subsume a los moldes establecidos coincidiendo con la abstracción dada por el legislador se considere delictuosa es imposible legalmente aplicar el derecho penal la analogía o mayoría de razón. Nuestra Carta Magna en el artículo 14 párrafo III prohíbe expresamente. Necesita la conducta ajustarse exactamente al molde previsto por la ley.

El cohecho es típico por estar descrito por la ley. Nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en materia del fuero Federal, en su artículo 222 nos dice cuando se considera existente el delito de cohecho. Si la conducta del funcionario público al solicitar, recibir o aceptar una promesa, coincide con el molde previsto por la ley, hay tipicidad. Asimismo la hay cuando el particular la da u ofrece dinero o cualquier otra dádiva al funcionario público o persona encargada de un servicio público, si su conducta se amolda a la abstracción dada por el legislador.

⁴⁷ Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. p. 256.

⁴⁸ Castellanos Tena F. Lineamientos. ob. cit. p.p. 168-172.

A. ELEMENTOS DEL TIPO.

Calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; el delito de cohecho, si hay calidad en el sujeto tanto activo como pasivo, ya que en el activo debe ser el funcionario o servidor público, y en cuanto al pasivo, éste siempre va a ser el estado. El agente siempre debe tener una cualidad oficial, es decir, ser encargado de un servicio público funcionario, empleado o comisionado público; poco interesa el carácter permanente o transitorio de su cargo .

B. OBJETO MATERIAL

El objeto material en todo delito, es aquello sobre el que recae el daño o peligro, la persona o cosa sobre la que se proyecta la acción delictuosa.

Raúl Carrancá y Trujillo, opina que el objeto material del delito de cohecho, es "Que el agente quiera, con su conducta, obtener para sí o para otro un lucro cualquiera" ⁴⁹ .

Vicenzo Manzini, al respecto señala que el elemento material del delito de cohecho, "Consistente en el hecho del oficial público o del encargado de un servicio público, que, por un acto de oficio RECIBE PARA SI O PARA TERCERO, EN DINERO O EN OTRA UTILIDAD, UNA RETRIBUCION QUE NO LE ES DEBIDA, O ACEPTA SU PROMESA" ⁵⁰ .

⁴⁹ Carrancá y Trujillo R. ob. cit. p. 457.

⁵⁰ Manzini, V. ob. cit. p. 264.

Ahora bien, independientemente que el dinero la dádiva, en una palabra el lucro, constituyen al objeto material del delito de cohecho, creemos, aunque no lo expresa la descripción legal pero también forma parte de dicho objeto, el estado; al ser la identidad principalmente lesionada, por la corrupción de los servidores públicos.

C. SUJETO ACTIVO

Es criterio unánime entre los que se ocupan de la materia penal, que sólo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal; no siempre ha sido así, ya que en otro tiempo, hasta antes de su evolución , se llegó al extremo de castigar y procesar a los animales y las cosas. Ignacio Villalobos, relata en el caso de un papagayo, que fue condenado a muerte por gritar "Viva el Rey " contrariado a la revolución triunfante ⁵¹ .

Hoy en día, se considera que el acto o la omisión, deben corresponder al hombre, porque únicamente éste, como persona física, es sujeto activo de las infracciones penales. Esto que desde luego esta fuera de duda, plantea con relación a las personas morales, el problema de precisar si pueden ser responsables ante el derecho penal; aquí la doctrina se divide, pues mientras algunos autores sostienen su responsabilidad penal, otros sin embargo la niegan, señalando que no pueden ser sujetos del derecho penal porque carecen de

⁵¹ Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 4º. Edic. Edit. Porrúa, México, 1984. p. 231.

voluntad propia para delinquir, aun cuando si pueden sufrir las consecuencias de las personas físicas que las forman.

Sólo el ser humano comete delitos. Las Sociedades que tienen un fin lícito, tienen como sanción su desaparición, la persona moral tiene entidad jurídica para efectos patrimoniales, e incluso por una particular ficción, se expresa que tiene una capacidad distinta a la de sus componentes humanos. No es el momento de discurrir sobre la posible responsabilidad de las personas morales, ya que como se ha señalado las opiniones son opuestas.

No obstante, el Código Penal del Distrito Federal señala en el artículo 11, que cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Ahora bien, por lo que toca al sujeto activo, es decir, la persona que a la postre, es considerada como responsable y culpablemente pone una condición del resultado delictivo; respecto del delito de cohecho pasivo, lo será invariablemente el "SERVIDOR PUBLICO". Esto es, el sujeto que por desempeñar un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza dentro de la administración pública

federal centralizada o descentralizada, está dotado de una cualidad específica que es, la asignación de ciertas funciones decisorias de carácter público.

En cuanto al denominado cohecho activo, previsto en las fracciones II del susodicho artículo 222, el sujeto activo puede serlo, CUALQUIER PERSONA que en forma espontánea, dé u ofrezca dinero u otras dádivas, al servidor público. Como se advierte fácilmente, dentro de este supuesto pueden ser sujeto activo no sólo el particular que ofrece el soborno, sino incluso otros funcionarios o servidor público que pretende comprar un acto de autoridad.

Por otra parte, Giuseppe Maggiore expresa, que de acuerdo con la teoría que considera el cohecho como un delito bilateral en razón de que conspiran dos voluntades, la del que corrompe y la del que se deja corromper, determina que ambos, corrompido y corruptor, sean sujetos activos ⁵².

Aunque cabe aclarar que en nuestra legislación vigente se rompe con tal criterio de la bilateralidad, al considerar por separado en las fracciones del artículo 222, la conducta del cohechado y del cohechador respectivamente, admitiendo además en una y otra la actuación de un intermediario.

⁵²

Maggiore G. ob. cit. p. 190.

D. SUJETO PASIVO.

El sujeto pasivo del delito, es el titular del bien jurídico protegido por la norma. Giuseppe Bettio, citado por Celestino Porte Petit, considera que "en todo delito existen dos sujetos pasivos; uno constante, esto es el estado-administración que se haya presente en todo delito por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual dado por el titular del interés concreto violado por la infracción" ⁵³.

En cuanto al cohecho cabe señalar que el sujeto pasivo de la corrupción, es el estado (concretamente la administración pública), ya que es el titular del bien jurídico que se protege.

E. EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

Partiendo de la base que el delito que nos ocupa en esta ocasión, se encuentra incluido en el título décimo denominado "Delitos cometidos por servidores públicos" opinamos que la intención del legislador al dejar plasmada tal figura delictiva fue la protección del prestigio de la administración pública y en lo que atañe a los sujetos con agilidad es el interés de que se tenga capacidad, competencia, disciplina, fidelidad, así como el respeto o la voluntad del estado; al cometerse el delito de cohecho, se causa un daño al bien jurídico protegido-integridad de la función administrativa, por tal motivo debemos considerarlo como

un delito de daño. También es de pensarse, que además de los bienes que se señalan como jurídicamente protegidos se tutela la igualdad entre los particulares con respecto de las relaciones que guardan con el estado.

7. LA ATIPICIDAD.

Se señaló con antelación, que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, es decir a la descripción que hace la ley a una conducta delictuosa, por lo tanto, el aspecto negativo de la tipicidad, es la atipicidad y ésta debe entenderse como la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, porque falta o no se dan, algunos de los elementos que éste requiere, o como dice Celestino Porte Petit, hay atipicidad por no haber conformidad a los elementos del tipo⁵⁴.

La atipicidad en el delito de cohecho, se puede presentar, por falta de calidad en el sujeto activo. En la fracción I del artículo 222 del Código Substantivo Penal, se exige tal calidad, de manera que si un sujeto cualesquiera, solicita o recibe dinero o dádiva, sin tenerla, no puede haber delito de cohecho.

También habrá atipicidad, por ausencia de las modalidades de la conducta en relación a la referencia en el tipo respecto a la naturaleza del acto corrupto, "hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones". Si un servidor público solicita o acepta el dinero o la dádiva, para hacer u omitir un acto que no le compete, incurrirá en actos de corrupción, fraude, abuso de autoridad, tráfico de

⁵³ Porte Petit C. ob. cit. p. 441.

⁵⁴ Idem. ob. cit. p. 447.

influencia o cualquier otra figura delictiva pero no en el delito de cohecho pasivo, por carecer de la competencia material y territorial del cargo o de la competencia funcional genérica o específica del funcionario público ⁵⁵.

De acuerdo con la fracción II del artículo 222 del Código Penal, el delito de cohecho se comete cuando el particular de manera espontánea, da u ofrece dinero o la dádiva. Desde el punto de vista estrictamente formal habrá ATIPICIDAD, si el particular hace llegar al servidor público el dinero o la dádiva a requerimiento de este último; ciertamente se cometerá el delito de cohecho previsto en alguna de las hipótesis de la fracción I por ser el servidor público quien se coloca dentro del supuesto previsto por la norma penal. En cuanto al particular, su conducta será atípica, por faltar el elemento espontáneo, que debe de ser necesario para colmar el tipo.

Igualmente creemos, que si el particular hace llegar el dinero o la dádiva al servidor público, por medios indirectos o tortuosos; dejar discretamente en el escritorio sin que se percate el funcionario, un sobre con una fuerte suma de dinero, aun cuando exista la presunción del cohecho o de su tentativa, el delito no queda perfectamente configurado por no haber entrega ni ofrecimiento, ni constancia de que el dinero, se otorgaba para que el servidor público realizara un acto determinado.

Habrá atipicidad, por ausencia del elemento subjetivo del injusto, como en el caso del particular que le regala al servidor público un valioso objeto por

⁵⁵ Manzini V. Tratado de Derecho Penal, Segunda Parte. 5º Edic. Suc. Anón Editores, Buenos Aires 1961. p. 477.

cortesía o en atención al funcionario aunque como veremos más adelante, en el capítulo IV de este trabajo de acuerdo con el artículo 88 de la ley de Responsabilidades de Servidores Públicos, al servidor público no le es dable admitir tales regalos .

Por otro lado si el funcionario realiza el acto constitutivo del delito, cediendo a ruegos o súplicas o movido por cualquier otro móvil, que no sea el lucro, no hay cohecho ⁵⁶ .

