



UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 224 DEL
CÓDIGO PENAL FEDERAL”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

RAMON ANTONIO MEDINA OLVERA

Director de Tesis:

LIC. MIGUEL ANGEL GORDILLO GORDILLO

Revisor de Tesis

LIC. ADELA REBOLLEDO LIBREROS

BOCA DEL RIO, VER.

2008



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.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.1 Planteamiento del problema	6
1.2 Justificación del problema?	6
1.3 Delimitación de objetivos	6
1.3.1 Objetivos generales.....	6
1.3.2 Objetivos específicos.....	6
1.4 Formulación de hipótesis	7
1.4.1 Enunciación de hipótesis.....	7
1.5 Identificación de variables	7
1.5.1 Variable independiente.....	7
1.5.2 Variable dependiente.....	7
1.6 Tipo de estudio	8
1.6.1 Tipo de investigación documental.....	8
1.6.1.1 Bibliotecas públicas.....	8
1.6.1.2 Bibliotecas privadas.....	8
1.6.2 Técnicas empleadas	8
1.6.2.1 Fichas bibliográficas.....	8
1.6.2.2 Fichas de trabajo.....	8
CAPITULO II ANTECEDENTES HISTORICOS.....	9
2.1 Roma	9
2.2 España y época colonial	11
2.3 México independiente	12
2.4 Constitución de 1917	13
2.5 Ley de 1940	15
2.6 Reformas de 1974 a la lye de 1940	21
2.7 Ley de 1980	21
2.8 Unión Europea	24
2.9 Antecedentes Latinoamericanos	25
2.10 Argentina	26

CAPÍTULO III	LEGISLACION VIGENTE REFORMAS A LA COSTITUCION GENERAL DE LA REPUBLICA, NUEVA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE SERVIDORES PUBLICOS Y REFORMA PENAL DE 1982.....	34
3.1	Renovación moral de la sociedad	34
3.2	Cambios a la Constitución	35
3.3	Reforma administrativa	42
3.4	Procedimiento administrativo cuando al funcionario se le detecta signos de riqueza	42
3.5	Procedimiento instruido a servidores públicos. Garantía de audiencia.	47
3.6	Formalidades esenciales del procedimiento son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo.	48
3.7	Creación de la secretaria de la contraloría general de la federación hoy secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo.	49
3.8	Facultad administrativa de la secretaria para investigar un posible enriquecimiento ilícito.	51
3.9	Plazo para iniciar el procedimiento administrativo de investigación	53
3.10	Reforma penal y su relación con el artículo 109 Constitucional.	56
3.11	Confusión en tribunales federales	59
CAPITULO IV	ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 224 DEL CODIGO PENAL FEDERAL.....	65
4.1	La redacción del ilícito penal carece de claridad no es precisa ni exacta, ya que no define una conducta, sino solo un resultado, y por lo tanto atenta contra el principio de seguridad jurídica y no es comprensible para los destinatarios de la norma.	67
4.3	Viola el principio de inocencia y permite la inversión en la carga de la prueba.	73
4.4	Viola la garantía de la no autoincriminación a que se refiere la fracción II del artículo 20 Constitucional	75
4.5	Crea un delito de sospecha que transgrede igualmente el principio Indubio Pro Reo	77
4.6	Crea un tipo penal en blanco, al hacer una remisión directa a la Ley Federal de responsabilidades de los servidores públicos, que como norma de elemento no regula absolutamente nada.	78
4.7	Rompe con el principio acusatorio previsto en los artículos 21A y 102A Constitucionales	81

CAPITULO V NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARATORIA DEL ARTÍCULO 90 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO A DICHA DECLARATORIA.....	84
5.1 ¿Cuáles son los efectos y requisitos del requerimiento que se formula al funcionario público?	85
5.2 Con que plazo cuenta la secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo para requerir al funcionario que justifique su patrimonio	92
5.3 ¿La declaratoria del artículo 90 es una Conditio Juris de la punibilidad?, ¿Es un acto equivalente a la querella?, ¿O será una condición objetiva de punibilidad?	94
5.4 Presupuestos del delito	96
5.4.1 Bien jurídico protegido.....	97
5.4.2 SUJETO ACTIVO.....	101
5.4.3 Sujeto pasivo.....	110
5.4.4 Objeto material.....	111
5.5 Elementos descriptivos	111
5.6 Incorrecta denominación del término servicio público	113
5.7 Conducta punible	116
5.8 Bienes que abarcan la conducta	121
5.9 Hipótesis relativa a quien haga figurar como suyos bienes del servidor público	123
CONCLUSIONES.....	126
BIBLIOGRAFÍA.....	131

INTRODUCCION

Desde la antigüedad el ser humano ha buscado el incremento de su patrimonio con el fin de procurarse mayor bienestar para si mismo los suyos, se trata pues de un fin licito cuyo logro es motivo de aceptación e incluso admiración en el seno social para quien se ha enriquecido, de ahí los refranes: poderoso caballero es don dinero, con el dinero baila el perro o el dinero no es la felicidad pero como ayuda.

No obstante, el fin no justifica siempre los medios empleados para alcanzarlo y, en este sentido, el enriquecimiento a través de conductas ilícitas está prohibido. Así, por ejemplo, para los particulares está prohibido robar, defraudar o extorsionar, mientras que a los servidores públicos se les prohíbe aquellas conductas que suponen el uso indebido de la función pública y que, las mas de las veces, suponen un incremento patrimonial, como sucede en los supuestos de cohecho, peculado o concusión.

Lo anterior nos lleva a una primera conclusión: solo está prohibido enriquecerse a través de conductas ilícitas.

La conclusión anterior hace recaer en la conducta ilícita que origina el resultado "enriquecimiento el centro

de la imputación objetiva para determinar el tipo penal que capta dicho disvalor de la acción.

Si, por el contrario, dejáramos de lado la conducta y quisiéramos determinar el tipo objetivo haciendo descansar la fundamentación de la imputación objetiva en el puro resultado de enriquecerse (disvalor del resultado) estaríamos sosteniendo que todo enriquecimiento está prohibido. Nada más alejado de la realidad, el puro hecho de enriquecerse, como hemos visto, no está prohibido, es mas por si mismo se trata de un resultado valioso para su titular y para la sociedad.

Por ello, si se quisiera sancionar penalmente a un particular por el simple hecho de haber acumulado una cuantiosa fortuna en breve tiempo, estaríamos violando los principios fundamentales del estado social y democrático de derecho, pues las sanciones penales solo proceden como consecuencia de la realización de una conducta prohibida y no solo por un hecho o una situación económica del sujeto. Así por mas sospechosa que fuera ese enriquecimiento no procedería sanción penal alguna hasta que no se le demostrara que este es producto de una conducta ilícita (presunción de inocencia), solo así podría sostenerse el calificativo de "enriquecimiento ilícito", lo cual , además , deberá ser debidamente probado por el estado (onus probandi).

Otro parece se el panorama penal para los servidores públicos que se han enriquecido y no pueden acreditar el legitimo aumento de su patrimonio o bienes con respecto de los cuales se conduce como dueños, a quienes, de acuerdo con el Artículo 224 del código penal, se les puede imponer una pena hasta de catorce años de prisión, multa destitución e inhabilitación hasta de catorce años para desempeñar otro

empleo, cargo o comisión públicos y decomiso de los bienes cuya procedencia lícita no acredite.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito, un producto más de la demagogia política electoral, plantea toda clase de cuestionamientos dogmáticos: ¿Cuál es la conducta penalmente relevante en el tipo de enriquecimiento ilícito? ¿Es ilícito todo enriquecimiento cuya procedencia lícita no se puede acreditar? ¿Puede sustentarse la imputación objetiva de un tipo penal solo en el resultado? ¿Cómo se acredita la licitud del incremento patrimonial? ¿Se puede invertir el principio de la carga de la prueba y quedar a cargo del imputado servidor público? ¿No vale la presunción de inocencia para los servidores públicos?

Para no seguir con la enorme lista de cuestionamientos que se podrían elaborar, podemos centrar nuestra atención en un planteamiento de primer orden y es que en un Estado Social y Democrático de Derecho, la intervención del Derecho Penal solo se justifican en los casos en los cuales se lesiona gravemente un bien jurídico tutelado (principios: de bien jurídico, de ultima ratio y subsidiariedad). En otras palabras, la pena de prisión supone la privación de un derecho fundamental que, después de la vida, es el más valioso: la libertad, por ello su imposición debe estar restringida única y exclusivamente a los supuestos en los cuales se ha afectado de forma trascendente un bien jurídico de suma valía para la sociedad. Surge entonces la pregunta ¿Cuál es el bien jurídico que ha lesionado el servidor público quien no puede acreditar el legítimo incremento de su patrimonio? Al efecto se debe tomar en consideración que el legislador penal no ha descrito la conducta a través de la

cual se enriquece el servidor público, es más si se demostrara que el enriquecimiento fue producto de un cohecho o de un peculado, dichos tipos excluirían la aplicación del tipo de enriquecimiento ilícito.

Con los planteamientos anteriores no trato de eximir a los servidores públicos de su obligación de desempeñar su función con honradez y probidad, pero tampoco se puede llegar a combatir la corrupción en el servicio público a través de tipos penales en los cuales la materia de prohibición esta tan diluida que atentan contra el mismo principio de seguridad jurídica e incluso de legalidad.

A lo largo de la presente investigación, la cual, dicho sea de paso, constituyo mi primera incursión en la dogmática jurídico-penal, intento establecer el marco histórico que dio origen al tipo penal de enriquecimiento ilícito, su regulación dogmática a través de los cuales se puede llegar a determinar cuando el enriquecimiento del servidor público puede considerarse como ilícito y dar lugar a las penas previstas en el artículo 224 del código penal.

Por supuesto, con lo anterior no hago más que ofrecer una argumentación sugerente al lector, pues sobre este tema queda mucho por discutir y analizar. En la medida en que los contornos de la conducta y el resultado típicos sean más claros para determinar la imputación objetiva al servidor público, dicho tipo penal podrán cumplir verdaderamente con su función de llamada y en la misma proporción, su aplicación práctica, hasta ahora ínfima, servirá para atemorizar al servidor público quien utiliza indebidamente su función para enriquecerse, con lo cual se darían plena vigencia al principio de prevención general negativa que deba regir al

derecho penal y que, por desgracia, esta tan decapa caída en nuestra sociedad.

CAPITULO I

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema

La necesidad de reformar el Art.224 del código penal federal ya que existe inconstitucionalidades en el.

1.2 Justificación del problema?

Es necesaria la reforma ya que el artículo no es claro ni preciso por que no se define una conducta sino solo el resultado y esto evita una mejor aplicación con exactitud en la lucha contra la corrupción y la deshonestidad administrativa.

1.3 Delimitación de objetivos

1.3.1 Objetivos generales

Lograr la eficiencia y exactitud en la aplicación del artículo en análisis.

1.3.2 Objetivos específicos

No violar el principio de inocencia

No violar la garantía de no autoincriminación.(art.20 constitucional. Frac. II)

No trasgredir el principio in dubio pro reo.

No atentar contra el principio acusatorio (art. 21 A Y 102 a CONST.)

No crear un tipo penal en blanco.

1.4 Formulación de hipótesis

1.4.1 Enunciación de hipótesis.

El presente trabajo tiene como finalidad el análisis de dicho artículo para encontrar los errores que se cometen y que no permiten ser mas exactos en la aplicación del articulo.

1.5 Identificación de variables

1.5.1 Variable independiente

Es de sima importancia lograr que se eviten la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y para eso es necesaria una mejor aplicación de los artículos que los castigan en el caso del art. 224 del código penal federal.

1.5.2 Variable dependiente

La importancia de nuestra propuesta es la mejor aplicación del delito para que no exista un enriquecimiento injustificable por parte de los funcionarios ya que eso es normalmente lo que los motiva a ocupar una función dentro de la administración publica olvidándose las necesidades de la sociedad como factor primordial.

1.6 Tipo de estudio

1.6.1 Tipo de investigación documental.

El presente trabajo de investigación llevado a cabo por medio de consultas de textos relacionados con el tema principal visitando, tanto bibliotecas privadas y publicas.