8. LA ANTIJURICIDAD.

La conducta humana, para ser delictiva debe de estar en oposición con una norma penal que prohíba y ordene su ejecución. Como ya antes lo hemos mencionado es uno de los elementos esenciales del delito que para que exista éste reclama una conducta típica y antijurídica; es parte de su naturaleza y de su ausencia de tal manera que no podríamos concebirlo sin ella, la existencia de ésta última surge de un enjuiciamiento de valoración porque para que una conducta pueda considerarse delictiva necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de una comunidad, es decir se encuentre en discordancia o desarmonía la conducta del hombre con las normas jurídicas.

⁵⁶ Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo V, 3ra. Reimp. Edit. Tes Buenos Aires, Argentina 1956. p. 179.

Por lo tanto la antijuricidad hace al hombre responsable y lo obliga a responder ante la ley y ante la sociedad de su acto lesivo, de su conducta encaminada a dañar los intereses protegidos y tutelados en el orden jurídico

Aunque existen otros elementos en el delito que observan ciertas similitud con la antijuricidad como es la culpabilidad, sin embargo es de naturaleza diversa, pues la antijuricidad se contempla a través de un juicio de desvaloración. Podría pensarse que el método de su determinación es idéntico pero en ambas el objeto de su esencia es diverso, toda vez que la culpabilidad es el nexo emocional, que une el acto humano con su objeto y la antijuricidad es lo contrario a lo jurídico.

Carrancá y Trujillo nos habla acerca de la antijuricidad al señalar que: "Entendemos que la antijuricidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el estado... y sigue diciendo; es en suma la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico, establecido por el estado" ⁵⁷ .

Ignacio Villalobos nos da un concepto más amplio del término antijuricidad ya que se distinguen dos clases que es la material y la formal y expone: "La violación de esas obligaciones o el ataque de esos derechos el atentado contra esas normas jurídicas es la que tiene el carácter de antijuricidad material, porque viola intereses vitales de la organización social; intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o bien jurídico (como la propiedad o la libertad) y por eso se dice que en una sociedad organizada jurídicamente o en un estado, el antijurídico material o el contenido material de la

⁵⁷ Carrancá y Trujillo. Interpretación Dogmática de la Definición de Delito en la Legislación Penal Mexicana. Cuadernos Criminalia. Octubre 1958. p. 67.

antijuricidad consiste en una lesión puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos o en el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales. Así la infracción a las leyes significa una antijuricidad formal por la violación del precepto positivo, derivado de los órganos del estado; y una antijuricidad material por el quebrantamiento de las normas que la ley interpreta, o de los intereses sociales que una y otra (norma y ley), reconoce y ampara”.⁵⁸

Por su parte Jiménez Huerta nos dice, “Que para que una conducta típica pueda considerarse delictiva, necesario es que lesiones un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad, surge así la antijuricidad como una característica del delito. Una vez constatada la existencia de una conducta humana penalmente relevante, para que dicha conducta pueda llegar a considerarse, en última instancia, como delictiva, necesario es que sea antijurídica.”⁵⁹

Castellanos Tena nos da su definición “al decir que lo cierto es que la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo”.⁶⁰

Por último Porte Petit nos dice que una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación, toda vez que los tipos penales son la expresión de la antijuricidad, por ser ellos en el estado, plasma sus mandatos y prohibiciones; en consecuencia toda conducta típica es

⁵⁸ Villalobos, Ignacio. ob. cit. p. 249.

⁵⁹ Jiménez Huerta, La Antijuricidad. Imprenta Universitaria. p. 9.

antijurídica, a menos que el propio legislador establezca excepcionalmente la licitud del típico comportamiento. Como pudimos observar en la definición que nos da Ignacio Villalobos nos habla de dos clases de antijuricidad a saber, que son la formal y la material. La primera consiste en que se desprende directamente de la ley, es cuando una conducta delictiva lesiona un bien jurídico y el hecho se encuentra previsto y sancionado en el derecho escrito, como en el caso de cohecho que relata el artículo 222 del Código Penal vigente, entonces nos encontramos frente a una acción relevante típicamente. Esta antijuricidad se obtiene al hacer el juicio comparativo de la acción y de la ley, es decir, al adecuar el tipo descrito en el derecho a la conducta delictiva que surgió en un momento dado y en un espacio determinado. En el delito de cohecho aparece la antijuricidad cuando la acción viola la norma objetiva, es decir cuando se adecua la conducta a lo establecido por el artículo 222 fracciones I y II del Código Penal vigente, siempre que no está protegida de justificación pero en este delito presenta un marcado carácter subjetivo, muestra una específica actitud psicológica de la gente, dirigido a un fin determinado, por tanto para que se presente la antijuricidad dada la intencionalidad que caracteriza a este delito se requiere que el sujeto tenga conciencia de que el ofrecimiento que hace el funcionario o el encargado de un servicio público, es para que deje hacer o haga algo justo o injusto que esté relacionado con sus funciones; en cuanto al funcionario o el encargado de un servicio público, también se requiere que el sujeto tenga plena conciencia de la

acción sea propia de sus funciones, así como de que ambos sujetos tengan conocimiento de que la retribución sea indebida.

Y la segunda que es el producto de la conducta que lesiona las normas de cultura establecidas por el sociedad. En consecuencia para determinar si una conducta cohecho es penalmente antijurídica, debemos recurrir forzosamente a la ley; si encaja dentro de alguno de los tipos descritos en el texto legal, y no existe una causa de justificación estaremos frente a una conducta o hecho típico y antijurídico.

9. CAUSAS DE JUSTIFICACION

Antes de estudiar el particular de las causas de justificación, creemos prudente establecer la denominación general de causas Excluyentes de Incriminación ya que aparece esta denominación en el Título Primero del capítulo IV de nuestro Código Penal vigente, y es en donde se desprenden las causas de justificación que en este tiempo nos toca analizar.

La denominación de causas Excluyentes de Incriminación, ha sido tenazmente discutida, sin embargo, es la que más arraigo tiene nuestro medio jurídico, ya que incluye las diversas causas que quitan la relevancia jurídica penal, a una conducta, que de otra manera sería delictiva. Estas causas son las de inimputabilidad de justificación, de imputabilidad o excusas absolutorias.

Por ello, puede llamarse incriminable el sentido genérico la acción que no es imputable a un sujeto, lo mismo puede decirse que aquella que siendo típica

no sea contraria a derecho, y de la que subsistiendo el delito, no tiene pena. Por lo tanto y como puede advertirse, existen tres órdenes de causas excluyentes de incriminación.

Las causas de justificación son según Jiménez de Asúa, aquellas que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal.

Las causas de inimputabilidad son aquellas en las cuales el sujeto activo del delito no puede ser imputable del hecho cometido, por faltar en él la conciencia de su acción, en virtud de un estado delictuoso de salud mental.

Las causas de impunidad o excusas absolutorias, en ellas la acción es imputable y antijurídica y además se encuentran reunidos los requisitos del tipo legal, pero está excluida de sanción por causas de utilidad social. Su consecuencia es la remisión de la pena condicionante del delito.

Las causas de inimputabilidad y las excusas absolutorias son de carácter subjetivo, en cuanto se refieren al sujeto del delito miran el aspecto personal del autor, en tanto que las de justificación, son de diversa naturaleza puesto que recaen sobre la acción del delito, es decir, sobre los hechos que integran la conducta delictiva, atañen a la realización externa, con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asúa, expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las inimputabilidades hay delincuentes y en las excusas absolutorias no hay pena.

Pensamos desde luego que la denominación genérica de causas de incriminación abarca ya todas las conocidas, puesto que la palabra incriminar

significa su aceptación, acriminar con fuerza e insistencia y acriminar es tanto como acusar a alguien de algún crimen o delito.

En nuestro derecho legislativo en nuestro país la excluyente de incriminación, están expresamente consignadas por los artículos 15, 16 y 17 a que establecen causas de inimputabilidad y justificación.

Las causas excluyentes de incriminación, tienen preponderante importancia en el acervo cultural del derecho, ellas en su característica común, tienen como atributo de improcedencia de la acción penal. El estado en su privilegio punitivo que posee, como ejercicio de la facultad conferida por la voluntad de sus gobernantes al presentarse una acción humana, que contenga alguna de las excluyentes de incriminación no ejercerá esa facultad indicativa y fundada en razones jurídicas filosóficas y humanas, habrá de declarar su renuncia al ejercicio de la acción penal.

Estas causas además de ser un facto preponderante para concebir un derecho humanizado que responda a la necesidad social constituyen en sí mismo un elemento principalísimo para que la justicia cumpla con el supuesto de su misión.

Así Castellanos Tena nos da una noción de lo que son causas de justificación al decir que "Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijurídico de una conducta típica".⁶¹

⁶¹ Castellanos Tena. ob cit. p. 192.

Jiménez de Asúa, al referirse a las causas de justificación dice "Que son aquellas que excluyen la antijuricidad de una conducta, que pueden subsumirse en un tipo legal".⁶²

Ahora bien con la antijuricidad es uno de los elementos esenciales del delito, si falta aquella no hay delito. En cuanto la conducta se justifica, se considera no delictiva.

Las causas previstas en nuestro ordenamiento legal son las siguientes. Legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica e impedimento legítimo.

La primera causa de justificación, es la legítima defensa. En cuanto a la causa se justifica, se considera no delictiva. Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico prohíbe la venganza privada y sólo permite el castigo a la conducta delictuosa a través de la autoridad estatal, es cierto también en casos especiales, el hombre puede retirar con los medios adecuados al peligro inminente e injusto que amenaza su vida, su libertad, su honor, su patrimonio. Y este acaecer fuere efectivo, nos encontramos frente a una causa de justificación del derecho que impide el nacimiento de la antijuricidad y por lo tanto son caracteres en causa de justificación.

La legítima defensa realiza el supuesto de una norma jurídica, que se deduce en el ineludible deber que el hombre tienen para defender los derechos inherentes a su persona y a su dignidad, por ello, en un actuar humano es el que existe la necesidad de lesionar, los bienes de otra persona, para salvaguardar la

⁶² Jiménez de Asúa. ob. cit. p. 418.

integridad y rechazar una agresión violenta, aunque el bien lesionado fuere de menor valor, es justificable, pues siempre será más importante el legítimo derecho del agredido, que el bastardo del agresor.

En nuestro Derecho la legítima defensa, está reglamentada por el artículo 15 en su fracción III del Código Penal vigente que a la letra dice: "Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de sus bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que existe necesidad racional de la defensa empleada y no media provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o la persona a que se defiende".

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio trate de penetrar sin derecho a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión. Igual presunción favorecerá al que causar cualquier daño a un intruso al que sorprendiera en su habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tengan la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Como delito de cohecho lo comete el funcionario público o persona encargada de un servicio público al solicitar, o recibir indebidamente dinero o

cualquier otra dádiva, o aceptar una promesa para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones, o el particular que dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas mencionadas, para que haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones, no cabe la posibilidad de que sea presentada en la comisión de este delito, como causa justificante la legítima defensa. No se puede hablar de la existencia de una agresión, antijurídica, actual o inminente cuando se solicite, reciba o acepte, dé u ofrezca dinero, o cualquier otra dádiva.

Como segunda causa de justificación se nos presenta la del estado de necesidad. Este se da cuando hay dos intereses protegidos por el derecho y no queda otro remedio que violar el interés ajeno para evitar un mal mayor.

Nuestro Código nos da la definición y dice textualmente la fracción IV del artículo 75: "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable menos perjudicial a su alcance.

El mismo precepto establece que no obra en estado de necesidad que por su empleo o cargo, tenga el deber legal de sufrir el peligro. El conflicto surge en el estado de necesidad, entre dos bienes jurídicamente protegidos, pero sólo puede hablar del estado de necesidad, cuando se sacrifique un bien para evitar un daño mayor. El problema es determinar cuando y en qué medida es lícito lesionar el interés ajeno, protegido por la ley, al respecto nos dice Castellanos Tena "Si el

sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si concurre alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde su nacimiento. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuricidad, sino en función de una causa de inculpabilidad o, tal vez subsiste la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera alguna excusa absolutoria".⁶³

Desde luego a nuestro entender el delito de cohecho, podrían alegar como causas de justificación el Estado de necesidad toda vez, que el funcionario o persona encargada de un servicio público, al solicitar o recibir indebidamente dinero u otra dádiva o el corruptor al dar dinero o dádiva, si al realizar estas conductas lo hicieron en la necesidad de salvaguardar su integridad personal o quizá su vida, por ejemplo, un caso de extrema indigencia del funcionario o del particular.

La tercera causa de justificación es la conducta, son los actos legítimos ejecutados en el cumplimiento de un deber, o en el ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo, sin traspasar los límites legales. Estas causas privan a la conducta del elemento antijuricidad, y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito. Nuestro Código Penal vigente establece en la fracción V del artículo 15, como excluyente de responsabilidad "Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho".

⁶³ Castellanos Tena. Lineamientos. México 1986. p. 204.

La conducta se legitima, cuando se externa un cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, profesión, cargo u oficio, quien lesiona o pone en peligro un bien protegido por el derecho, en cumplimiento de un deber, o en ejercicio de un derecho, profesión, cargo u oficio no realiza una conducta antijurídica aquella queda justificada como, según disposiciones previstas en la ley.

En el delito de cohecho, ni el sobornado ni el sobornante, podrían alegar que al cometerlo, lo hacían en cumplimiento de un deber, ni menos aún en el ejercicio de un derecho, profesión, cargo u oficio, aunque se tratara de que el funcionario realizara un acto justo pues aquí el cumplimiento del deber, quedaría matizado de antijuricidad por no haber mediado el soborno.

La cuarta causa de justificación es la obediencia jerárquica, esta excluyente de incriminación está reglamentada en nuestro derecho positivo, en la fracción VII de artículo 15 del Código Penal invocado.

Consiste en el acto realizado por una persona obligada jerárquicamente que emanado de la autoridad superior y constituyendo un delito, se ve obligado a efectuarlo.

La acción es típicamente antijurídica por su carácter delictivo sin embargo, los móviles que indujeron al sujeto a cometerlo como es el indudable deber de obediencia, quitan al acto su antijuricidad y excluyen al hombre de la responsabilidad en el hecho cometido.

En el delito de cohecho, si se da a nuestro parecer esta causa justificante, ya que cumpliendo una orden por parte de su superior, que es el de recibir la dádiva del particular, ignora que al efectuar está cometiendo el ilícito, puesto que

él está creído de que se trata de un pago que le está haciendo éste a aquél, por la realización de un trabajo o de un préstamo o un pago de un adeudo atrasado. Así lo mismo ocurriría en el caso del particular cuando éste es utilizado por otra persona obligada jerárquicamente, que está interesada en la realización del acto.

La última causa justificante es la del impedimento legítimo y consiste en "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo".

El impedimento legítimo está previsto en el Código Penal por la fracción VIII del multicitado artículo 15 y establece como eximente: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo."

El impedimento se refiere a la imposibilidad legítima que tiene una persona para cumplir con lo que la ley ordena, toda vez que es de mayor jerarquía o protege un bien de mayor valor; por legítimo debe entenderse no sólo aquello que la ley expresamente sanciona sino también lo que es verdaderamente en el orden físico o moral.

En el delito de cohecho sólo diremos que ni el sobornado ni el sobornante podrían alegar esta causa justificativa, puesto que es un delito eminentemente de acción. La conducta tanto del funcionario como del particular es un hacer (ya lo vimos y lo explicamos ampliamente cuando tratamos la conducta), ya sea dar, solicitar o recibir implica una acción, un movimiento corporal y en el impedimento legítimo el comportamiento es siempre comisivo, por lo que podemos ver en una frase de la definición legal ya citada con antelación ". . . dejando de hacer lo que se manda".

10. LA CULPABILIDAD

Toda la doctrina jurídico penal considera a la culpabilidad, como uno de los elementos conceptuales del delito, de tal modo que se puede afirmar, a que el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico y culpable, o desde un punto de vista lógico, una conducta o hecho será delictuoso no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable.

La culpabilidad genérica, expresa Ignacio Villalobos "Consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo".⁶⁴

En tanto que para Celestino Porte Petit, -citado por Castellanos Tena- la culpabilidad "es el nexó intelectual y emocional que liga al sujeto como el resultado de su acto".⁶⁵

En los conceptos anteriores coinciden los tratadistas, que en la culpabilidad reviste fundamentalmente dos formas, que son: el dolo y la culpa. Sin embargo, nuestro Código Punitivo en su artículo 8o. y 9o., por reformas recientes introducidas por el legislador tanto como en el libro primero como segundo del Código Penal incluye además de las señaladas, a la preterintencionalidad.

⁶⁴ Villalobos Ignacio. ob. cit. p. 282.

⁶⁵ Castellanos Tena. ob. cit. p. 232.

Desde el punto de vista Doctrinal el dolo es una de las principales formas de la culpabilidad. Para Francisco Carrará, es "La intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley".⁶⁶

Para Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en la "Voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como un delito".⁶⁷

Giussepe Magiore por su parte sostiene que obra dolosamente aquél "Que prevé y quiere el delito"⁶⁸.

Introduce un elemento que es la previsión que significa la representación del resultado y el querer dirigirse hacia un objeto mediante la acción u omisión.

De las ideas anteriormente expuestas, advertimos que en el dolo, se encuentra un elemento intelectual, que surge en el momento que el individuo se representa el hecho, o cuando tiene conciencia de quebrantar un deber un elemento emocional, constituido por la voluntad de producir el resultado, por lo tanto, todo hecho típico y antijurídico, realizado por el sujeto en forma consciente y voluntaria, estará incuestionablemente teñido por dolo.

La otra forma de culpabilidad, es la culpa, misma que da lugar a señalar que la conducta humana no proyectada voluntariamente produce el llamado delito de culpa. Cuando el sujeto con su conducta infringe un deber de cuidado o de cautela, es culpable culposamente, por no prevenir lo que es previsible.

ESTA TESIS NO SAUVA
EN LA BIBLIOTECA

⁶⁶ Carrará F. cit. Vol. I. p. 73.

⁶⁷ Cuello Calón E. Derecho Penal, Tomo I, Parte General Edic. 16ª Edic. Bosch, Barcelona 1971. p. 421.

⁶⁸ Magiore G. Derecho Penal, Vol. I. Edic. Temis, 5ª Edic. p. 576.

Eugenio Cuello Calón, señala que existe la culpa, cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley .⁶⁹

Como se advierte, la culpa implica una conducta negligente, que por evitar prestar la atención y el cuidado debido, produce un resultado típico y antijurídico.

En cuanto a la preterintencionalidad, de la que Celestino Porte Petit, señala que es una mezcla de dolo y culpa. Dolo respecto del resultado querido y culpa del respecto del resultado obtenido; se encuentra prevista por una tercera forma de la culpabilidad, en el tercer párrafo del artículo 9o., que dice "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

Ahora bien, en base a las anteriores consideraciones el delito de cohecho, no puede más que configurarse en forma dolosa, como se deduce por el elemento de antijuricidad, contenido en las dos fracciones del artículo 222, en la I; "Para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto" y en la fracción II "Para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto", pero, sobre todo por la voluntad libre y consciente del servidor público, de recibir el dinero o dádiva, aceptar la promesa para sí o para otro, o bien por la intención del particular, de inducirlo o aceptar el dinero o la dádiva, para que haga o deje de hacer algo justo o injusto.

⁶⁹ Eugenio Cuello Calón. ob. cit. p. 444,

El cohecho, no es por lo tanto un delito culposo, ni sería dable admitir, que por obrar sin la debida previsión se cause un resultado lesivo y previsible al estado.

La inculpabilidad, que es el aspecto negativo de la culpabilidad, se presenta cuando están ausentes los elementos de la culpabilidad; el conocimiento y la voluntad o cualquiera de los otros elementos del delito. En ausencia de cualquiera de dichos factores o de ambos habrá inculpabilidad.

La Doctrina señala como causas de inculpabilidad el error, la no exigibilidad de otra conducta, las llamadas eximentes putativas, la obediencia jerárquica y el caso fortuito.