1.6.1.1 Bibliotecas públicas.

Unidad de servicios bibliotecarios informática publica ubicada en Adolfo Ruiz cortines esquina Juan Pablo II, boca del río Veracruz.

1.6.1.2 Bibliotecas privadas

Universidad Autónoma de Veracruz Villa Rica Av. Urano esquina progreso Fracc. Jrdines de Mocambo Boca del Rio Ver.

1.6.2 Técnicas empleadas

1.6.2.1 Fichas bibliográficas.

En el desarrollo de la presente investigación, fue necesario elaborar las diferentes fichas bibliográficas, con los siguientes requisitos:

- Nombre del Autor
- Titulo del Libro
- Tomo del Libro
- Datos de actualización del libro
- Numero de edición
- Editorial
- Lugar, Fecha y año de impresión.

1.6.2.2 Fichas de trabajo

Con los mismo requisitos que las anteriores.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS

2.1 Roma

Desde el derecho romano preocuparon los delitos que atacaban directa o indirectamente la seguridad del estado y eran llamados crimina o judicial pública.¹

En roma existían dos delitos: sacrilegium y el peculatus, a los que se les considero como formando un solo grupo, ya que en roma no se distinguía jurídicamente los bienes divinos y los del estado.

Existió también los que se conoció como Lex Iulia de peculatus que, según Ferrini citado por Luis roca Agapito, castigaba y punía el auferre, interceptare o vertere in remsum la pecunia sacra o religiosa.²

Por su parte Carrara también citado por Luis roca Agapito decía que "en el primitivo Derecho romano, la

¹ PETTIT, Eugane, Tratado elemental de Derecho romano, México, Editora Nacional, 1961, p. 455.

² Roca Agapito, Luis, El delito de malversación de caudales públicos, Barcelona, J.M. Bosch, Editor, 1999. p.3

sustracción del dinero público fue particularmente reprobada en razón de la cosa sustraída, la cual se consideraba sacra”.

De ahí que los incursos en peculado fuesen colocados en compañía de los sacrílegos. Por el contrario, en el derecho cesáreo prevaleció la consideración de la fe traicionada y de la facilidad para delinquir.³

El secreto de la expansión romana radicaba en su capacidad para mantener una inflexible disciplina pública, pero llegaron los tiempos en que el espíritu de lujo mino la austera moral antigua, *virtus post nummos* (primero el dinero y; luego la virtud) según mencionado Guillermo F. Margadant.

Lo que debe resaltarse es que en roma no se encuentran, como nos dice Miguel A Inchausti, “disposiciones análogas ni parecidas” al delito motivo de nuestro estudio, no obstante que la corrupción, tanto en la esfera privada como en la pública es inherente a la naturaleza humana, y por los mismo nos ha acompañado desde que el hombre habita este planeta y nos acompañara -seguramente- hasta que el mismo se extinga.

El doctor Clemente Valdés sostiene: “La corrupción es un peligro constante en el desempeño de las funciones públicas de todos los países del mundo.”⁴

El problema de la corrupción -como fenómeno humano - dejémoslo a la sociología, antropología, psicología y demás ciencias o disciplinas que se ocupen de estos fenómenos; para los efectos de este estudio, creo, será suficiente tratar de incursionar en aquellas disposiciones jurídicas que se relacionan con el delito de enriquecimiento ilícito.

³ *Ibidem* p. 34

⁴ VALDES S., Clemente, *El juicio político, la impunidad, los encubrimientos y otras formas de opresión*, MEXICO, EDICIONES COYOACAN 2000, p.53.

2.2 España y época colonial

En España, en las Partidas, se exigía una condición personal especial en el sujeto activo, pues se hablaba del dispensero del Rey, y se hacía referencia a la infidelidad de el mismo, ya que aquel que realizase las conductas ahí descritas “non faze furto, pero faze muy gran yerro, proponiendo la pro de su Señor por la suya mesma”.⁵ En la Novísima Recopilación, se vuelve a la protección del patrimonio público, sin exigir condición personal alguna (Lib.XII, Tít. XV, Ley VII).

En los tres siglos de nuestra época colonial, la historia nos relata los llamados “juicio de residencia” y “la visita”.

El autor Raúl F. Cárdenas, citando la obra del ilustre historiador y maestro, sobre la historia de nuestro derecho, Toribio Esquivel Obregón, menciona “los dos procedimientos que la corte española había establecido para asegurar la responsabilidad de los funcionarios; “la residencia” y “la visita”, La primera se refería a determinados funcionarios en concreto. La segunda, era secreta y abarcaba a todos los funcionarios de una región o provincia. Ninguno de ellos, en particular sabía si se les hacía cargos, de qué, ni por quien, ni aun después de que se les encontraba culpable y se le sentenciaba...”

En la misma obra a que nos estamos refiriendo se menciona a continuación que “...Carlos V en persona, en 1524, encontrando dos culpables... Al doctor Beltrán, por haber dado cartas de recomendación a un pariente suyo en Perú y haber recibido dadas de Almagro y Pizarro, al licenciado don Juan

⁵ Op cit No.2 p. 35

Suárez Carvajal, Obispo de Lugo, por un hecho que no se supo pero amerito que lo separaran del cargo y se le impusiera una multa de siete mil pesetas". Resulta interesante el anterior relato histórico, pero no quiero dejar pasar la oportunidad de hacer una reflexión analógica entre el juicio de residencia y de visita, en lo relativo a que en pleno siglo XXI, y como está estructurado en la actualidad el delito de enriquecimiento ilícito, continua el estado de indefensión del funcionario público. ¿Nos encontramos tal vez ante un atavismo histórico-jurídico?

2.3 México independiente

En lo que se refiere al México independiente y hasta la promulgación de nuestra constitución de 1917, el autor Enrique Díaz Aranda nos presenta los ordenamientos jurídicos sobre responsabilidad de funcionarios y empleados públicos, en orden cronológico, de la siguiente manera:

- I. Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana DE 1814, artículo 212 a 231.
- II. Proyecto de reglamento provisional del Imperio Mexicano de 1822, artículo 78 al 80.
- III. Reglamento del soberano Congreso de 1823, artículo 116 a 123, referentes al "modo de exigir la responsabilidad a los secretarios de despacho".
- IV. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, del 24 de octubre de 1824, artículos 38,39 y 40 (para el Poder Legislativo); 107 ,108, 109 y 118 (para el Poder Ejecutivo), y 137,138 y 139(para el Poder Judicial de la Federación) .

Estos ordenamientos se basaban en las disposiciones emitidas por los españoles, sobre todo en la Constitución de Cádiz y, por tanto, tenía gran influencia del juicio de residencia. Mas en ellos no encontramos disposición alguna en la que se haga referencia a la responsabilidad ministerial.

- V. Quinta Ley Constitucional de 1836, sobre todo al referirse al Poder Judicial.
- VI. Bases Orgánicas de 1843, cuyo artículo IV trata del Poder Legislativo.
- VII. Ley Penal para los Empleados de Hacienda, de 28 de junio de 1853.
- VIII. Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de marzo de 1856.
- IX. Constitucional de 5 de febrero de 1857.
- X. Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal, de 3 de noviembre de 1870.
- XI. Código Penal de 1872.
- XII. Ley Reglamentaria de los artículos 104 y 105 de la Invariablemente esos ordenamientos sancionaron o dieron las bases para sancionar las conductas delictivas de los funcionarios públicos, y el enriquecimiento ilícito fue un posible medio a prueba para comprobar su responsabilidad, pero jamás formó parte de los elementos descriptivos de dichas figuras.

2.4 Constitución de 1917

El Constituyente de Querétaro incluyó también diversos artículos relacionados con la responsabilidad de los

funcionarios públicos. Debemos destacar los artículos del 108 al 114 y fundamentalmente para efectos de este trabajo, el artículo 111 que facultó al congreso para que expidiera, a la mayor brevedad, una Ley de Responsabilidad de todos los Funcionarios y Empleados de la Federación y del Distrito Federal, determinado como delitos o como faltas oficiales todos los actos u omisiones que pudieran redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, y debían ser juzgados por un jurado popular.

Es interesante leer la Historia de la Constitución de 1917 de Félix F. Palavicini en lo relativo a "las responsabilidades de los funcionarios públicos, artículos 108 al 114". Nos narra la obra citado el debate que se dio en la sesión de la tarde del domingo 21 de enero de 1917 con el dictamen en las páginas 488 y 489 se menciona lo siguiente:

Los actos indebidos de un funcionario pueden estar previstos o no por una ley especial que fije una penalidad del orden común, es decir prisión, multa, etc., o bien no tener tal penalidad de orden común; en este caso se prevé una penalidad general que consiste en la privación del empleo o en la inhabilitación para obtener el otro, según establezca la ley secundaria respectiva.

Se recibió por Comisión una iniciativa del C. Diputado David Pastrana Jaimes, sugiriendo la creación de un tribunal especial de responsabilidades. Esto desde luego, no fue aceptado por la Comisión, en virtud de la imperiosa prohibición de no establecer tribunal especial de ningún género sin embargo, la Comisión, comprendiendo la gran importancia que tiene el problema de la responsabilidad de los funcionarios y la necesidad de cambiar por completo las

bases del sistema actual que ha venido a nulificar radicalmente la responsabilidad de los funcionarios y empleados, ha creído que para juzgar, nadie mejor que el pueblo mismo, el cual por experiencia propia conoce el manejo de dichos empleados y puede dar a ciencia cierta dar su resolución. Por este motivo se establece que los funcionarios y empleados públicos, cualquiera que sea la pena en que incurrirán, serán juzgados por el jurado popular. Como comentábamos anteriormente, el artículo 111 faculto al Congreso para expedir una ley de responsabilidades que determinara los delitos oficiales y las faltas. El artículo 16 transitorio señalo que esta Ley debía dictarse en el Periodo Ordinario de Sesiones que iniciaba el primero de septiembre, lo que aconteció sino hasta el año de 1939 en que se creó la ley que ordeno el artículo constitucional citado, y que fue publicidad en 1940

2.5 Ley de 1940

A PARTIR DE LA EXPEDICION DE LA CONSTITUCION DE 1917, LA LEY REGLAMENTARIA DE 1896 YA NO TENIA RAZON de ser; así lo reconoce el presidente cárdenas en la exposición de motivos de la ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación, del distrito y de territorios federales y de los altos funcionarios de los estados , de 30 de diciembre de 1939, publicada en el diario oficial de 21 de febrero de 1940 al afirmar que La constitución general de la república, expedida en el año de 1857 acogió, como era lógico y natural, el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos y bajo su vigencia fueron expedidas leyes reglamentarias de esa materia, el 3 de noviembre de

1870, que también contenían disposiciones varias sobre el particular . También la constitución que actualmente rige, estableció la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, previno, en su artículo 111, que el congreso de la unión expediría, a la mayor brevedad, la ley reglamentaria respectiva, aclarando, en su artículo 16 transitorio, que el congreso constitucional, en el periodo ordinario de sus sesiones que empezarían el primero de septiembre del propio año, deberían expedir la indicada ley de responsabilidades.

Como ya habíamos mencionado, el congreso tardo mas de 20 años en expedir la ley de responsabilidades a que nos estamos refiriendo, la cual se expidió en uso de facultades que se concedieron al presidente cárdenas para legislar en materia penal y procesal penal, según decreto del 31 de diciembre de 1936, pero obviamente el presidente cárdenas se excedió en sus atribuciones al expedir una ley de responsabilidades que no se abarcaba en el decreto antes referido. Independientemente de los problemas relacionados con las facultades del presidente para haber expedido esta ley, lo que debo destacar para efectos de este estudio, es que por primera vez se menciona el "enriquecimiento ilícito inexplicable de los funcionarios públicos".

En efecto en la exposición de motivos también se decía que la "mayor novedad que contiene la ley es el que se refiere a las investigaciones que deben practicarse y al procedimiento que debe seguirse cuando exista denuncia respecto al enriquecimiento inexplicable de los funcionarios públicos para mayor efectividad de esta medida, no se ha atendido exclusivamente al caso en que pueda probarse que el enriquecimiento indebido es fruto de un delito, supuesto

este, previsto en otra parte de la ley y en el cual se observan las reglas relativas a la reparación civil, sino aquellos en los que es posible lograr la prueba del acto origen del enriquecimiento, a pesar de que la naturaleza de las cosas indique que se ha cometido un hecho delictuoso, bien porque no se haya dejado huella de el o porque el enriquecimiento provenga de otros medios que aunque no constituyen delito no sean los legítimamente idóneos para adquirir".

Es de la mayor importancia analizar con detenimiento el significado de lo que debía entenderse por enriquecimiento inexplicable, ya que este no constituía un delito penal pues en el supuesto de que se probara la comisión de un ilícito penal, lo que se aplicaba era el código penal de 1931 que derogo al de 1929, de efímera vigencia, y que establecía en los títulos décimo y décimo primero, disposiciones relacionadas con los delitos de los funcionarios públicos, tales como : el ejercicio indebido o abandono de funciones; Abuso de Autoridad, Coalición de Funcionarios, Cohecho, Peculado ,Y Concusión. En el siguiente titulo se sancionaban los delitos en contra de la administración de justicia.

La ley de responsabilidades de 1940,"fue tan poco afortunada, que nada mas justificado que se derogación", sin embargo, pese a sus errores, al menos supo distinguir que no era posible romper con los principios básicos del derecho penal. Previstos además en la constitución de 1917, creando delitos de sospecha, en los que no se define una conducta, si no un resultado; invirtiendo l carga de la prueba, rompiendo el sistema acusatorio, la presunción de inocencia y el

principio de que nadie puede declarar en su contra, como desgraciadamente acontece en nuestra legislación vigente.

En efecto esta ley solo contemplo como enriquecimiento inexplicable lo que constituía una verdadera falta administrativa oficial, como se estableció en su artículo 21 en relación con el 103 y el 106 en se establecía lo siguiente:

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

ART. 103 si durante el tiempo en que algún funcionario o empleado público se encuentre en el desempeño de su cargo o al separarse de el por haber terminado el periodo de sus funciones, o por cualquier otro motivo, se encontrare en posesión de bienes sea por si o por interpusiste persona que sobrepasen notoriamente a sus posibilidades económicas, tomando en consideración sus circunstancias personales y la cuantía de dichos bienes, en relación dando motivo a presumir, fundadamente, la falta de probidad de su actuación, el ministerio público federal y del distrito federal y territorios federales, en su caso, deberán atender con toda eficacia y diligencia a las denuncias que se les hagan a este respecto, investigando las conductas del funcionario o empleado de que se trate, quien , por su parte, estará obligado a justificar debidamente la legítima procedencia de dichos bienes. No se tomara en consideración las denuncias anónimas.

ART.106.-...Si [el funcionario] no hubiese justificado la legítima procedencia de dichos bienes, el juez hará la declaración respectiva y ordenara que pasen a dominio de la Nación, del Distrito o Territorio Federales, en su caso, salvo que alguna persona afectada reclame y justifique la propiedad de ellos, en cuyo caso la adjudicación se hará en su favor con arreglo en la ley.

De la transcripción de los artículos de la Ley de 1940, resulta claro que no se tipificaba ningún ilícito penal ya que el artículo 21 solo se refiere a faltas oficiales en tanto que el 103 y 106 establecen lo relativo a las investigaciones del enriquecimiento inexplicable de los funcionarios y esclavos públicos, imponiendo a estos la obligación de justificar debidamente la legítima procedencia de sus bienes, y si bien es cierto que se daba competencia al Ministerio Público Federal y del Distrito y Territorio Federales, entendemos que esto no le daba el carácter de penales a dichas investigaciones, ya que el Ministerio Público debía limitarse a entender las denuncias que se le presentaran sobre este particular y proceder a requerir al funcionario público para que acreditara la procedencia de sus bienes, y en caso de que no hubiera la pretendida justificación se turnaría el caso a un juez para que hiciera la declaración respectiva y ordenara que pasaran al dominio de la Nación los bienes cuya propiedad no se justificara, pero se insiste no se contempla en esta ley una pena de libertad.

En caso de que el funcionario público hubiera cometido cualquier de las conductas que se establecían en el Código Penal de 1931 en los Títulos Décimo y Decimoprimeros a que ya

nos referimos, se aplicarían las sanciones a que se hubieran hecho acreedores. En esa época, al igual que en el resto de los países de tradición jurídica occidental, no se contemplaba como delito penal el solo hecho de acrecentar el patrimonio durante la gestión pública, si no que el Ministerio Público debía acreditar si se había cometido una conducta específica y determinada que encuadrada en el Código Penal como delito, ya que en todos los países se habían considerado que las conductas ilícitas de los funcionarios públicos se encontraron suficientemente de las figuras del peculado, el cohecho, el prevaricato, etc. La indeseable tipificación, tal como la conocemos ahora en el artículo 224 del Código Penal, deriva de una contaminación de la legislación argentina, a la que me refiere más adelante.

La sanción principal que establecía esta ley según mencionamos eran que pasen los bienes al dominio de la nación lo que equivale a una confiscación, hecho que vulneraba frontalmente el artículo 22 de la Constitución de 1917 que establecía en forma terminante lo siguiente:

Artículo 22-Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquier otra pena inusitada y trascendental. No se considera como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecho por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas.

Para concluir debo mencionar que esta ley nunca se aplico, no obstante que se le dio "tanta publicidad y de la

que tanto se espero para combatir la corrupción, fue tan poco afortunada que nada mas justificado que su derogación.”

2.6 Reformas de 1974 a la lye de 1940

La ley se reforma, publicándose los cambios relativos al procedimiento de investigación del enriquecimiento inexplicable en el Diario Oficial del 23 de diciembre de 1974. Para efectos de ese trabajo solo interesa la reforma en lo relativo “procedimiento de investigación”, resaltándose que lo relevante es que con el cambio mencionado, el Ministerio Público podía iniciar la investigación del enriquecimiento inexplicable de oficio. Esta reforma tampoco tipifico un delito penal de enriquecimiento inexplicable con pena privativa de libertad, y continuo con el problema jurídico de dejar subsistente como sanción una confiscación de bienes prohibidos por el artículo 22 de la Constitución General de la República de 1917. Por último solo debo decir que esta reforma de nada sirvió, ya que tampoco se aplico la ley.

2.7 Ley de 1980

En el Diario Oficial de fecha 4 de enero de 1980 se publico la “ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación, del distrito federal y de los altos funcionarios de los estados” y en su artículo segundo transitorio derogo la ley de Lázaro Cárdenas. La iniciativa se debió al entonces presidente José López portillo. En lo que se refiere a nuestro tema, el enriquecimiento inexplicable se estableció en el artículo 85 de esta nueva ley en los siguientes términos:

Si durante el tiempo en que algún funcionario o empleado público federal o del distrito federal, se encuentra en el desempeño de su cargo o al separarse de el por haber terminado el periodo de sus funciones o por el cualquier otro motivo, y estuviera en posesión de bienes sea por sí o por interpósita persona, que sobrepasen notoriamente a sus posibilidades económicas, tomando en consideración sus circunstancias personales y la cuantía de dichos bienes: en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios dando motivo de presumir fundadamente la falta de probidad e su actuación, el Ministerio Público federal o del Distrito Federa, en su caso, de oficio o en virtud de denuncia deberán proceder con toda eficacia y diligencia a investigar la procedencia de dicho bienes y el funcionario o empleado que se trate estará obligado a justificar que es legítima. Se presumirá salvo prueba en contrario, y solo para efectos civiles, que los bienes de la esposa del funcionario o empleado, cual quiera que sea su régimen matrimonial, así como los de los hijos menores, son propiedad de dicho funcionario o empleado.

El artículo 86 estableció:

Si de las diligencias practicadas aparecieran datos bastantes para presumir fundadamente que ha dicho falta de probidad en la actuación del funcionario o empleado, por no justificar plenamente la legítima procedencia de los bienes a que se refiere el artículo anterior, el Ministerio Publico hará la consignación al juez que corresponda, para que aquel justifique la legítima procedencia de los bienes que posea por sí o por interpósita persona; o para el propio juez abra, en su caso, el proceso respectivo.

Por su parte, el artículo TERCERO estableció cuales eran los actos u omisiones de los funcionarios o empleados de la federación o del distrito federal cometidos durante su cargo o con motivo del mismo, que redundaran en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, considerando que dichas conductas eran las siguientes:

- I. El ataque a las instituciones democráticas;
- II. El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo federal;
- III. El ataque a la libertad de sufragio;
- IV. La usurpación de atribuciones;
- V. Cualquier infracción a la constitución o a las leyes federales, cuando causen perjuicios graves a la federación o a uno o a varios empleados de la misma, o motiven algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones;
- VI. Las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior;
- VII. Por las violaciones sistemáticas a las garantías individuales o sociales ;
- VIII. En general los demás actos u omisiones en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, siempre que no tengan carácter delictuoso conforme a otra disposición legal que los defina como delitos comunes.

Los delitos a que se refiere este artículo, no se cometerán mediante la expresión de las ideas.

Empezare por referirme al último de los artículos que se transcribieron anteriormente, ya que dicho artículo

“constituye el precepto fundamental de esta ley” también el autor Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, comentando sobre esta ley, sostiene que “ el nuevo ordenamiento continuo, en termino generales, con el sistema de responsabilidades que había Estado vigente hasta esa fecha principalmente con las grandes deficiencias existentes en materia de responsabilidades administrativas y ocupando su atención en los delitos penales...”⁶

Este énfasis en la cuestión penal también fue desafortunadamente, ya que los delitos oficiales a que se refiere el artículo tercero que estoy comentando, son violatorios y contravienen la garantía de legalidad y los principios fundamentales del derecho penal moderno, liberal, garantista y democrático, ya que no cumplen con los más elementales requisitos de tipicidad.

2.8 Unión Europea

En cada uno de los países que actualmente forman la comunidad europea, tanto antes de que se concretara dicha unión como en la actualidad, no existe una figura similar o parecida a los que nosotros conocemos como enriquecimiento inexplicable o enriquecimiento ilícito, ya que en los códigos penales de dichos países se contemplan tipos penales que salvaguardan la actuación ilícita de los funcionarios públicos.

En la mencionada comunidad europea, existe un convenio europeo relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades

⁶ DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto, El sistema de responsabilidades los servidores públicos, México, Ed. Porrúa, 1996 p. 51.

europas o de los estados miembros de la unión europea. En dicho convenio europeo se estableció en el artículo 3° que cada estado miembro debía sancionar, respecto a sus funcionarios nacionales, los actos constitutivos: a) de cohecho pasivo; b) de falsedad y falsedad de uso; c) de sustracción y de distracción. Este convenio define también lo que debe entenderse por dineros públicos pero para efectos de este trabajo debe mencionarse nuevamente que la figura del enriquecimiento ilícito o inexplicable no se conoce en la comunidad europea.

2.9 Antecedentes Latinoamericanos

Ya se ha comentado en la introducción de este trabajo que el delito de enriquecimiento ilícito, inexplicable o situaciones conexas al mismo, no existen en ningún país de la europea occidental ni en los estados unidos de Norteamérica o en países de influencia de derecho anglosajón, ya que en dichos países la represión y la corrupción se encuentra ligados a delitos concretos definidos en la figura del peculado, el cohecho, el prevaricato, el tráfico de influencia, etcétera. Este delito de creación latinoamericana.

Argentina se le adjudica la creación de este ilícito, por lo que los antecedentes relacionados con este país los abordare en forma más extensa dentro de este apartado

En relación con los escasos antecedentes no argentinos el autor Miguel A. Inchausti, señala por ejemplo que la "ley sobre probidad administrativa" de Guatemala, 9 de mayo de 1931, ya establecía la declaración de bienes y deudas del funcionario público, así como de su esposa e hijos. Esta ley

en su artículo 10 castigaba la falta de veracidad en estas declaraciones.

En Perú la constitución de 1933 en su artículo 22 imponía también la obligación de declarar bienes e ingresos ajenos a la retribución pública. Uruguay imponía la misma obligación de declarar bienes, imponiendo sanciones administrativas (no penales) por incumplimiento en un proyecto de ley del 10 de julio de 1934. En paraguay el decreto 448 previene y reprime el enriquecimiento ilícito pero este antecedente está inspirado fundamentalmente según dice el autor Inchausti en "Los proyectos argentinos." En lo que se ha dado en llamar proyecto peco de 1937.