En el Delito de Cohecho creemos que se puede presentar la inculpabilidad, por una hipótesis de la obediencia jerárquica que para algunos será, una no exigibilidad de otra conducta, cuando el servidor público en virtud de una orden que le impone el superior, se ve obligado a cumplirla contra su voluntad, por el temor a las represalias que sobre su persona pudiera ejercer el superior desobedecido; ejemplo: el comandante que le ordena al custodio de un detenido, recibir el dinero de un tercero para facilitar la fuga del reo.

II. LA PUNIBILIDAD

Se entiende por punibilidad el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta considerada delictuosa. Respecto a este punto, mucho se ha discutido si es o no el elemento esencial del delito; Porte Petit con

fundamento en lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional la consideraba como elemento esencial del delito y establecía: "Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales contraídos del ordenamiento positivo indudablemente la penalidad es un carácter del delito, no una simple consecuencia del mismo ⁷⁰ .

Sebastián Soler, al estudiar este aspecto del delito, nos dice "Por medio del examen analítico de los tipos podemos descubrir de algunos de esos elementos desempeñar una función acusadamente externa a la antijuricidad y a la culpabilidad. Para este tipo de circunstancias reservamos el nombre de condiciones objetivas". ⁷¹

Beling, consideraba las condiciones objetivas de punibilidad independientes del tipo y las define diciendo: "Ciertas circunstancias exigidas por la Ley Penal para la imposición de las penas que no pertenecen al tipo del delito que no condicionan la antijuricidad y no tienen el carácter de culpabilidad.

Para Jiménez de Asúa, las condiciones objetivas de punibilidad no constituyen uno de los caracteres del delito porque son elementos y modalidades de la tipicidad ⁷² .

Nosotros consideramos que las condiciones objetivas de punibilidad como las circunstancias a que exige la Ley Penal ocasionalmente, para la aplicación de la pena.

⁷⁰ Porte Petit. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. p. 59.

⁷¹ Soler Sebastián. Tomo II. ob. cit. p. 201.

⁷² Jiménez de Asúa. ob. cit. p. 418.

La descripción legal del delito de cohecho no tiene condición objetiva alguna para la aplicación de la pena.

La descripción legal del delito de cohecho no tiene condición objetiva alguna para la aplicación de las penas.

La Punibilidad es carácter específico del delito. El estado, a través de sus normas amenaza con penas a quienes realicen una conducta delictiva (cuando se llenen los presupuestos legales).

Se ha discutido si la penalidad es carácter o consecuencia del delito, a nuestro entender, debe considerársele como requisito del delito, ya que éste surge cuando se señala una pena a la conducta típica antijurídica y culpable.

La pena que corresponde al soborno o sobornante es, cuando la cantidad o valor de dádiva o promesa no excede del equivalente de 500 veces el salario diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de 30 a 300 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación, de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión pública.

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, promesa o prestación exceda de 500 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito se impondrán de 2 a 14 años de prisión, multa de 300 a 500 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de 2 a 14 años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

En ningún caso se devolverá a los responsables del delito de cohecho, el dinero o dádivas entregadas; las mismas se aplicarán en beneficio del estado.

Nuestro Código no previó ninguna excusa absolutoria en relación al delito de cohecho.

CAPITULO TERCERO

FORMAS DE APARICION DEL DELITO DE COHECHO

1. LA ITER CRIMINIS
 - A. FASE INTERNA
 - B. FASE EXTERNA
2. LA PARTICIPACION
3. CONCURSO DE DELITOS

CAPITULO TERCERO

FORMAS DE APARICION DEL DELITO DE COHECHO

I. LA ITER CRIMINIS

Bajo el nombre de "Iter criminis" se designa el camino que recorre el delito desde su concepción hasta su consumación. Comprende por lo tanto dos fases: la interna y la externa.

A. LA FASE INTERNA

Esta comprende, a su vez tres partes: a) idea criminosa; b) deliberación y c) resolución.

La idea es la tentación mental que tiene el agente de delinquir. La deliberación consiste en la meditación de la idea concebida. La resolución es decisión que tiene el sujeto de llevar a la práctica su propósito de cometer, pero aún sin que llegue a externar su voluntad.

B. LA FASE EXTERNA

Esta comprende tres partes: a) la manifestación; b) la preparación; c) la ejecución.

En la manifestación la idea surge al mundo de la relación, pero simplemente como idea, y como tal no es inculparable.

La preparación es la fase comprendida entre la manifestación y la ejecución: el agente se procura los medios necesarios para la ejecución del delito.

La ejecución es la fase definitiva del delito y como tal es punible, teniendo dos grados:

- a) Delito o tentativa inacabada
- b) Delito frustrado o tentativa acabada

TENTATIVA

La tentativa es un principio de ejecución o bien la ejecución completa, que no produce el resultado querido en virtud de circunstancias independientes a la voluntad del agente. Por tanto, la tentativa puede ser inacabada, cuando se está en presencia de un principio de ejecución (delito tentado) o bien acabada (delito frustrado) cuando se realizan todos los actos de ejecución necesarios a la producción del resultado y este no sobreviene debido a causas ajenas a la voluntad de la gente

A nuestro entender el delito de cohecho no cabe la tentativa en ninguno de sus grados. Como la acción delictuosa consiste en la simple aceptación de una promesa, en la recepción de dinero u otra dádiva, en la solicitud, en dar y ofrecer, acciones por su naturaleza no admiten su fraccionamiento en varios actos, es decir, se trata de acciones que se agotan en un sólo acto, no admiten la tentativa.

La ley ha previsto otorgándoles carácter delictuoso a la aceptación de la sola promesa y el ofrecimiento y, como la simple manifestación de voluntad del sujeto expresada en la aceptación u ofrecimiento son delictuosos, no concebimos actos de ejecución anteriores que puedan constituir el iter criminis del cohecho.

2. LA PARTICIPACION

En todo delito pueden participar tres categorías de sujetos: los autores, cómplices y los encubridores

Los autores pueden ser: a) intelectuales; b) materiales.

Son autores intelectuales aquellos cuya aportación tienen carácter psíquico o moral la cual se realiza en la fase de ideación del delito. Son autores materiales aquellos cuya aportación que realizan dentro de la fase ejecutiva, siendo aquella de naturaleza estrictamente material ⁷³.

En la participación intelectual se comprende, fundamentalmente la instigación y la determinación y en nuestro Código incluye también al que compele a otro a cometer el delito.

La instigación se considera la principal forma del concurso moral, consistiendo esencialmente "en la comunicación del propósito criminoso. . . ; en determinar a otro a delinquir" ⁷⁴.

Sobre este tema nos dice Soler, "El instigador quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro, quiere causar ese hecho a través de las psíquicas de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo" ⁷⁵.

En la determinación del sujeto determinante, únicamente refuerza la idea, ya existente en diversas personas de cometer el delito.

Es cómplice de un delito quien presta auxilio para la ejecución del mismo, ya sea mediante un acto o un consejo, realizando una acción secundaria, favoreciendo la comisión del delito.

Hay encubrimiento de un delito cuando una o varias personas prestan auxilio de cualquier especie, por acuerdo previo para proteger al autor, evitando la averiguación y sanción del delito.

Se puede cometer el delito de cohecho como autor intelectual, material o inmediato; coautor, pudiendo haber complicidad y encubrimiento.

Es autor intelectual en el delito de cohecho el sujeto a que aporte un elemento psíquico o moral, instigando o proponiendo a otro que dé u ofrezca una dádiva o dinero al funcionario o persona encargada de un servicio público. Igualmente puede preparar instigando o proponiendo la solicitud de dinero u otra dádiva, o la aceptación de una promesa en favor del funcionario o persona

⁷³ Soler Sebastián. ob. cit. Tomo II. p. 108.

⁷⁴ Magiori, Derecho Penal. ob. cit. p. 109.

encargada de un servicio público, considerándosele al sujeto en tales circunstancias, autor intelectual del delito de cohecho.

Autor material o inmediato en el delito de cohecho, es quien solicita, recibe o acepta una promesa estando encargado de un servicio público, igualmente es autor material o inmediato quien da u ofrece dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas mencionadas.

Se denomina autor mediato en el cohecho, a quien para realizar el delito se vale de una persona que está por circunstancias personales exenta de responsabilidad, bien por error o por ser inimputable.

Se considera coautor en el delito de cohecho quien lo comete conjuntamente con otra persona. Debemos asentar sobre ese tema que los coautores en estricto derecho son actores.

Se puede presentar la hipótesis de encubrimiento en el delito de cohecho en favor del sobornado o sobornante, cuando se les presta auxilio de cualquier especie, por acuerdo previo para proteger el auto o autores del hecho evitando la averiguación y sanción del delito, persiguiendo con ello un provecho para uno de los agentes o para ambos.

⁷⁵ Soler Sebastián. ob. cit. Tomo II. p. p. 164-258.

3. CONCURSO DE DELITOS

El concurso de delitos se presenta, cuando un sujeto con una sola conducta, infringe varias disposiciones penales (concurso ideal), cuando el sujeto ha cometido varios delitos sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos (concurso material).

La unidad de acción y la pluralidad de resultados se presentan en el delito de cohecho pasivo; un ejemplo de ello es cuando el encargado de custodiar a un reo, acepte la promesa o recibe las dádivas o el dinero por permitir o auxiliar que el detenido se sustraiga a la acción de la justicia, lo que implica que cometerá además del delito de cohecho, el de evasión de presos.

La pluralidad de acciones y de resultados se da tanto en el delito de cohecho pasivo como el activo.

CAPITULO CUARTO

EL DELITO DE COHECHO Y LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE SERVIDORES PUBLICOS

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL
2. LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y
EMPLEADOS DEL DISTRITO FEDERAL Y EN LOS ALTOS
FUNCIONARIOS DE LOS ESTADOS DE 1940 Y 1980
3. EL DELITO DE COHECHO Y LA LEY DE RESPONSABILIDADES
DE LOS SERVIDORES PUBLICOS DE 1982

CAPITULO CUARTO

EL DELITO DE COHECHO Y LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DELITO DE COHECHO

Ha sido una preocupación constante de nuestro sistema democrático constitucional, la prevención y el castigo de los funcionarios o servidores públicos inmorales. Desde la época de la colonia, en que existió el juicio de residencia para controlar y verificar el comportamiento lícito o ilícito de las autoridades virreinales hasta las recientes modificaciones realizadas por la actual administración al título IV de la Constitución a la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y al título X del Código Penal se advierte el manifiesto afán por lograr la honradez y eficiencia en el servicio público.