2.10 Argentina

La historia de este delito se remonta en argentina al año de 1936 con el proyecto denominado Corominas segura, sin embargo la figura del enriquecimiento ilícito aparece según Miguel A Inchausti "Ya circunstanciada en el proyecto peco de 1937. Si bien tal iniciativa se edita formalmente en 1942 por la universidad de la plata.

En el proyecto peco se estableció dos variantes de enriquecimiento ilícito que consistía en lucrar desde el cargo público la primera es la persuasión del enriquecimiento ilícito, que la representada por los acrecentamientos patrimoniales que no provinieran de fuentes específicas, como lo establecía el propio proyecto en seis incisos. O como dice Miguel A. Inchausti que el artículo 324 del proyecto "incrimina en la primera al que desde su cargo o por la influencia del mismo lucrare; en la segunda, salvo prueba en contrario a acrecentamientos patrimoniales que no provinieren

de específicas fuentes... la fórmula del segundo supuesto, es origina: todo lo que este fuera de los únicos canales de ingreso dinerarios del funcionarios expresamente enumerados en la ley como legítimos, es ilícito punible.

En diversos proyectos del código penal, como el denominado coll-gomez del año de 1937, se establecieron los "delitos contra la administración pública". Pero no se incluyo el delito motivo de nuestro estudio, ni tampoco en los proyectos de códigos penales de 1951 y 1953 bajo la administración del presidente perón en que tampoco se estableció el delito de enriquecimiento ilícito.

Fue hasta el proyecto de código penal del doctor Sebastián soler en el año de 1960, que se incluyo el artículo 346 este delito que consistía en la no justificación de un incremento patrimonial considerable después de un requerimiento legal.

Soler considero que en el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos existía gran dificultad práctica para probar hechos concretos, por lo que plantea que para salvar esa dificultad:

Lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial. En línea de principios, esa fundamentación no es simpatía en derecho penal, pero toda vez que es innegable la existencia de esa dificultad, parece prudente ver si sobre la base de otros principios menos dudosos es posible alcanzar un resultado prácticamente satisfactorio.

Este delito se estableció por primera vez como derecho positivo en argentina en un Decreto -Ley de 1963, cuando se

había roto el orden constitucional en este país, en efecto Miguel A. Inchausti nos relata que después de un golpe militar derroca al doctor Arturo Frondizi de su cargo de presidente de la nación, y en que asume el gobierno el hasta entonces el vicepresidente doctor Guido previo prestar juramento ante la corte suprema. Y es un hecho en ejercicio de hecho de tal autoridad, que se firma el llamado "Decreto Ley 4778 del 12/6/63... por el artículo 15 de dicho documento se reprima a funcionario público que durante su desempeño o dentro los tres años siguientes a su cesión en la función pública, no quisiere o pudiere justificar ante la autoridad competente cualquier incremento importante de su patrimonio, producido durante su desempeño y comprobado por dicha autoridad.

El Decreto- Ley antes referido tuvo una vigencia efímera, pues fue derogado por el artículo primero de la ley 16.648 que en el año de 1964 establece ya en forma definitiva y mediante un proceso legislativo normal el artículo 268 acerca del delito de enriquecimiento ilícito.

En relación con el trámite parlamentario de esta figura penal, que se discutió tanto en la cámara de diputados como en la de senadores, es interesante leer la obra de Marcelo A. Sancinetti. En los dictámenes que se elaboraron hubo quienes se opusieron a la inclusión en el proyecto del artículo 268, que incrimina el llamado enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, pero la mayoría, en otro dictamen, inclusive "jactándose de hacer una innovación tan extraordinaria como la que se incorpora al código penal con su artículo 268 de la que no hay mayor precedentes en la

legislación extranjera, y que parecía justificarse con la inversión de la carga de la prueba, en materia pena”.

El autor argentino Sancinetti que he citado, transcribe las críticas que en su momento se formularon en relación de este delito como las del diputado Saturnino Bilbao que sostuvo que:

Se advierte que mediante este artículo se introduce mediante nuestra legislación penal el delito de sospecha, y que se le remite con una pena más grave que la establecida contra el funcionario o empleado que adquiere dadas... y con una penal igual a la que reprime (etc.).

“Pero lo más grave no es la equiparación de penas para remitir actos positivos delictuosos y la mera sospecha, sino que por vi del artículo 268 (4) se desconoce un principio que ha tenido acogida en nuestro derecho procesal penal desde 1889, año en que el Código de Procedimiento de la Capital Federal implantó, con alcance de regla general, el principio in dubio pro reo, que se aceptó en forma indiscutida como una de las consecuencias de la orientación liberal y humanista de nuestro derecho penal.

El diputado José caro del bloque justicialista manifestó:

..., y en realidad sientan un principio jurídico de extrema peligrosidad para sancionarlas sin la complementación de otras normas que establezcan, en forma definida, la naturaleza del delito que estamos incriminando. Me refiero concretamente a la disposición del artículo 268, que crea una especie de inversión de la prueba y una presunción de dolo en todos los actos de los funcionarios de la administración pública que no

podiera justificar, a requerimiento, la procedencia de sus bienes.

En otra intervención el diputado Saturnino Bilbao expresó:

Dijimos...que se desconocían principios tradicionales del Derecho Procesal Penal argentino..

Sin embargo, meditando mejor sobre este artículo, yo diría que se incurre en algo mucho más grave, y que configura el delito, el proceso se abriría y ni siquiera se admitiría la prueba en contrario, porque el delito estaría consumado tal como la norma lo estructura. Basta la sola negativa.. Habría entonces algo mucho más grave que inversión de la prueba..

Por su parte el diputado JOSÉ CARO volvió a sostener:

Pero en esta terrible duda, entre abogar por el mantenimiento de los principios tradicionales del derecho democrático o abogar por principios que hacen también a la moral pública, prefiero decirme porque nadie puede ser tildado de delincuente si no se le prueba que es tal. Es decir, preferiría que se evadieran de las leyes de la justicia algunos de estos servidores infieles del Estado, a distorsionar a punto tales principios que son tradicionales en el derecho público argentino, y en general de Occidente..

Puede admirarse el principio de la inversión de la prueba en la esfera administrativa pero no cuando está en juego el principio de la libertad individual y la defensa en juicio, porque es distinta la violación de las normas penales.

EMILIO JOFRÉ, que en opinión de SANCINETTI fue el más claro crítico del proyecto, emitió su opinión en los siguientes términos:

...tampoco podemos... dictar normas que podamos romper con la tradición jurídica del país y con los principios más elementales que rigen en materia penal.

En esta disposición -como muy bien lo ha señalado el diputado Bilbao- estamos introduciendo figuras jurídicas distintas de las que rigen en materia penal en nuestro país y, lo que es más grave-y debo señalarlo en esta oportunidad para que no nos sorprendamos después cuando los tribunales declaren la inconstitucionalidad de esta parte del Código Penal que estamos reformando-, distintas de las disposiciones expresas de la Constitución Nacional...

De acuerdo con lo que establece este artículo, se va a exigir al funcionario que demuestre un hecho que se le imputa: se le va a exigir que declare contra sí mismo; se le va a pedir que pruebe que no se ha enriquecido ilícitamente. ¿Y que establece la constitución que nos estamos olvidando un poco? Dice el artículo 18: "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo...".

Todos, sin duda alguna, queremos castigar a los deshonestos; pero castiguémoslos bien, y no con disposiciones que en el primer juicio que se plantee sean declaradas inconstitucionales.

Por otra parte en la Cámara de Senadores, el Senador Flores advirtió además la indeterminación del tipo que, como dice el doctor SANCINETTI, es "algo que hasta SATURNINO BILBAO y EMILIO JOFRÉ -los más agudos en la discusión en diputados- no habían percibido." El Senador referido expuso:

Pero pensamos que el texto proyectado es peligroso por su impresión y excesiva amplitud...no tipifica correctamente el hecho delictuoso y no enfoca la ley sobre lo realmente censurable - el enriquecimiento -, sino sobre un aspecto formal, la inobediencia de un requerimiento.

En relación con el debate parlamentario, el cual obviamente fue muy amplio, pero para efectos de este trabajo me permití transcribir solamente lo que coincide con el criterio, que y se expresó desde la introducción de este trabajo, en lo relativo a los serios vicios de precisión y inconstitucionalidad de este delito; y además ya en este debate parlamentario nos dice también en maestro SANCINETTI que "la discusión fue mucho más profunda que la que diseñó la doctrina nacional posterior, más preocupada por las cuestiones dogmáticas, tales como la de si se trata de un delito de comisión de omisión o complejo, la de cuando comienza el plazo de prescripción,"

Si bien es cierto que la doctrina argentina no se preocupó, como dice el autor citado, en analizar los problemas fundamentales de constitucionalidad la doctrina reciente fundamentales de constitucionalidad, la doctrina reciente de ese país se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de este delito en las obras de los autores a quienes me he referido en forma constante en este trabajo, a saber: MARCELO A. SANCINETTI que publico la primera edición de su libro en 1994 El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público -artículo 268, 2, C.P., (Un tipo penal violatorio del estado de derecho); MIGUEL A. INCHAUSTIN que publico su obra en 2001 con el

título Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios el artículo 268.2 del Cód. Penal-Leyes 16.68 y 25.148. Asimismo debe mencionarse la reciente obra, también publicada en 2001, del doctor JORGE FEDERICO MIKELSEN-LÖTH con el título Enriquecimiento Ilícito. El Desafío para *la Ciencia en la Administración Pública*.

CAPÍTULO III
LEGISLACION VIGENTE REFORMAS A LA COSTITUCION GENERAL DE LA
REPUBLICA, NUEVA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE
SERVIDORES PUBLICOS Y REFORMA PENAL DE 1982

3.1 Renovación moral de la sociedad

En el año de 1982, fue designado como Candidato a la Presidencia de la República por el Partido Revolucionario Institucional Miguel de la Madrid Hurtado, y dentro de sus postulados políticos estableció, entre otras, la renovación moral de la sociedad.

En su obra, Enrique Díaz Aranda nos narra, en relación con esta renovación moral, que la sociedad exigía que el Estado asumiera tres responsabilidades:

PRIMERA: Que prevenga la deshonestidad en sus relaciones con la sociedad. Para ello, la administración pública debe ser honesta, profesional y eficaz; se debe remover cargas burocráticas que agobian a la sociedad. Es indispensable poner a disposición del pueblo el poder del Estado, para que

sea el mismo la protección de sus derechos y de su control sobre la arbitrariedad y la corrupción.

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

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

El presidente De la Madrid estableció cambios sustanciales en el sistema de Responsabilidades de Servidores Públicos, ya que se reformó la Constitución General de la República; se crearon tanto una nueva Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos, como la Secretaria de la Contraloría General de la Federación, y se reformo el Código Penal.

3.2 Cambios a la Constitución

En cuanto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 3 de diciembre de 1982, a instancia del Ejecutivo Federal, se presento la iniciativa de reformas y adiciones a los artículos 108,109,120,111,112,113,114; así como a los artículos 22,73 Fracción VI, Base Cuarta; 74 Fracción V, 76 Fracción VII, 94,97,127 Y 134. La iniciativa de referencia se envió a la Cámara de Senadores, como cámara de origen.

En este trabajo, solo me refiere a las modificaciones relacionadas con el enriquecimiento Ilícito, empezando por el artículo 22 constitucional que estableció:

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

Esta modificación era fundamental para poder salvar el escollo constitucional del texto original del artículo de referencia, que en su versión original de 1917 prohibía expresamente la confiscación de un delito o para el pago de impuestos o multas.

Ya comentamos como leyes de responsabilidad de servidores públicos de 1940 y 1980, imponían como sanción el decomiso de bienes, pero estas disposiciones no se pudieron aplicar, entre otras razones, por violar frontalmente el artículo 22 constitucional, por lo que, para poder sancionar a los funcionarios públicos, además de la pena de prisión con el decomiso o confiscación de sus bienes, se hacía imprescindible esta reforma.

El artículo 22 constitucional volvió a reforzarse el 3 de julio de 1996 para quedar con la redacción actual.

La reforma antes referida vuelve a reiterar que, en caso de enriquecimiento ilícito, el decomiso que establezca la autoridad judicial no será considerado como confiscación. Se reformó también el artículo 74 para el caso de servidores públicos que gozan de inmunidad, estableciendo una declaración de procedencia. Dicho artículo establece:

Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados:

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

En Título Cuarto de la Constitución, acerca de las responsabilidades de los servidores públicos, se reformo el artículo 108 que dispuso lo siguiente:

Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputaran como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federales y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y, en general, a todo persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

El presidente de la república, durante el tiempo de su encargo, solo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

Los gobernantes de los estados, los diputados a las legislaturas locales y los magistrados de los tribunales superior de justicia locales, serán responsables por violaciones a esta constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Este precepto fue reformado el 31 de diciembre de 1994 con fe de erratas del 3 de enero de 1995 y 22 de agosto de 1996, para incluir a los miembros del instituto federal electoral y a los miembros de l los consejos de las judicaturas locales como sujetos de responsabilidad.

Se reformo también el artículo 109 de la constitución, y se estableció el fundamento para legislar en materia de responsabilidades de los servidores públicos y para legislar igualmente por causa de enriquecimiento ilícito, pero por la importancia que este artículo tiene para el desarrollo de nuestro tema, lo tratare por separado, al final de este apartado.

El artículo 110 establece quienes pueden ser sujetos de juicio político y que para la aplicación de las sanciones, la cámara de diputados, procederá a la acusación respectiva ante la cámara de senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del numero de los miembros presentes, y que la cámara de senadores, erigida en jurado de sentencia, aplicara la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, y con audiencia del acusado.

Artículo 108. Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal o en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

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

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

Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios.

También establece que las declaraciones y resoluciones de las cámaras de diputados y senadores son inatacables.

El artículo 11 constitucional establece los requisitos para proceder penalmente en contra de los funcionarios públicos, a los que se refiere dicha disposición por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo. La cámara de diputados también es competente para hacer la declaratoria respectiva, en cuyo caso, el funcionario quedara a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley.

Este artículo también se refiere al presidente de la república, al que solo se le podría acusa ante la cámara de senadores en los términos del artículo 110.

Artículo 110.- Podrán ser sujetos de juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros

de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, los magistrados y jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal, el consejero Presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

Los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.

Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

Para la aplicación de las sanciones a que se refiere este precepto, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella Cámara, después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculpado.

También se establece los requisitos para proceder penalmente por delitos federales en contra de los gobernadores de los estados y demás funcionarios locales que señala el artículo que estamos comentando. En virtud de que este artículo no se relaciona directamente con el delito de enriquecimiento ilícito.

El artículo 112 se refiere a que no se requerirá declaración de procedencia de la cámara de diputados cuando alguno de los servidores públicos, a los que hace referencia el párrafo primero del artículo 11, cometa un delito durante el tiempo en que se encuentre separado de su cargo, pero en caso de que vuelva a desempeñar sus funciones o haya sido nombrado o electo para desempeñar otro cargo distinto, se procederá de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 11.

El artículo 113 establece el fundamento constitucional para la elaboración de las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos establecieron que las sanciones, además de las que señala las leyes Constituirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como sanciones económicas que deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el funcionario público responsable, estableciéndose un límite que no podrá exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos.

El artículo 114, y por lo que se refiere a nuestro tema establece las reglas sobre los plazos de prescripción, estableciendo que nunca serán inferiores a tres años ya que la prescripción, se interrumpe en tanto el servidor público desempeñe alguno de los encargos a los que se refiere el artículo 11. Este artículo también se refiere a la prescripción de la responsabilidad administrativa, estableciendo también que dicha prescripción no será inferior a tres años cuando los actos u omisiones fuesen graves

3.3 Reforma administrativa

(Nueva ley federal de responsabilidades de servidores públicos. Creación de la secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo)

Además de la reforma constitucional, se implanto una reforma administrativa mediante la creación de una nueva ley federal de responsabilidades de servidores públicos, publicada en el diario oficial del 31 de diciembre de 1982, así como la creación de la secretaria de la contraloría general de la federación (diario oficial del 29 de diciembre de 1982).

3.4 Procedimiento administrativo cuando al funcionario se le detecta signos de riqueza

Por lo que toca al enriquecimiento ilícito, en la primera de las leyes señaladas, se establecieron los siguientes preceptos:

ARTÍCULO 84

Cuando los signos exteriores de riqueza sean ostensibles y notoriamente superiores a los ingresos lícitos que pudiera tener un servidor público, la Secretaría podrá ordenar,

fundando y motivando su acuerdo, la práctica de visitas de inspección y auditorías. Cuando estos actos requieran orden de autoridad judicial, la Secretaría hará ante ésta la solicitud correspondiente.

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

ARTÍCULO 85

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

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

ARTÍCULO 86

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

ARTÍCULO 87

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

ARTÍCULO 88

Durante el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y un año después, los servidores públicos no podrán solicitar, aceptar o recibir por sí, o por interpósita persona, dinero o cualquier otra donación, servicio, empleo, cargo o comisión para sí, o para las personas a que se refiere la fracción XIII del artículo 47 y que procedan de cualquier persona cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, que determinen conflicto de intereses.

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

En ningún caso se podrán recibir de dichas personas títulos valor, bienes inmuebles o cesiones de derechos sobre juicios o controversias en las que se dirima la titularidad

de los derechos de posesión o de propiedad sobre bienes de cualquier clase.

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

ARTÍCULO 89

Cuando los servidores públicos reciban obsequios, donativos o beneficios en general de los que se mencionan en el artículo anterior y cuyo monto sea superior al que en él se establece o sean de los estrictamente prohibidos, deberán informar de ello a la autoridad que la Secretaría determine a fin de ponerlos a su disposición. La autoridad correspondiente llevará un registro de dichos bienes.

ARTÍCULO 90

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

Los artículos antes citados pretenden regular el procedimiento a seguir cuando al funcionario público se le detecte signos de riqueza que sean ostensible y notoriamente superiores a sus ingresos lícitos, sin embargo esta regulación es notoriamente deficiente, sobre todo si la comparamos con el procedimiento que se sigue en el caso de la responsabilidad administrativa.

En efecto tratándose de la responsabilidad administrativa, encontramos diversas disposiciones contenidas en el capítulo II del título tercero de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, relativo a las *“sanciones administrativas y procedimientos para aplicarlas”*, que se integra con las etapas de investigación, instrucción, decisión y ejecución (estas etapas no las contempla la ley de responsabilidades respecto del enriquecimiento ilícito.)

La etapa de investigación puede iniciarse en forma oficiosa o por la presentación de quejas o denuncias de particulares y puede también realizarse por las contralorías internas de las distintas dependencias en el ámbito de sus respectivas competencias, o por la secretaria de contraloría y desarrollo administrativo, que de acuerdo con el artículo 37 de la ley orgánica de la administración pública federal, tiene a su cargo la vigilancia e inspección de toda la administración pública federal que, de acuerdo con su reglamento interior, en su artículo 21 establece la dirección general de responsabilidades y situación patrimonial, con facultades de vigilancia e investigación.

De acuerdo con los artículos 49 y 50 de la ley federal de responsabilidades públicas cualquier interesado puede iniciar la etapa de investigación a la que nos estamos refiriendo. Una vez que concluye la etapa de investigación, en los términos del artículo 64 de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, se inicia la etapa de instrucción, en la que se establece un procedimiento que reúne los requisitos esenciales que debe cumplir cualquier autoridad para sancionar (esta amplitud de

procedimientos no existe tratándose del enriquecimiento ilícito.).

3.5 Procedimiento instruido a servidores públicos. Garantía de audiencia.

DE Conformidad con lo previsto en el artículo 64, fracción i, de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos cuando se instruya procedimientos a un funcionario, se le deberá citar a una audiencia que concretamente se le imputen, sin que en forma genérica pueda informársele que el procedimiento se sigue por diversas irregularidades que ha cometido, ya que al no precisarle cuáles son esas, se le dejara en un notorio estado de indefensión que impedirá su legítima defensa.

SERVIDORES PUBLICOS. EXISTE VIOLACION PROCESAL SI AL CITARSELES A LA AUDIENCIA NO SE LES DA A CONOCER DETALLADAMENTE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD.

En acatamiento al artículo 64 de la ley de responsabilidades de los servidores públicos, la demandada al citar al servidor público a la audiencia a que se refiere tal precepto, debe darle a conocer detalladamente los hechos que implican todas y cada una de las responsabilidades que motivan a us sanción a fin de que este en posibilidad de oponer en la propia audiencia, las defensas que estime conducentes. Si en el juicio fiscal la demanda no demuestre tal extremo, debe tenerse por configurada la violación procesal prevista por la fracción III del artículo 238 del código fiscal de la federación del fondo de la cuestión planteada y declarar la nulidad de la resolución impugnada

para el efecto de que la demanda emita una conforme a derecho en la que previamente haya purgado el vicio en que incurrió.

Por su parte la suprema corte de justicia ha establecido la siguiente jurisprudencia:

3.6 Formalidades esenciales del procedimiento son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo.

La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en *otorgar al gobierno la oportunidad de defensa* previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "*se cumplan las formalidades esenciales del procedimientos*". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) *La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en las que se finque la defensa*; 3) *La oportunidad de alegar*; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con la garantía de audiencia, *que es evitar la indefensión del afectado*.

Una vez entregado el expediente, se abre la etapa de *decisión*, la cual debe notificarse al interesado dentro de las 72 horas siguientes, lo mismo que al jefe inmediato del servidor público y, finalmente, se abre una etapa de ejecución. También se establece claramente, para suspender la

ejecución de las sanciones la posible interposición del curso administrativo de revocación, en los términos del artículo 72 de la ley, o bien la solicitud de la suspensión conforme al artículo 227 del código fiscal.

Si bien es cierto que el procedimiento que establece la ley para sancionar administrativamente a los funcionarios públicos no tiene nada que ver con el procedimiento que para fincar un posible enriquecimiento ilícito establecen los artículos 84, 85, 86 y 90 de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, si es necesario poner de manifiesto que tratándose de faltas administrativas existe un detallado procedimiento; en cambio, tratándose del enriquecimiento ilícito en los artículos antes mencionados no se establece un procedimiento que indique la forma en que el funcionario público debe acreditar el origen de sus bienes, independientemente de que estos artículos tampoco cumplen con el mandato constitucional de establecer los requisitos esenciales de todo procedimiento.

3.7 Creación de la secretaria de la contraloría general de la federación hoy secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo.

Por lo que se refiere a la reforma administrativa también mencione que se creó la secretaria de la contraloría general de la federación, pero dicha secretaria ha cambiado de nombre para denominarse secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo, y en el artículo 37 de la ley orgánica de la administración pública federal, establece los siguientes:

Art.37 a la secretaria de contraloría y desarrollo administrativo corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

XV. Recibir y registrar las declaraciones patrimoniales que deban presentar los servidores públicos de la Administración Pública Federal, y verificar su contenido mediante las investigaciones que fueren pertinentes de acuerdo con las disposiciones aplicables

XVII. Conocer e investigar las conductas de los servidores públicos, que puedan constituir responsabilidades administrativas; aplicar las sanciones que correspondan en los términos de ley y, en su caso, presentar las denuncias correspondientes ante el Ministerio Público, prestándose para tal efecto la colaboración que le fuere requerida.

En el reglamento interior de la secretaria de la contraloría general de la federación, publicado en el diario oficial del 16 de enero de 1989 se encargo a la contraloría general de la federación que fuera la dirección general de responsabilidades y situación patrimonial la que tuviera las siguientes atribuciones de acuerdo con el artículo 15 de dicho reglamento.

Artículo 15.- La dirección general de responsabilidades y situación patrimonial, tendrán las siguientes atribuciones:

II.- Llevar el registro de la situación patrimonial de los servidores públicos recibiendo para ellos las declaraciones respectivas.