Dispositivos que sancionan la inmoralidad pública y la responsabilidad de los funcionarios, se encuentran en todos nuestros textos jurídicos fundamentales, En la Constitución de Apatzingán de 1814, que nunca estuvo vigente, en sus artículos 59, 120, 146, 147, 194, 198, 228 al 248. En a Constitución Federal de 1824 en los artículos 38 fracción III, 39, 40, 43, 44, y 137 fracción V. En las leyes constitucionales de la República Mexicana de 1836, en sus artículos 66 fracción

IV, 69, 100, 104, 116, 117 fracción I y II, 118 y 160. En las Bases Orgánicas de 1842, en los artículos 76, 77, 78 y 118 fracción I ⁷⁶.

De manera muy especial, en la Constitución de 1957, en los artículos 103 al 108 del Título IV, los cuales trataban en los delitos que incurrian los altos funcionarios de la Federación y de los Estados, estableciendo las sanciones de destitución e inhabilitación para los mismos, así como, el juicio político, el fuero y la inmunidad. Instituciones que se tomaron del sistema Norte Americano y que hoy con mayor arraigo, se mantienen dentro de nuestra estructura jurídica y a las que aludimos brevemente en páginas subsecuentes.

La Constitución de 1917, se repitieron las ideas contenidas de la ley Suprema de 1857. El título IV paso casi completo los artículos del 108 al 114, regulando la responsabilidad política y penal de los funcionarios públicos; dejando al legislador permanente, la aprobación de una ley reglamentaria del mencionado título, con la que pudiera imputarse la responsabilidad a todo aquél funcionario, que en el desempeño del cargo, incurriese en cualquier de las transgresiones legales, que hicieran necesarias su separación del ejercicio de poder y por consiguiente, su represión punitiva ejemplar. Para tal efecto el artículo 111 Constitucional previno en el párrafo V, que el Congreso de la Unión, expediría, a la mayor brevedad una ley sobre responsabilidades de todos los funcionarios y empleados de la federación, determinando como delitos o faltas oficiales, todos los actos u omisiones que pudieran redundar en perjuicio de los intereses públicos.

⁷⁶ Cárdenas F, Raul. Responsabilidad de los Funcionarios Públicos. Edit. Porrúa México 1982, p.p. 25-28.

Sin embargo no fue hasta 1939, cuando se expidió dicha ley reglamentaria del título IV Constitucional.

Varias han sido, las leyes de responsabilidades que desde 1917 a la fecha se han promulgado, buscando con ello, como es el de suponerse, el control y castigo de los malos funcionarios, desafortunadamente y a pesar que en todos estos años estuvieron vigentes, la Ley de Responsabilidades del 30 de diciembre de 1939 y la Ley del 31 de diciembre de 1979, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1980, raros fueron aquellos funcionarios deshonestos, expuestos al juicio de responsabilidad o juicio político, no tanto porque a partir de dichas leyes, la corrupción hubiera desaparecido de nuestro escenario político social, sino más bien, porque durante su vigencia, fue patente, la ausencia de una genuina voluntad política, pero por desgracia se tradujo en una mayor impunidad, sobre todo para ciertos funcionarios que desempeñaban cargos de cierta jerarquía. De esta forma las leyes de responsabilidades hoy abrogadas, vistas desde ángulos diversos, o pasan de ser por un lado, un buen intento o un intento fallido por combatir la inmoralidad de los funcionarios y empleados públicos, y por otro, una estructura normativa ideal, y de escasa aplicación en las zonas reales o efectivas del poder.

2. LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DEL DISTRITO FEDERAL Y EN LOS ALTOS FUNCIONARIOS DE LOS ESTADOS DE 1940 Y 1980.

Como se ha señalado, la Constitución de 1857; producto de una de las generaciones de mexicanos más lúcida que ha conducido al país, estableció en el título IV del artículo 103 al 108, al principio de responsabilidad de los altos funcionarios públicos. Bajo su vigencia, fueron expedidas sobre el particular, las leyes reglamentarias de noviembre de 1870 y junio de 1896. Esta última, se mantuvo vigente después de promulgarse la Constitución de 1917, pues aun cuando el artículo 111 Constitucional, en el párrafo V le impuso al Congreso de la Unión, la obligación de expedir seis títulos, con un total de 111 artículos y 6 transitorios.

El título primero, llamado Disposiciones Preliminares, tiene un capítulo único y 12 artículos; en el artículo I, se señala que los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito y Territorios, son responsables de los delitos y faltas oficiales que cometan en el desempeño de su cargo, en los términos de dicha ley y de las leyes especiales a que se refiere este artículo como se advierte, hace alusión a la materia que regula.

Artículo 2, precisa quiénes son para los efectos de la ley altos funcionarios de la Federación, siendo estos: el Presidente de la República, los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de la Nación, los Secretarios de Estado, los Jefes de Departamento Autónomos, el

Procurador General de la República, los Gobernadores y Diputados a las Legislaturas de los Estados.

Artículo 3, se refiere al Presidente de la República en los mismos términos que lo hace el párrafo segundo del artículo 108 de la Constitución; el artículo 4o. fija el plazo para exigir la responsabilidad oficial a los funcionarios; el 5o. trata sobre la reparación del daño; el 7o. a la intervención de los Procuradores en la Averiguación de los delitos oficiales; el 8o. a la acción popular que se concede a los particulares y la situación de éstos frente a una resolución favorable al funcionario; el 10o. fija el momento a partir del cual gozan del fuero constitucional los altos funcionarios de elección popular; el 11o. reitera lo que señala el artículo 110 Constitucional; 12o. prohíbe conceder el indulto a los funcionarios por delitos oficiales.

El título segundo, denominado de los delitos y faltas oficiales, en el capítulo primero artículo 13 alude a los delitos en que pueden incurrir los altos funcionarios de la Federación,. Transcribimos el contenido del artículo por considerarlo de gran importancia, no sin antes mencionar que los delitos oficiales que describen, son los mismos que con ligeras variantes aparecen en el artículo 3o. de la Ley de Responsabilidades de 1980 y en el artículo 7o. de la Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos de 1982; de los cuales haremos algunos comentarios más adelante.

Son delitos de los altos funcionarios de la Federación; señala el artículo 13 de la citada Ley de Responsabilidades:

- I. El ataque a las Instituciones democráticas;

- II. El ataque a la forma de Gobierno Republicano, representativo y Federal;
- III. El ataque a la libertad del sufragio;
- IV. La usurpación de atribuciones;
- V. La violación de garantías individuales;
- VI. Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes Federales cuando causen perjuicios graves a la Federación o a uno o a varios estados de la misma, o motiven algún trastorno en el funcionamiento de las instituciones;
- VII. Las omisiones de carácter grave, en los términos del artículo anterior.

La Doctrina Jurídico Penal, no ha dejado de criticar las anteriores hipótesis de las leyes de responsabilidades de 1940 y 1980, por considerar, como expresa Ignacio Burgoa, que no son delitos sino "situaciones generales" o políticas que no cumplen los requisitos de tipicidad, derivados del párrafo tercero del artículo 14 Constitucional; agregando además, que dada la variedad y alcance difuso de tales supuestos, era improbable en la realidad, que cualquier funcionario federal asumiese alguna conducta que se tradujera en los resultados previstos; por lo que resultaba imprácticos y de difícil aplicación en la realidad ⁷⁷.

Ciertamente, como se advierte, las fórmulas usadas por el legislador, resultaban vagas e imprecisas; por ejemplo; no explicaban ni definían los actos concretos que atacaban a las instituciones democráticas a la forma del gobierno republicano representativo y federal, o a la libertad del sufragio.

En opinión contraria crítica, se ha mencionado, que la falta de tipicidad de las fracciones de los artículos 3 y 13 de la Ley de Responsabilidades señaladas,

"No es factible, toda vez que el fenómeno político que se relaciona con la responsabilidad, adquiere un carácter ético o moral que escapa a las determinaciones indubitables de los textos legales" ⁷⁸.

Ahora bien, Título Segundo de la Ley de Responsabilidades nos interesa el Capítulo II, pues, alude a los "DELITOS Y FALTAS OFICIALES DE LOS DEMAS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA FEDERACION Y DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES". En efecto, en el artículo 18 se describen, en 72 fracciones, los delitos oficiales en que pueden incurrir, los funcionarios y empleados de la federación y del Distrito Federal, no comprendidos en el artículo 2o. de esta ley. En otros términos, los altos funcionarios, estaban exceptuados de quedar atrapados dentro del extremo coto de figuras delictivas, tipificadas en el mencionado dispositivo.

La fracción VIII del artículo 18 de la ley que se comenta, se refería al delito de cohecho de la siguiente manera: "Solicitar indebidamente dinero o cualquier otra dádiva, o aceptar una promesa para sí o para cualquier otra persona, por hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones". En tanto que en el artículo 19, establecía como sanción aplicable para el delito comprendido en la fracción VIII; prisión de 3 meses a cinco años y multa hasta de dos mil pesos.

Como puede advertirse, en la fracción VIII que se analiza el legislador no hizo sino reproducir alguno de los elementos típicos contenidos en la fracción I del artículo 217 del Código Penal de 1931, y considerar como delito de cohecho,

⁷⁷ Burgoa O. Ignacio, citado por Raúl F. Cárdenas. ob. cit. p. 554.

⁷⁸ Bunster, Alvaro y otros. Las Responsabilidades de los Servidores Públicos. Edit. Porrúa.

cometido por el funcionario público, la "SOLICITUD" indebida de dinero, de cualquier dádiva o la "ACEPTACION" de una promesa; dejando al mismo tiempo fuera de la adscripción típica, la "RECEPCION" de dinero, obsequios o dádivas por lo que al omitirse esta forma de realización del delito, quedaba sin castigo, una práctica muy frecuente dentro del medio oficial, consistente en recibir toda clase de regalos -incluido el numerario-, de los particulares que buscan o tratan de congraciarse ante el funcionario público.