III.- Formula las normas y formatos bajo los cuales deberá declararse dichas situaciones patrimoniales así como los manuales e instructivos correspondientes;

IV.- Practicar las investigaciones y ordenar las auditorias que de acuerdo con la ley federal de responsabilidades de los servicios públicos proceda en relación con la situación patrimonial de los servidores públicos.

V.- Recibir y resolver, en consulta con la dirección general jurídica las inconformidades de los servidores públicos respecto de las visitas o auditorias que se les practique en relación con su situación patrimonial.

VI.- Llevar registro de los bienes a que se refiere el artículo 89 de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos.

X.- Imponerle sanciones que le competan a la secretaria derivadas de las fracciones I, IV Y VIII, de este articulo e imponer las sanciones que igualmente sean de la competencia de la secretaria de acuerdo con la ley de responsabilidades de los servidores públicos y de mas disposiciones aplicables.

3.8 Facultad administrativa de la secretaria para investigar un posible enriquecimiento ilícito.

PROCEDIMIENTO

En la práctica, cuando la ahora denominada secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo inicia el procedimiento de carácter administrativo para pretender investigar un posible *enriquecimiento ilícito*, mismo que culmina con la declaratoria a la que se refiere el artículo 90 de la ley de la materia, esto en el caso de que el

funcionario público no justifique la procedencia lícita del incremento sustancial de su patrimonio; para hacerlo del conocimiento del ministerio público y para que se inicie la averiguación previa correspondiente, emite un oficio-citatorio por conducto de la subsecretaría de atención ciudadana y contraloría social. Dirección general de responsabilidades y situaciones patrimoniales, en el que se cita para comparecencia al funcionario público, dándole cuenta de que se han apreciado signos exteriores de riqueza ostensibles y notoriamente superiores a sus ingresos lícitos, señalándole el periodo motivo de la investigación patrimonial fundamentada en las manifestaciones que constan en sus declaraciones de situación patrimonial u otras fuentes el procedimiento administrativo, al que me he estado refiriendo es denominado por las autoridades de la secretaría de la contraloría y desarrollo administrativo, como "*verificación patrimonial*". Termino que no existe en la ley ni está previsto en los artículos 84, 85, 86, 87, 90 de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos.

Al funcionario público investigado se le concede 10 días para acreditar el origen de su patrimonio, aplicado indebidamente en forma supletoria el código federal de procedimientos civiles, en que estos casos no es aplicable ya que la propia ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, en su artículo 45 establece, en forma terminante que el código federal de procedimientos penales el único que puede aplicarse supletoriamente.

3.9 Plazo para iniciar el procedimiento administrativo de investigación

Es importante señalar también que la facultad de iniciar procedimientos de carácter administrativo por la secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo, se encuentra limitado a los plazos que la propia ley establece, y en caso de que no se ejerza en ese tiempo, la ley declara extinguido su derecho.

La extensión de esa facultad, constituye la prescripción regulada en el artículo 78 de la ley de la materia, que establece:

Art. 78 - las facultades del superior jerárquico y de la secretaria para imponer las sanciones que esta ley prevé se sujetara a lo siguiente:

- I. Prescripción en un año si el beneficio obtenido o el daño causado por el infractor no exceda de diez veces el salario mínimo mensual vigente en el distrito federal.
- II. En los demás casos prescribirán en tres años.
- III. El derecho de los particulares a solicitar la indemnización de daños y perjuicios, prescriban en un año a de la notificación de la resolución administrativa que haya declarado cometida la falta administrativa.

El plazo de prescripción se contara a partir del día siguiente a aquel en que se hubiera incurrido en l responsabilidad o a partir del momento que se hubiese cesado, si fue de carácter continuo.

En todos los casos la prescripción a que se alude en este precepto se interrumpirá al iniciarse su procedimiento administrativo previsto por el artículo 64.

Considero que el artículo antes transcrito es aplicable a todos los procedimientos de carácter administrativo derivados de la ley federal de responsabilidades de los servicios públicos, ya que en estos asuntos, no puede aplicarse la ley federal de procedimientos administrativos, ya que en los términos del segundo párrafo de su artículo primero, establece que dicha ley no se aplique en materia de responsabilidades de funcionarios, por lo que si no es aplicable dicha ley, debe aplicarse única y exclusivamente la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos en su artículo 78, por lo que la faculta de iniciar cualquier procedimiento administrativo, se encuentran limitados a los plazos antes mencionados, independientemente que el artículo 78 se encuentra regulado en el título 3, capítulo segundo de la ley, que se refiere a *las sanciones administrativas y procedimientos para aplicarlas* y que el supuesto procedimiento para verificar y justificar el patrimonio de los funcionarios públicos, se encuentre en el título cuarto capítulo único, ya que, como se insiste, es exclusivamente el artículo 78 el que establece la prescripción sin que pueda aplicarse en ninguna otra ley y específicamente la ley federal de procedimientos administrativos.

Si no se aplicara el único artículo que habla de la prescripción en la ley de la materia caeríamos en el absurdo de sostener que la facultad de la secretaria de contraloría y desarrollo administrativo, es imprescriptible, lo que no puede aceptarse, ya que este instituto jurídico, si bien

desde el punto de vista doctrinario, se ha explorado mas en el campo del derecho penal que en el campo de derecho administrativo, los fundamentos doctrinarios son los mismos, fundamentalmente lo relativo a la *dificultad de la prueba y seguridad jurídica*.

Por lo que hace a la *dificultad de la prueba*, se dice que su origen se encuentra en el pensamiento de Thomasius, citado por Manzini,⁷ pero fundamentalmente lo que se a establecido por la doctrina es que el transcurso del tiempo dificulta para el acusado la reconstrucción de las pruebas, y el que el trascurso del tiempo normalmente deteriora o desaparece testigos y documentos con los que el acusado estaría en posibilidades de acreditar su inocencia, rompiendo el además el equilibrio entre las partes procesales, dejando en notoria inferioridad al acusado que tiene que enfrentarse al aparato represivo del estado que normalmente dispone de mejores medios para la preservación de la prueba, acusación, cuando esta es muy posterior a los hechos que le dieron motivo, lo que provoca una verdadera injusticia para quien en su defensa cuenta con menos posibilidades para allegarse el material que le pudiera ser útil, o bien localizar testigos, documentos, etcétera, que colocan al imputado en una notoria desventaja ante la acusación formulada en su contra.

Por lo que hace a la seguridad jurídica Sergio vela Treviño sostiene que ante el estado, el hombre debe tener siempre una seguridad en su posición jurídica, ya que muchas veces la persecución que realiza, parece más bien y para decirlo con las palabras del autor antes citado, "*una mera búsqueda de la venganza pública, y no una actividad jurídica*

⁷ MAZINI, Tratado de derecho penal, Tomo V, Buenos Aires, Ediar Editores 1950, p. 146.

*con una tendencia finalista restitutoria del orden jurídico violado...”*⁸

Precisamente por era seguridad jurídica el estado s ha impuesto imites temporales para sancionar los hechos que deban ser motivado de su persecución, ya que no es posible que el ser humano viva *indefinidamente en la incertidumbre*.

Si el artículo 78 de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, estableció un artículo relacionado con la prescripción, considero que la facultad de la secretaria de contraloría y desarrollo administrativo, para verificar el patrimonio de los funcionarios públicos, se encuentre limitado, a *tres años*.

3.10 Reforma penal y su relación con el artículo 109 Constitucional.

Por virtud de las reformas *constitucional y administrativa* que fueron consecuencia de la llamada *“renovación moral de la sociedad”*, el *enriquecimiento ilícito* fue incorporado al código penal, con pena privativa de libertad, quedándose definido en los siguientes términos:

Artículo 224. Se sancionara a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respectos de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos.

⁸ VELA TREVIÑO, Sergio, La prescripción en materia penal, MEXICO, Ed. Trillas, 1983, p.49.

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

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

Decomiso en beneficio del estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos.

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

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

En ese mismo contexto el artículo 109 constitucional, dispone:

Artículo 109. El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los

servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:

I. Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

No procede el juicio político por la mera expresión de ideas.

II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal; y

III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

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

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

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

Al respecto la doctrina nacional, nos dice que el “ El artículo que se comenta establece - según reforma constitucional de 1982 y con mejor técnica jurídica que el texto original de 1917, *los lineamientos generales a los que deben ajustarse el congreso de la unión y las legislaturas locales*, dentro del ámbito de sus respectivas competencias , al expedir las leyes sobre responsabilidades de los servidores públicos, deslindando con claridad las diversas clases que se pueden presentar; es decir según se trate de responsabilidades derivados del juicio político, *penales o administrativas...*”

3.11 Confusión en tribunales federales

El legislador pretende que el artículo constitucional antes transcrito es el fundamento del artículo 224 del actual código penal federal, sin embargo, consideramos que este ultimo artículo no se legislo adecuadamente siguiendo el mandato del artículo 109 antes referido, lo que ha creado confusión en algunos tribunales federales que han tenido estos graves argumentaciones:

Se afirma que el pueblo, en un claro ejemplo de justicia distributiva, externo su voluntad de sujetar a sus servidores

públicos a un régimen especial de derecho, al tenor de un trato desigual por ser desiguales con el respeto de los gobernados atendiendo su calidad específica:..." Al grado tal de que en términos de lo que dispone el artículo 1º del pacto federal, se establecieron excepciones a principios fundamentales que rigen en todo estado de derecho, que han sido incorporados por la propia constitución a nivel de derecho públicos subjetivos a favor de los gobernados; siendo así, que por voluntad del pueblo como norma suprema, se fincaron al tenor de las reformas aludidas cargas probatorias y procesales que deben llevar al propio servidor público, aun de manera contraria a la regla general que rigen nuestro sistemas punitivo y que priva en los estados democráticos; y tales como lo es la inversión de la carga de la prueba, con la consiguiente obligación para el servidor público de ser él quien debe probar la licitud de su enriquecimiento y no el estado la de licitud del mismo.

En la anterior transcripción, se formulan juicios totalmente contrarios al texto, espíritu e interpretación de la constitución, así como a la naturaleza misma de lo que es la supremacía constitucional y un régimen en el que prevalecen y se respetan los derechos públicos subjetivos o garantías individuales.

Es falso que el artículo 109 constitucional establezca una excepción, restricción o suspensión a las garantías individuales de los funcionarios públicos. El artículo 109 fracción III, de la constitución, reformado en 1982 establece principios fundamentales para que el legislador en ejercicio de sus facultades, expida la ley y se establezca el tipo penal de *enriquecimiento ilícito*; para ello deberán

establecer en esas leyes, como lo indica literalmente el propio precepto constitucional "los casos" y las circunstancias se deben fundamentalmente, con respeto del principio de legalidad.

Ya mencione anteriormente como el instituto de investigaciones jurídicas señalan que en este artículo solo establecen. Los lineamientos generales a los que deben ajustarse el congreso de la unión y las legislaturas locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

El artículo 109 de la constitución general de la república, y más concretamente su fracción III, no creo como se sostiene en la sentencia a la que he venido haciendo referencia, un sistema de excepciones dentro de la constitución general de la república para los funcionarios públicos, que por lo mismo, no se les aplican según el magistrado las mismas garantías individuales que al resto de los ciudadanos comunes.

El artículo 109 de la constitución general de la república no incurre en la demasía de crear un tipo penal, por no ser su objetivo, si no que lo único que hace es establecer diversas obligaciones para los legisladores, federales y locales como las siguientes:

- a) Expedir las leyes de responsabilidad de los servidores públicos;
- b) Expedir las normas conducentes para sancionar a quienes, siendo servidores públicos, incurran en responsabilidad;
- c) Establecer que las leyes que expida determinen los casos y circunstancias en que deba sancionarse a servidores públicos por causa de enriquecimiento

ilícito, durante el tiempo de su cargo o por motivo del mismo, cuando no puedan justificarse la procedencia lícita de los bienes.

- d) Sancionar, por medio de las leyes penales, ese delito con el decomiso o privación de la propiedad de los bienes.

No establece ningún régimen de excepción a las garantías individuales, ni modifica el sistema acusatorio previsto en los artículos 21 y 102 de la constitución general de la república que obliga al ministerio público a probar la responsabilidad de los inculpados.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 109, fracción III de la constitución, solo obliga a los legisladores a tipificar y sancionar el enriquecimiento ilícito, pero esto no implica que hayan dejado de tener validez las garantías constitucionales contenidas en el artículo 14, referente al debido proceso legal, la del 16 con relación a la "*fundamentación y motivación*"; la del 20 fracción II relativa a la no *autoincriminación*. Estas reglas no se eliminan por la incorporación del artículo 109 de la constitución en la reforma de 1982, ya que dicho precepto no determina que *deroga las garantías individuales* a las que tiene derecho todo individuo y que están consignadas en el título primero, capítulo primero de la constitución general de la república.

La constitución política de los estados unidos mexicanos es la ley suprema del país, por lo que nada ni nadie puede estar en contra de sus principios, incluyendo, desde luego, todas las leyes y actos de autoridad; los que invariablemente, deben estar acordes a esos principios consagrados en nuestra ley fundamental.

Nuestra constitución esta dividida en una parte *dogmática* y una parte *orgánica*. Por lo que se refiere a la parte *dogmática*, en ella se consagran las *garantías individuales*, mismas que tienen las características de ser *inalienables, imprescriptibles e irrenunciables*; por lo que todas las personas dentro del territorio nacional deben gozar de las mismas, independientemente de su sexo, raza, credo, educación, condición social o *actividad a la que se dediquen* (no se excluye a los funcionarios públicos.)

Como garantía constitucional, con las características antes indicadas, encontramos las de los artículos 1º, 2º, 12, 13, 14, 16, 17, 19, 20 y 21 de la propia constitución, que establecen expresamente la igualdad de todas las personas que conforman la nación mexicana, para que ellas sean gobernadas y en su caso, juzgadas por las mismas autoridades, los mismos tribunales y las mismas leyes, a fin de que no existan privilegios o desventajas de unos frente a otros; y, en base a los mismos preceptos constitucionales, se otorgo al ministerio publico la facultad para la investigación y persecución de los delitos; a los tribunales judiciales, la facultad para imponer las penas; se establecieron las garantías que protegen a las víctimas de los delitos.

Al aprobarse en el año de 1982, las reformas al artículo 109 de a constitución, para obligar al legislador a expedir las leyes secundarias que establecerían el tipo penal por el delito de enriquecimiento ilícito, de ninguna manera limitaron, restringieron o suspendieron las garantías constitucionales en materia penal, por lo que, el legislador ordinario, quedo obligado a respetar cabalmente esas garantías, al expedir la ley que creara el delito motivo de

nuestro estudio, el cual no puede quedar al margen de nuestra constitución, como sucedió en el caso de este delito, en que el legislador no expidió una ley que creara el tipo penal de enriquecimiento ilícito, cumpliendo todos los requisitos constitucionales a que estaba obligado, de acuerdo con los principios básicos del derecho penal, como tratare de demostrar en el siguiente capítulo:

Retiro que es equivocado considerar que el artículo 109, fracción III reformado creó una situación de desigualdad entre la población en general y los servidores públicos, estimando a estos últimos como personas que se encuentran en un estado diferente o de excepción con relación a el resto de la población, ya que no es posible sostener que existe un régimen penal para la población en general y otro régimen penal respecto de los servidores públicos, en virtud de la fracción II del artículo 109 constitucional, como sostuvo la sentencia del segundo tribunal unitario en materia penal del primer circuito, en el amparo indirecto 40/99-II, a que he venido haciendo referencia.

La restricción o suspensión de las garantías individuales esta prevista en los artículos 1º y 29 de nuestra ley fundamental, sin embargo, esa restricción tiene sus causas, procedimientos y formas expresamente previstas en la propia constitución, por lo que, para que estuviéramos en un *caso de excepción o restricción de garantías*, debieron hacerse cumplido los requisitos de *tal restricción*, lo que de ninguna manera, se previo al reformarse el artículo 109, fracción III de la constitución, ya que no altero para nada el capítulo de garantías individuales, como en forma *aberran*

CAPITULO IV
ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 224 DEL CODIGO PENAL FEDERAL.

Según se desprende las diferencias exposiciones de motivos en que se sustentaron las iniciativas que se sometieron a la consideración del congreso de la unión, es evidente que la motivación del ejecutivo para formular las iniciativas en materia constitucional, administrativa y penal, obedeció a una necesidad de política - criminal de lucha contra la corrupción y la deshonestidad administrativa, se tenga que recurrir a las leyes inconstitucionales, que rompan frontalmente toda una tradición jurídica y principios básicos del derecho penal, moderno, liberal, garantista que establece nuestra constitución.

En nuestro sistema legal, las leyes que reglamentan los derechos y garantías reconocidos por nuestra constitución, no pueden alterarlos; no podemos aceptar, como decían en su tiempo cesare beccaria, que en delitos difíciles de probar, los legisladores pueden "saltarse las mismas formalidades por

ellas establecidas.”⁹ Recurrir a la legitimación de prácticas inconstitucionales, por parte del poder legislativo es sumamente peligroso por los precedentes que crea. Sobre este particular Jorge Federico Mikkelsen-Loth nos dice “peregrina idea. La de los legisladores y políticos que creen que en homenaje a apremiantes urgencias y por vía de excepción, se puede por una sola vez habilitar cursos de acción legislativos inconstitucionales.

No se puede aceptar que por la llama renovación moral implantada en el régimen del presidente Miguel de la Madrid, se incorporen figuras, que por apremiantes que sean rompan con principios jurídicos básicos; de aceptarse esto, a cualquier nuevo apremio, por exclusivas razones de política criminal, se podrían crear nuevas figuras inconstitucionales, lo que, al final siempre, será más grave que el mal que se pretendió corregir. El análisis jurídico de este delito siempre estará influenciado por prejuicios de política criminal, que siempre se estarán influenciado por prejuicios de política criminal, que enturbiarían su discusión científica; el delito que se describe en el artículo 224 del código penal adolece de los siguientes vicios de inconstitucionalidad:

- a) La redacción del ilícito penal carece de claridad, no es precisa ni exacta, no define una conducta, sino solo un resultado y, por lo tanto atenta con el principio de seguridad jurídica y no es comprensible para los destinatarios de la norma.
- b) Viola el principio de inocencia y estableció la inversión en la carga de la prueba.

⁹ BECCARIA, Cesare, De los delitos y de las penas, Madrid, Ed. Aguilar, 1969, p. 88.

- c) Viola la garantía de la no autoincriminación reconocida por la fracción II del artículo 20 constitucional.
- d) Crea un delito de sospecha y con ello transgrede el principio indubio pro reo.
- e) Crea un tipo penal en blanco, al hacer una remisión directa a la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, que como norma de complemento no regula absolutamente nada al respecto.
- f) Atenta contra el principio acusatorio previsto en los artículos 21 A y 102 A constitucionales.

4.1 La redacción del ilícito penal carece de claridad no es precisa ni exacta, ya que no defina una conducta, sino solo un resultado, y por lo tanto atenta contra el principio de seguridad jurídica y no es comprensible para los destinatarios de la norma.

El principio de legalidad ha sido considerado como garantía de garantías o, como la ha llamado algún autor, el eje diamantino de todo derecho penal un tanto evolucionado,¹⁰ pero la eficacia práctica de dicho principio depende, en gran medida, de cuestiones de técnica legislativa, ya que el principio de legalidad impone a la hora de la formulación de las normas ciertas exigencias fundamentales.

Es necesario que la voluntad del legislador sea de tal naturaleza que permita al ciudadano conocer con un grado máximo de certeza el ámbito y alcance aplicativo de las normas penales. De nada serviría cumplir formalmente con el

¹⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, Derecho penal. Concepto y principios constitucionales, 3ª ed., Valencia, tirant lo Blanch, 1999, p. 111

principio de legalidad, con la reserva de ley, si los preceptos peales se limitaran a afirmar que come te delito el que lleve a cabo cualquier conducta que atente en las buenas costumbres o al sano sentimiento popular, el principio de taxatividad exige que el legislador empiece una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta donde llega este, hasta donde puede o no puede actuar el ciudadano, donde comienza el derecho penal.

De acuerdo con nuestro artículo 14 constitucional se ha establecido claramente que la ley es la única fuente formal de producción del derecho penal; la doctrina y la jurisprudencia han establecido, además, que la ley penal debe reunir ciertas propiedades materiales que hagan de ella un verdadero instrumento al servicio del estado de derecho.

La ley penal debe cubrir exigencias formales y exigencias materiales. En lo que se refiere las exigencias formales nuestra constitución, atreves del artículo 14 exige que sea la leu la fuente formal única para la creación del derecho penal, ya que en ella se establece como propio el brocárdico *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, en su estricta formulación: la condición y finalidad inmediata de la ley penal consiste en que el mensaje normativo sea comprensible para sus destinatarios, ya que las normas penales constituyen la esfera de intervención mas radical en el ámbito de los derecho y libertades fundamentales de los ciudadanos; pero quizá se requiera de un análisis más profundo a las llamadas exigencias materiales, ya que la norma penal, según ya mencione siempre debe existir por medio de una ley (*lex scripta*) , que sea anterior a la comisión del

hecho (*lex previa*) y que describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), pero lo más importante es que la ley, por necesidad, debe incorporar un mensaje normativo determinado, claro, preciso, taxativo, cerrado, ya que la exigencia de tipicidad está vinculada con la idea de seguridad jurídica,

En resumen, pues la ley penal habrá de recoger con claridad y exactitud tanto el supuesto de hecho, como la consecuencia jurídica de las correspondientes infracciones penales.

En tales condiciones, el artículo 224 del código penal federal es inconstitucional, ya que establece que:

Se sancionara a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respectos de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos.

Si bien es cierto que corresponde al estado, en exclusiva, el ejercicio del *ius puniendi*, y es el Poder Legislativo que tiene la facultada de describir los tipos penales, en la redacción de los mismos, es indispensable que se especifique los elementos respectivos, y que estos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa como lo a sostenido nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, no puede sustraerse al deber de consignar, en las leyes penales que expida al prever las penas y describir las

conductas que sean señaladas como típicas, expresiones y conceptos claros precisos y exactos.

El delito de enriquecimiento ilícito, con la redacción de nuestro código penal federal que transcribí carece de la más elemental técnica legislativa, lo que pone de manifiesto la inevitable conculcación de principios fundamentales del Derecho Penal, liberal, moderno y democrático. En la definición de este delito se rompe con la contundente exigencia de que en la definición legal del delito, se contenga, al menos, un núcleo esencial de la prohibición. *"enriquecerse"*, como señala el artículo en análisis, no es un comportamiento, si no, como el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento A y el estado patrimonial en el momento B, pero esto por sí solo no puede constituir una acción u omisión punible en el sentido del derecho penal de acto, ya que los movimientos e incrementos patrimoniales pueden producirse sin ninguna conducta (lotería, herencia, donación, etc.) por lo que no es posible sancionar a un funcionario público por el solo hecho de enriquecerse lo que debe sancionarse es la conducta específica que haya producido dicho enriquecimiento, como el haber incurrido en peculado, cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, etc. Partir de la base de una situación de responsabilidad penal de un dato tan poco preciso como el *"enriquecerse"*, viola el artículo 14 constitucional que prevé como garantía la exacta aplicación de ley en materia penal.

Para abundar más, se debe mencionar que nuestra constitución general de la república establece, en diferentes preceptos, que solamente se puede privar de la libertad a una persona por la comisión de un hecho considerado delito, es

decir por la realización de una conducta o comportamiento al que se denomina delito., el artículo 14 constitucional señala en la parte relativa, que:

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, ya un por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

Los artículos 7° y 8° del Código Penal, por su parte, definen los delitos (conductas) al señalar que son *los actos o las omisiones que sancionan las leyes penales que pueden realizarse dolosa o culposamente.*

El delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 224 del Código Penal, es violatorio del artículo 14 de la Constitución y de los artículos 7° y 8° del Código Penal, porque no define ni precisa, según ya he mencionado anteriormente, *ninguna conducta.* No solamente no dice cuál es la conducta que se quiere prohibir, sino que tampoco determina si la conducta ilícita se debe realizar—por *acción* o por *omisión* para que se *consume* el delito en análisis. En efecto, nuestro sistema penal, que tiene como sustento la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y nuestro Código Penal Federal, *imponen limitaciones al Estado para sancionar determinadas conductas* que pudieran, ser consideradas como inmorales o ilícitas. Uno de los principales límites que se impone es que solamente puede sancionar conductas cuando se realiza un *comportamiento* que pueda ser definido como delito, es decir, que sólo se podrán imponer sanciones cuando se realicen conductas que hayan sido probadas y previstas con anterioridad en un precepto legal que describa con precisión los hechos considerados

delictuosos, lo que no sucede en la redacción del artículo 224 del Código Penal, pues dicho artículo no describe, como se dijo, ninguna conducta, sino solamente un resultado. El artículo 224 del Código Penal Federal, establece elementos o situaciones que son contrarios a las exigencias del *Derecho Penal por el hecho*, pues los elementos que exige este precepto son más bien propios del *Derecho Penal del autor*, al sancionar a la persona por lo que es y no por lo que hizo.