Por otra parte, además de evitarse formular sanción alguna sobre el cohecho activo, en virtud de que la ley de responsabilidades se dirigía a regular concretamente la conducta de los funcionarios públicos, la sanción aplicable a éstos últimos, en caso de adecuar su comportamiento a la descripción típica de la fracción VIII, era la prevista en el artículo 19 fracción III, que venía siendo la misma que estableció el artículo 218 del Código Penal de 1931; de tres meses a cinco años de prisión y multa de hasta dos mil pesos.

Ahora bien, no escapó a la doctrina ⁷⁹, el análisis de las consecuencias que se generaron, al señalarse en la ley reglamentaria la distinción constitucional entre los delitos comunes y los oficiales de los altos funcionarios, prevista en los artículos 109 y 111 de la Constitución de 1917

Se apunta, que el Congreso facultado por la Constitución para expedir a la MAYOR BREVEDAD, una ley de Responsabilidad de todos los funcionarios y empleados de la federación -artículo 111 fracción V, antes de su reforma de 1974-;

⁷⁹ S.A. 1984. México. p. 76.
Cárdenas, F. Raúl. ob. cit. p. 85.

cometió en la ley reglamentaria de 1940, de mencionar en el capítulo II, todo un catálogo de conductas consideradas como delitos de los demás funcionarios y empleados de la federación y del Distrito y Territorios Federales, cuando aún existía un conjunto de disposiciones penales en el Código vigente de 1931, tipificando los delitos de los funcionarios

En efecto, en el artículo 13 de la Ley de Responsabilidades, se agruparon todas las figuras jurídicas de los títulos X y XI, del ordenamiento punitivo, además de otras disposiciones de diversas leyes. Ahora bien, como el artículo 6 transitorio de esta ley dispuso: "Se derogan en cuanto se opondan a la presente, todas las leyes y disposiciones de carácter general referentes a responsabilidades de funcionarios y empleados públicos"; y el artículo 9 del Código Civil, establece el principio de que "La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior, "ocurrió en consecuencia, que las disposiciones del Código Penal aplicables también como delitos comunes a los altos funcionarios, quedaron derogadas, engendrando a su favor de acuerdo con los juristas, una absurda inmunidad, pues cuando menos formalmente, les eran inaplicables las figuras típicas previstas en el artículo 18.

Al respecto, González Bustamante no dice, que los altos funcionarios de la federación no podrían cometer los delitos tipificados en el artículo 18 de la Ley de Responsabilidades; ya que la misma disponía que todas las infracciones a la Constitución o a las leyes federales que no se encontraran comprendidas dentro del artículo 13, se considerararan como faltas oficiales, y como la ley procedía por

eliminación a diferenciar los delitos de los altos funcionarios, de los delitos que llegaran a cometer los demás funcionarios y empleados de la federación y del Distrito Federal, resultaba que a los altos funcionarios, no les eran imputables los delitos descritos en las 72 fracciones del artículo 18 por carecer de calidad típica del sujeto activo⁸⁰.

Por lo tanto, el delito de cohecho previsto en la fracción VIII del multicitado artículo 18, no le era aplicable al alto funcionario; aun cuando hipotéticamente, llegara a realizar una conducta que se ajustara a la descripción legal de la citada fracción.

Por otro lado, el hecho de que las figuras típicas del título X y XI del Código Penal se encontraran definidas dentro de las 72 fracciones del artículo 18 de la Ley de Responsabilidades, regulando ambos cuerpos legales una misma conducta, no dejó de causar cierta confusión. El problema consistía en precisar en cada caso concreto la ley que debía prevalecer. Hubo fracciones del artículo 18, que al ser iguales a algunos de los dispositivos del ordenamiento punitivo derogaron a estas últimas. Tal es el caso por ejemplo del artículo 214 fracciones VII, VIII y X, semejantes a las fracciones XVI, XVII, XIX de la Ley de Responsabilidades.

Veamos a manera de ilustración, una fracción de ambos.

Código Penal artículo 214: Comete el delito de abuso de autoridad todo funcionario público, agente de gobierno o sus comisionados, sea cual fuere su categoría, en los casos siguientes.

⁸⁰ González Bustamante J. J. Citado por Raúl F. Cárdenas. ob. cit. p. 89.

VII.- Cuando abusando de su poder haga que le entregue algunos fondos, valores y otra cosa que no se le haya confiado a él y se le apropie o disponga de ellos indebidamente por un interés privado.

Ley de Responsabilidades, artículo 18: Son delitos oficiales de los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal;

XVII.- Hacer uso de autoridad para obligar a sus subalternos a que les entreguen fondos, valores o cualquier otra cosa que se haya confiado a éstos, y se les apropien o dispongan de ellos indebidamente por intereses privados, sean en su favor o de cualquier otra persona.

Como se observa, las fracciones casi son idénticas, por lo que dado por el artículo 6o. transitorio de la Ley de Responsabilidades, prevalecía esta última derogando a la primera.

No fue esta la situación para el delito de cohecho, ya que las fórmulas utilizadas por el legislador para describirlo en los respectivos dispositivos, no eran iguales, además, el artículo 22 de la Ley de Responsabilidades expresa que "en todo aquello que no pugne con las disposiciones de la presente ley", son aplicables las reglas consignadas en el Código Penal"

En consecuencia, se presentaron dos situaciones distintas para el cohecho. En una, el sujeto activo es el "ENCARGADO" de un servicio público centralizado o descentralizado o el "FUNCIONARIO" de una empresa del estado, y los "PARTICULARES". En la otra el sujeto activo es un "FUNCIONARIO" o "EMPLEADO PUBLICO ", que solicita indebidamente dinero o cualquier otra

dádiva o acepta una promesa por hacer u omitir algo justo o injusto, relacionado con sus funciones.

Ahora bien, en función de lo anterior, seguramente en la práctica se presentó el delito de cohecho cometido por el encargado de un servicio público, por un funcionario de empresa paraestatal, o por un particular, aplicándose en este caso, al artículo 217 del Código Penal. Pero, también se debió haber presentado el delito, cometido por un funcionario o empleado público, y adecuándose a la fracción VIII del artículo 18 de la Ley de Responsabilidades. Y en una tercera posibilidad de cometerse el delito de cohecho por un alto funcionario público, en cuyo caso, resultaban ineficaces ambos dispositivos para capturar su conducta.

En el plano teórico, toda la situación antes descrita, se vio alterada con la expedición de la Ley de Responsabilidades de los funcionarios públicos y empleados de la federación, del D.F., y de los altos funcionarios de los estados, de fecha 27 de diciembre de 1979, publicada en el Diario Oficial de 4 de enero de 1980.

En la exposición de motivos de dicha ley se expresaba: "La igualdad ante la ley en un imperativo para la realización de la justicia. Con este propósito desaparece en la tipificación, el distingo, establecido en el ordenamiento en vigor, entre los "delitos de los altos funcionarios de la Federación", y los cometidos por los demás funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales", para comprender bajo un mismo rubro todos los sujetos responsables.

En lo que respecta a los delitos oficiales, se precisa su tipificación. Se define como los actos u omisiones de los funcionarios y empleados referidos, los cometidos durante su encargo o con motivo del mismo que redunden en perjuicio del buen despacho. Para evitar conflictos normativos, se preceptúa que estos delitos serán considerados oficiales, siempre que no sean tipificados, en el Código Penal o en otra ley pues en tal caso, serán considerados como delitos comunes y sujetos al ordenamiento correspondiente, si como los tribunales competentes⁸¹.

Con la Ley de Responsabilidades de 1980, se suprimen todas las figuras jurídicas, contenidas en las fracciones del artículo 18 de la Ley de Responsabilidades de 1940; borrando de esta forma la distinción que dicha ley hacía entre los delitos oficiales de los altos funcionarios y los delitos oficiales de los demás funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito. Del mismo modo la ley resolverá la discusión planteada en la relación a la vigencia de los títulos X y XI del Código Penal de 1931 y de otras leyes que habían sido agrupadas en el artículo 13, remitiendo al ordenamiento punitivo, la conducta ilícita del funcionario o empleado, cuando la misma se adecuara a cualquiera de los tipos previstos de dicho título.

Por su parte el legislador de 1979, al derogar las figuras legales del tantas veces citado artículo 18, estableció como delitos oficiales de todos los funcionarios y empleados de la Federación en el artículo 3o. de la ley a:

- i. El ataque a las instituciones Democráticas . . .

⁸¹ Exposición de motivos de la Ley de Responsabilidades de 1979, citada por Raúl F. Cárdenas. ob. cit. p. 500.

Por cuanto hace al delito de cohecho, este quedó suprimido al derogarse las descripciones típicas del artículo 18 de la anterior Ley de Responsabilidades de 1940. De donde resulta, que si un alto funcionario llegaba a incurrir en actos equiparables al cohecho por ser este delito común, previsto en el artículo 217 del Código Penal para el D.F., era necesario si quería reprimirse agotar previamente el requisito de procedibilidad. La Cámara de Diputados erigida en gran jurado, conoce de la acusación y declara por mayoría absoluta de votos de sus miembros, si a lugar a proceder en contra del alto funcionario, por el delito cometido, quedando en caso afirmativo. Separado de su cargo y sujeto por esta ya privado del fuero, a la acción de los Tribunales Comunes.

Si quien incurrieran en tal delito en el desempeño o cargo era un empleado público o un funcionario de menor jerarquía, al ser acusado, por carecer de fuero, y en consecuencia no existía el obstáculo procesal de la declaratoria de procedencia, podía ser detenido sin mayor dificultad y puesto a disposición del órgano judicial competente.

Pero tratándose de delitos oficiales, esto es, de actos u omisiones que pudieran redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, cometidos por los altos funcionarios y por los empleados públicos; la ley establecía aún procedimiento muy distinto para unos y para otros.

Para el empleado público, el procedimiento ordinario penal, mismo que una vez terminado y formuladas las conclusiones del Ministerio Público, del acusado y la defensa, se remitían en su caso, al jurado de Responsabilidades Oficiales de los funcionarios y Empleados Públicos, suprimido por cierto, en la vigente Ley de

Responsabilidades de 1982, por el contrario, si se trataba de un alto funcionario, la ley instituía el juicio político, al que nos referimos en el siguiente punto muy brevemente.

3. EL DELITO DE COHECHO EN LA LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS DE 1982.

Con un claro propósito por combatir la corrupción, desde la Administración anterior, inclusive desde su principio de su gestión o coincidiendo con la profunda crisis no sola económica sino moral también que afecta por igual a todas las instituciones y ahora en la actual administración del Presidente Salinas de Gortari en su interés de adecuar el marco jurídico, para prevenir y castigar la inmoralidad en el servicio público, a fin de garantizar que la conducta de sus funcionarios en el desempeño de sus tareas propias de su cargo, se desenvuelvan con honradez y lealtad.

Para tal efecto en el mes de diciembre de 1982, se reformó sin alterar su economía, todo el título IV de la Constitución Política, que desde 1917 se había mantenido casi sin variación alguna.

Se expide una Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre, se reforma el Título X del Código Penal el Diario Oficial de la Federación, del 5 de enero de 1983.

Se crea un nuevo organismo de control y evaluación de la gestión pública, como lo es la Secretaría de la Contraloría General de la Federación. Y a partir de su funcionamiento, la opinión pública empieza a conocer las primeras denuncias sobre fraude, peculado, cohecho, abuso de funciones y otras irregularidades

cometidas por exfuncionarios y servidores públicos en funciones dentro de los regímenes anteriores y actual.

Ahora bien, de las medidas adoptadas, nos interesa principalmente la Ley de Responsabilidades de los Servidores públicos.

La ley está dividida en cuatro Títulos con 90 artículos y 4 transitorios.

Una de las primeras novedades que se advierten, es el cambio de nombre de los sujetos considerados por la ley, a los que se nombre "Servidores Públicos", en concordancia con la denominación adoptada en el Título IV Constitucional.

El Título Primero, contiene un solo capítulo de Disposiciones Generales con cuatro artículos.

El Título segundo, con cuatro capítulos, regula el juicio Político y la declaración de procedencia, conocida comúnmente como desafuero.

El Título tercero, en dos capítulos contempla una novedad más adentro del sistema jurídico; la responsabilidad administrativa cuyo objeto viene siendo, el "salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que debe ser observada en el desempeño de su empleo, cargo o comisión públicos" artículo 47 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

La ley, institucionaliza un régimen de responsabilidades de los servidores públicos, distinguiendo en tres planos diferentes; la política, lo penal y la administrativa.

La primera de estas responsabilidades, la encontramos dentro del capítulo II, con el nombre de Juicio Político, término que de ningún modo, se utilizó en las leyes que le precedieron.

En efecto, la Constitución de 1857, distinguió los delitos del orden común y los delitos oficiales, considerando a estos últimos como aquellos que se pueden incurrir los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo; este criterio se mantuvo en la Constitución de 1917 y en las leyes reglamentarias subsecuentes; de manera que la responsabilidad de los funcionarios por los delitos y faltas cometidas, giraba en torno a la institución del Fuero Constitucional.

El Juicio Político, puede entenderse como el procedimiento a través del cual, se juzga a los altos funcionarios por delitos o situaciones de esa misma naturaleza, otorgando transitoriamente la facultad persecutoria y el ejercicio de la acción penal monopolizada en todos los demás casos por el Ministerio Público, a dos órganos políticos: la Cámara de Diputados que se convierte en órgano investigador y acusador y la Cámara de Senadores que asume atribuciones para dictar sentencia de destitución o inhabilitación para el desempeño de nuevas funciones públicas.

Ahora bien, el artículo 7o. de esta Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, enumera en ocho fracciones los ilícitos oficiales que originan el juicio político. Tales delitos son los mismos que aparecen en la Ley Reglamentaria anterior, en el artículo 3o. y a los que ya nos hemos referido; señalando que no son tipos delictivos, pues no describen en su exacto sentido la conducta integrativa del ilícito siendo más bien situaciones o enunciados generales de conductas que como lo expresa el artículo 7o. de la ley, redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su despacho.

También dentro del mismo título, en el capítulo IV, la Ley se refiere a la responsabilidad penal del servidor público, en función de la inmunidad procesal, conocido anteriormente como desafuero y hoy en día; declaración de procedencia. Establecida en favor de ciertos funcionarios o servidores públicos por los delitos comunes y los delitos oficiales que cometan en el desempeño de su cargo.

El régimen de inmunidades o fuero integra un esquema de garantías concedido a quienes desempeñan una función pública de alto nivel, con el propósito de no entorpecer u obstaculizar las actividades que realiza para la sociedad y el Estado. La inmunidad, implica que quien la disfruta es irresponsable penalmente, es decir, que los actos u omisiones delictuosas en que incurra quien posee esta prerrogativa, no tiene significación jurídica.

"GESTION PUBLICA", la inmunidad no destruye el carácter ilícito de la conducta sino que impide su represión durante el tiempo que dure la función pública. Así por ejemplo, el Presidente de la República goza de inmunidad respecto a los delitos comunes, pues dice el artículo 108, segundo párrafo, que durante el tiempo que dure en el cargo, solo podrá ser acusado por traición a la patria y por delitos graves del orden común. Por su parte, los Diputados y Senadores también gozan de inmunidad; conocida ésta como inmunidad parlamentaria, a ella se refiere el artículo 61 de la Constitución al expresar que los Diputados y Senadores son inviolables por las opiniones que expresan en el desempeño de su cargo y jamás, esto es, nunca, podrán ser reconvenidos por ellos.

En cambio el fuero, significa para quien lo posee, la imposibilidad a la facultad de no ser acusado ante un juez ordinario, sin antes no ser agotada el

requerimiento previo o sea el requisito que en nuestro Derecho, recibe el nombre de declaración de procedencia o requisito de procedibilidad. Este privilegio de viejos antecedentes, se encuentra justificado en la necesidad de garantizar a los altos funcionarios el ejercicio libre de sus funciones que se veían afectadas en perjuicio de la comunidad si se le dejara fácilmente expuestos a la inquina y pérdida de los enemigos políticos gratuitos.

En cuanto a la responsabilidad administrativa, el artículo 47 de la ley, señala en 22 fracciones las causas que la producen; por faltar el servidor público a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficacia en el desempeño de su tarea. Creemos que algunas fracciones de este precepto, se encuentran descritas en forma tan genérica, que las autoridades administrativas encargadas de vigilar su cumplimiento, se ven dotadas de amplios poderes discrecionales, para sancionar al servidor público sin mayor razón de peso, que el estado de ánimo del superior jerárquico hacia el subordinado.

Motivo de particular interés para nosotros, reviste la extensa fracción XV del artículo 47 que se expresa del tenor siguiente: Abstenerse se refiere al servidor público, durante el ejercicio de sus funciones de solicitar, aceptar o recibir por sí o por interpósita persona, dinero, objetos mediante enajenación a su favor en precio notoriamente inferior al que el bien de que se trate y que tenga en el mercado ordinario, o cualquier donación.

Consideramos, que tal como está redactada la fracción n la primera parte hace alusión el delito de cohecho; y de ninguna manera se justifica su inclusión como causal de responsabilidad administrativa, toda vez que el ilícito se encuentra

previsto en el artículo 222, fracción I del Código Penal, por lo que resulta inconstitucional su inclusión y violatoria del principio "non bis in idem" contenido en el artículo 23 de la Constitución y para reforzar nuestro punto de vista, nos remitimos al artículo 109 Constitucional fracción II, que señala: La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal.

Con mayor propiedad, el artículo 88 de la Ley de Responsabilidades vigente, expresa en el último párrafo: Se castigará como COHECHO las conductas de los servidores públicos que violen lo dispuesto en el artículo y serán **SANCIONADOS EN LOS TERMINOS DE LA LEGISLACION PENAL** el subrayado es nuestro.

Esta especial forma de cohecho, se produce cuando el servidor público: "durante el desempeño de sus funciones, empleo, cargo o comisión y un año después, solicita, acepta o reciba por sí, o por interpósita persona, dinero o cualquier otra donación, servicio, empleo, cargo o comisión para sí o para personas a que se refiere la fracción XIII del artículo 47 y que procedan de cualquier persona cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentran directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público en el desempeño de su función, su empleo, cargo o comisión que determinen conflicto de intereses".

Sin embargo, los alcances de la medida diseñada en la primera parte del artículo 88 de la Ley de Responsabilidades de los servidores Públicos señala: "Para los efectos del párrafo anterior, no se considerarán los que recibe el servidor

público en una o más ocasiones, de una misma persona física o moral de las mencionadas en el párrafo precedente, durante un año cuando el valor acumulado durante ese año no sea superior al de diez veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de su recepción". De manera que se admite que el servidor público pueda aceptar las dádivas, obsequios, regalos o como quiera denominárseles, siempre y cuando éstos no sobrepasen en ese año el equivalente a diez veces el salario mínimo. Con tal disposición seguramente se busca dejar al margen de toda represión, la gratitud o la cortesía de que quede ser objeto el servidor público, al punto de permitirle aceptar regalos u obsequios de poco monto. No obstante, la medida en sí al problema de las pequeñas dádivas, o deja de provocar las suspicacias de la corrupción.

El tercer párrafo del artículo 88 complementa al párrafo primero, pues dispone que "En ningún caso se podrán recibir de dichas personas títulos, valores, bienes inmuebles o cesiones de derechos sobre juicios o controversias en los que dirima la titularidad de los derechos de posesión o de propiedad sobre bienes de cualquier clase.

La prohibición es definitiva para el servidor público, infringirla y recibir los bienes descritos en ella, equipara una conducta delictiva de cohecho, punible en los términos del artículo 222 del Código Penal Vigente.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito de cohecho, no es una figura de reciente creación, podríamos afirmar que acompaña al hombre desde que éste organiza una estructura de dominación, por lo cual su esencia hay que buscarla en la misma naturaleza humana, en razón de sus defectos que le son inherentes.

SEGUNDA.- Dentro del Antiguo Derecho Español en el Fuero Federal Juzgo, y más tarde en las Siete Partidas, llegaron a sancionar en forma drástica el delito de cohecho con penas de degradación, destierro y confiscación de los bienes. En México, bajo el influjo netamente español, se reguló por primera vez en el Código Penal de 1871, sancionando al corruptor con penas que incluían además de la multa, la prisión, destitución e inhabilitación.

TERCERO.- En el Código Penal Mexicano de 1929 cuya vigencia fue efimera, se tipificó al delito de cohecho en forma muy similar al Código Penal de 1871, estableciendo una causa absoluta, en favor del cohechado.

En el Código Penal de 1931, como los diferentes proyectos de Códigos Punitivos que se elaboraron, se le consideró, con una penalidad atenuada; situación que se modificó acertadamente, con la reforma penal introducida en el título IV de la Ley Sustantiva, al elevarse no sólo la penalidad conforme a un criterio cuantitativo, sino a su vez, al instaurarse nuevamente, las penas de destitución e inhabilitación del funcionario corrupto.

CUARTA.- El delito de cohecho, como todo delito, es un fenómeno social que sería mecanicista explicar, en función de las tendencias criminales de los

sujetos responsables del ilícito, cuando es evidente que conciernan a su realización, con toda una serie de factores causales, como los físicos y los sociales, destacando dentro de estos últimos, la situación económica, el mal ejemplo, la impunidad, la degradación moral y otros aspectos no menos importantes.

QUINTA.- En nuestro país, el cohecho es un delito de corrupción ministerial, con el que se alude a una conducta reprobable ante la opinión pública, por mezclarse los deberes del cargo con la ambición del dinero. Sin embargo cuando empleamos el concepto de corrupción, nos referimos no solo al delito de cohecho sino a una diversidad de conducta que lastiman a todo el cuerpo social y que a fuerza de costumbre, han llegado a considerarse incluso, como un mal endémico de la sociedad mexicana.

SEXTA.- El delito de cohecho por la posición que tiene dentro de la estratificación social, los sujetos que participan en la ejecución del cohecho, convierten a este delito en un ilícito característico de la criminalidad profesional, de los llamados delitos de cuello blanco en los que juega un papel decisivo: la ocupación, la calidad del funcionario, el conocimiento y la información, por lo tanto no es un delito peculiar de las clases populares; obreros, campesinos o indígenas, sino de profesionales que fueron calificados de honestos y rectos (recuérdese los juramentos).

SEPTIMA.- Tomando en cuenta la descripción típica del delito de cohecho expresada en el artículo 222 del Código Penal vigente para el Distrito Federal lo clasifican doctrinalmente como:

- a) Es un delito de acción, no de omisión, la conducta del sujeto responsable consiste en solicitar, recibir o aceptar algo según la fracción I, o dar u ofrecer algo, de acuerdo con la fracción II.
- b) El precepto contemplado en dos fracciones lo que la Doctrina denomina cohecho pasivo y cohecho activo.
- c) Es un delito Unisubsistente.
- d) En orden a la duración; es un delito instantáneo, se agota en el momento que se solicita, se recibe, se acepta, se da u ofrece algo.
- e) Es un delito de daño o lesión, la conducta en el delito de cohecho, es típica cuando coincide el comportamiento el servidor público con cualquiera de las hipótesis descritas en el artículo 222 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.
- f) El delito de cohecho en orden al tipo, es fundamental o básico, no depende de otro delito, es también autónomo o independiente ya que tiene vida propia.
- g) Es un tipo alternativamente formado, se ejecuta con cualquiera de los actos previstos en el artículo 222 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.
- h) Es un tipo anormal, posee en su formulación legal, elementos normativos de valoración cultural.
- i) El bien jurídico protegido por el delito de cohecho es el normal funcionamiento de la administración pública.

- j) El objeto material del delito de cohecho, es el estado, concretamente la administración pública.
- k) El sujeto pasivo del delito de cohecho, es el estado, concretamente la administración pública.
- l) La atipicidad en el delito de cohecho, se presentará cuando no haya adecuación de la conducta al tipo, es decir no acorde a la fórmula legal descrita por el artículo 222 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.
- m) Habrá antijuricidad en el delito de cohecho, cuando siendo típica la conducta del servidor público no esté aparada por una causa de justificación o licitud
- n) Difícil es encontrar en el delito de cohecho una hipótesis que justifique la conducta delictiva que elimine el carácter ilícito de la misma.
- ñ) La imputabilidad en el delito de cohecho, aparece desde el momento en que el servidor público, tiene la capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta y para determinar, es decir, la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. Por lo cual, difícilmente se puede preetar en este delito la inimputabilidad.
- o) El cohecho, es un delito doloso, no es un delito culposo y es factible de la inculpabilidad, por error y por no exigibilidad de otra conducta, que para algunos autores será obediencia jerárquica

- p) El delito de cohecho como en cualquier delito doloso recorre su propia trayectoria desde la mera representación hasta su consumación, la cual se agota desde el momento que el servidor público "solicita, recibe, o acepta" o "el particular da u ofrece, por lo cual la tentativa es difícil de encuadrar en este delito
- r) El cohecho puede ser según las circunstancias, un delito unisubjetivo o plurisubjetivo, ya que se puede cometer por uno varios servidores públicos.
- s) Al consumarse el delito de cohecho se pueden presentar diversos grados de participación como la autoría, coautoría, complicidad e instigación.
- t) Por la forma de su persecución el delito de cohecho se persigue de oficio.

OCTAVA. De 1917 a la fecha, se han expedido tres leyes Reglamentarias del título IV de la Constitución, lamentablemente durante todo este tiempo, cuando menos hasta antes de promulgarse la Ley de Responsabilidades de los servidores públicos de 1982, raros fueron los funcionarios sometidos a juicio de responsabilidad, desde luego que esto se debe, no tanto a que la conducta de los altos funcionarios, se haya apegado estrictamente a la ley, sino más bien a la falta de voluntad del propio sistema político, para someter las corruptelas e inmoralidades de sus propios cuadros, por lo cual y sólo como excepción, el juicio de Responsabilidades se impuso a algún funcionario en desgracia, ante la expectativa pasiva ciudadana, como no creemos que este sea el criterio que se

deba seguir y que siga prevaleciendo, las clases gobernantes tendrán que ser respetuosas de la legalidad existente reprimiendo ejemplarmente toda conducta deshonesta de los servidores públicos de alta jerarquía, al margen de las consideraciones políticas que ello implique, pues se debe evitar a toda costa la desconfianza de los ciudadanos en sus instituciones; la impunidad que tanto daño ha causado a la sociedad y la generalización de la corrupción gubernamental.

En forma plausible, la Ley de Responsabilidades de los servidores públicos de 1982, institucionaliza un régimen de responsabilidades, colocando a la responsabilidad política por encima de la penal y administrativa, por debajo de este acorde con el título IV de la Constitución. Esta Ley de Responsabilidades; al igual que la que le procedió, deja al Código Penal la tipificación de los delitos cometidos por los servidores públicos; sin embargo por excepción el artículo 88 de la Ley Reglamentaria anteriormente citada, prohíbe determinadas conductas de estos equiparándole al delito de cohecho y remitiéndolas al Código Penal para su sanción, en los términos del artículo 222 del Ordenamiento punitivo, del cual se hizo su análisis dogmático, jurídico, en este trabajo de tesis.

NOVENA.- Que el servidor público al cometer el ilícito denominado cohecho, no sólo afecta a los intereses económicos, sociales, políticos, culturales, sociológicos, etc., del sujeto pasivo sino también la reputación y honorabilidad de la que supuestamente están investidos los funcionarios públicos por lo cual lesionan también la imagen estatal, en virtud del daño moral.

BIBLIOGRAFIA

BUNSTER ALVARO, BARRAGAN JOSE, Y OTROS. Las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Edit. M. Porrúa, México, 1984

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Código Penal Anotado, Edic. 8o. Edit. Porrúa, México, 1980

CARRANCA, FRANCISCO. Programa del Curso de Derecho Criminal, Vol. 7 parágrafos 2543, 2545, 2556, 3o. Edic. Temis, Bogotá 1973

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. lineamientos Elementales de Derecho Penal, 9o. Edic. Edit. Porrúa, México, 1975.

CARDENAS F. RAUL. Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, Edit. Porrúa, México, 1984.

CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal Español, Tomo I, Vol I, 16o, Edic. Edit. Bosch, Barcelona, 1971

DE MEDINA Y ORMACHEA, ANTONIO. Código Penal Mexicano, Sus motivos y Concordancias, Tomo I y Leyes Complementarias, Edit. Imprenta Gobierno en Palacio. G.E.P. México, 1880.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Código Penal Comentado, 3o. Edic. Edit. Porrúa, México, 1976

JIMENEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, Edit. Sudamérica, Buenos Aires, Argentina, 1958

JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, 2o., Edic. Edit. Losada, Buenos Aires, 1956

MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal. Vol. I y III, 4o. Edic. Edit. Temis, Bogotá, 1972

MANZINI, VICENZO. Tratado de Derecho Penal. Tomo 8, Vol. III, Edit. Suc. Anón. Editores, Edit. Edlar, Buenos Aires, 1961

MEZGER, EDMUNDO. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Traducc. de la 6o Edic. Alemana por el Dr. Conrado A. Finzi, Edit. Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1958

MOMMSEN, TEODORO. Derecho Penal Romano, Tomo II, Biblio, Juris. Filos. Hist. Madrid, España

PACHECO JOAQUIN. código Penal Concordado y Comentado, Tomo II, Edit. M. Tello, Madrid, 1870

PORTE PETIT, CELESTINO. Apuntamiento de la parte General de Derecho Penal. 2o. Edic. Edit. Regina de los Angeles S.A. México, 1973

PORTE PETIT, CELESTINO. Importancia de a Dogmática Jurídica Penal, 1o. Edic. Edit. Impreso en México, Gráficas Panamericanas, México, 1954, Conferencia Dictada en la Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales.

SOLER SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. Tomo I y V, 3o. eimpresión, Edit. Tea, buenos Aires, 1956

VILLALOBOS IGNACIO. Derecho Penal Mexicano, 4o. Edic. Edit. Porrúa México, 1984

Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, Revista Mexicana de Derecho Penal, Procuraduría General de Justicia del D.F. Marzo de 1964

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929 Código Penal para el Distrito Federl de 1931, Edic. 19o. y 48. Editorial Porrúa, México 1991

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal de 1949, Editorial Secretaría de gobernación, México 1949

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, Revista Criminalia, Octubre de 1958

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México 1985

Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación del Distrito y Territorios Federales de 1940

Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados de 1980

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de 1982. Reimpresa en 1986. Edit. Andrade, S.A. de C.V.