El artículo en análisis sólo describe la realización o producción de resultados, *mas no del comportamiento o de la conducta que provoca dichos resultados*. Esta situación se desprende de la sola lectura del artículo en análisis, cuando utiliza expresiones como:

- Haya incurrido en enriquecimiento ilícito.
- No pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio.
- No pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio.
- No pudiere acreditar la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respectos de los cuales se conduzca como dueño.
- Haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma ley, a sabiendas de esta circunstancia.

Es de explorado derecho que todo comportamiento o conducta definida como delito *debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico*, se exige, además, que exista un nexo causal entre la conducta y el resultado, es decir, que se pruebe que la conducta (típica) fue la que causó dicho resultado. El

artículo 224 del Código Penal Federal, *no establece ningún nexo causal entre la conducta y el resultado*, y lo anterior se da en virtud de que *no define conducta alguna*, no puede, por ende, exigir ningún nexo causal. Esto da lugar a que el **multicitado** artículo 224 sea **violatorio** de los elementos exigidos por nuestra Constitución y el Código Penal para que pueda ser considerado como delito.

De acuerdo con lo que he manifestado resulta evidente lo que mencioné al inicio de este *apartado*, en el sentido de que, en el artículo 224 del Código Penal Federal, la redacción del ilícito no es *clara, precisa ni exacta*, ya que *no define una conducta*, sino sólo *un resultado*, y por lo tanto *no resulta comprensible para los destinatarios de la norma*, por lo que es inconstitucional al violar la garantía de legalidad del artículo 14 constitucional.

4.3 Viola el principio de inocencia y permite la inversión en la carga de la prueba.

La redacción de este delito afecta también *el principio de inocencia*, ya que incumbe al Estado demostrar los hechos en que funda una acusación, y además *invierte la carga de la prueba*, ya que impone una prueba *negativa* que no tiene analogía con ningún otro delito del Código Penal. El principio de *presunción de inocencia*, en el Derecho Positivo Mexicano, ha dejado de ser *un principio general de derecho*, para convertirse, de acuerdo con el *artículo 133 de la Constitución*, en Ley Suprema de la Unión, ya que si bien es cierto que este principio no se encuentra expresamente reconocido en nuestra Constitución Política, innumerables países sí lo reconocen, México en relación con este tema de

la *presunción de inocencia* ha suscrito, entre otros, los siguientes tratados internacionales:

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* el 10 de diciembre de 1948, que dispone que:

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

2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* el 16 de diciembre de 1966, que establece en su artículo 14.2, que:

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

3. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8° establece: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que *se presuma su inocencia*, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

De igual modo recientemente el Tribunal en pleno de la Suprema Corte de Justicia, ha sostenido que *los tratados internacionales, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal*

De acuerdo con lo anterior el principio de *presunción de inocencia* sí forma parte del derecho vigente en nuestro país, con la jerarquía que le otorga la jurisprudencia que

acabo de citar, y con base en los tratados internacionales suscritos por México.

El artículo 133 de nuestra Constitución Política, la *jerarquía* que deben tener dentro del ordenamiento jurídico mexicano los tratados internacionales, por lo que si nuestro país ha reconocido internacionalmente el principio de la *presunción de inocencia*, esto debe traer como consecuencia que su aplicación obliga en forma directa e inmediata a todos los poderes públicos; pero para efecto de este trabajo, el contenido de la *presunción de inocencia* no puede ser *violado por el poder legislativo*, en todo caso debe ser respetado mediante las leyes penales y procesales penales que concuerden con este principio.

Lo relativo al *principio acusatorio* que se encuentra implícito en nuestra Constitución, será tratado con *más amplitud*, en este mismo capítulo. El artículo 224 del Código Penal Federal rompe con el *principio de inocencia*, ya que, de acuerdo con la redacción de este precepto, corresponde al *inculgado* probar su inocencia con una abominable inversión en la carga de la prueba.

4.4 Viola la garantía de la no autoincriminación a que se refiere la fracción II del artículo 20 Constitucional

El artículo 224 del Código Penal Federal viola la garantía de la no *autoincriminación*, garantía o principio también denominado "*nemo tenetur edere contra se*", principio que viene desde el Código Justiniano que decía: "*Nemo tenetur armare adversarium contra se*" (*nadie está obligado a darle armas a su adversario contra sí mismo*), o como decía el Decreto de Graciano: "*Nemo tenetur se ipsum prodere*" (*Nadie*

está obligado a traicionarse ni tiene que denunciarse, ni inculminarse en una declaración, sea como inculpado o como testigo)." La inconstitucionalidad de este delito consiste en que, para la configuración del ilícito, se obliga al funcionario público a declarar y a aportar pruebas que pueden ser en su contra, ya que al ser iniciado el llamado "*Procedimiento de verificación patrimonial*" por parte de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, se obliga al funcionario a justificar el origen de su patrimonio, y en caso de silencio o no justificación, se emite la resolución administrativa a la que se refiere el artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. El hecho de que se exija al funcionario público que aporte pruebas para justificar que no se ha enriquecido injustamente es, como dice el maestro Sancinetti, justamente, coaccionarlo a que declare contra sí mismo, lo cual viola el principio *nemo tenetur edere contra se*, y en consecuencia el artículo 20 fracción IIDe acuerdo con lo que establece este artículo, se va a exigir al funcionario que demuestre un hecho que se le imputa; se le va a exigir que declare contra sí mismo; se le va a exigir que pruebe que no se ha enriquecido ilícitamente. ¿Y que establece la Constitución, de la que nos estamos olvidando un poco?, dice el artículo 18: "NADIE PUEDE SER OBLIGADO A DECLARAR CONTRA SÍ MISMO..."¹³¹ Para terminar de sustentar el criterio de la inconstitucionalidad del artículo 224 del Código Penal que viola, según se ha dicho, la fracción II del artículo 20 constitucional, no puedo dejar de mencionar la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que está suscrita por nuestro país, y en cuyo artículo 8° alude a las garantías

judiciales, se establece en el punto 2, inciso G, "*El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo*", por lo que la garantía a no auto incriminarse también se encuentra regulada como derecho positivo en el tratado antes mencionado y con la jerarquía que le atribuye el artículo 133 de la Constitución General de la República, por lo que consideramos que no puede haber dudas acerca de que el artículo motivo de este estudio es también inconstitucional por violar el principio que he desarrollado en este apartado.

4.5 Crea un delito de sospecha que transgrede igualmente el principio Indubio Pro Reo

En México, en nuestra Ley de Responsabilidades de 1982, el artículo 84 establece que el procedimiento que se inicia en contra de un servidor público, para hacer la *declaratoria del artículo 90* parte de una "*sospecha*", de acuerdo con el siguiente texto:

ART. 84 *-Cuando los signos exteriores de riqueza sean ostensibles y notoriamente superiores a los ingresos lícitos que pudiera tener un servidor público... El artículo antes citado permite evidentemente que, a partir de una simple sospecha, se cite al funcionario público para que justifique el origen de su patrimonio, y en caso de que no comparezca o no justifique, solamente por ese hecho, se hace la declaratoria formal del artículo 90 de la ley de la materia, y esa no justificación es lo que configura el delito que se define en el artículo 224 del Código Penal. Permitir que se establezcan responsabilidades penales, mediante la "sospecha", es regresar a los sistemas de la inquisición o a sistemas jurídicos totalitarios como el que se estableció en*

la Alemania Nazi. Por lo anteriormente señalado, considero que el delito de *enriquecimiento ilícito* establece un *delito de sospecha* que invierte la *carga de la prueba*, violando igualmente la *presunción de inocencia* y el *sistema acusatorio*, transgrediendo flagrantemente principios constitucionales y tratados internacionales reconocidos en nuestro país.

4.6 Crea un tipo penal en blanco, al hacer una remisión directa a la Ley Federal de responsabilidades de los servidores públicos, que como norma de elemento no regula absolutamente nada.

Este delito también configura lo que se conoce como *ley penal en blanco*, al remitir el texto del artículo 224 del Código Penal a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. La expresión *ley penal en blanco*, se debe a Binding, y este concepto se ha consolidado en la doctrina y la jurisprudencia mundial. La *ley penal en blanco* se caracteriza por su *necesidad de complemento*, pero este complemento puede proceder de la misma ley penal o de una norma extrapenal, pero en todos los casos la disposición *complementaria* se encuentra ubicada en otra normatividad. Existe un amplio acuerdo en la doctrina sobre la necesidad del uso de las leyes penales en blanco, aunque limitado a ciertos casos; se alude principalmente a determinadas materias que, por su naturaleza, imponen una exigencia particular para ser reguladas, como por ejemplo lo relativo a patentes y marcas, recursos naturales, derechos de autor, el orden socioeconómico, etcétera; se trata pues, de materias que por su dinamismo, por su dependencia de los cambios,

requieren que su regulación evolucione al mismo tiempo para evitar lo que en doctrina se conoce como la *fossilización o petrificación de la normativa penal*; sin embargo, también la doctrina ha señalado el conflicto que surge en las *leyes penales en blanco* acerca del principio de *legalidad*.

En general los autores han manifestado desconfianza hacia las *leyes penales en blanco*. Las objeciones se dirigen fundamentalmente a los *aspectos materiales de dichas leyes*, ya que provocan una importante merma a la *seguridad jurídica* que debe prevalecer en un estado de derecho.

No pretendo en este trabajo hacer un análisis exhaustivo del tema doctrinario de las *leyes penales en blanco*, lo que deseo es acreditar que la *remisión* que hace el artículo 224 del Código Penal, al establecer que cuándo el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes .a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño *en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, viola también lo establecido por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que ésta *remisión* no es *clara, precisa ni exacta*, toda vez que en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, no aparece con estos atributos *la forma* en que el servidor público debe acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, ya que de la lectura de la ley en cuestión, no se establece un procedimiento *claro* que pudiera servir como *complemento* a la *norma penal en blanco*, prevista en el artículo 224 del Código Penal, ya que en el Título Cuarto, Capítulo Único que habla del *registro patrimonial de los servidores públicos*, artículos 84 a 90, no se menciona en

forma *clara, precisa ni exacta*, la forma y términos en que el funcionario público debe justificar el origen de sus bienes, ya que si analizamos, entre otros, el artículo 86 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, veremos cómo establece que serán sancionados, en los términos del Código Penal, los servidores públicos que incurran en *enriquecimiento ilícito*, es decir, en este caso, es esta última ley la que hace también una *remisión* al Código Penal; y el artículo 90 establece que es la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo la que hará la *declaratoria* de que el funcionario público sujeto a la investigación respectiva, *no justificó la procedencia lícita del incremento sustancial de su patrimonio*, es decir, que la investigación y configuración de un ilícito penal, se deja a la decisión de una Secretaría de Estado, en este caso, la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo. ¿No se estarán invadiendo, también, funciones que sólo corresponden al Ministerio Público, como es la investigación de los delitos; y de los tribunales, en cuanto a declarar que un delito se ha cometido? Además, ya he mencionado en otro apartado de este trabajo, cómo el llamado procedimiento de *verificación patrimonial*, que se establece en el Título IV, Capítulo Único, no reúne los *requisitos esenciales de un procedimiento*, por lo que se insiste que el supuesto *complemento o remisión* que hace el Código Penal, no resulta *claro, preciso o exacto* para los *destinatarios* de la norma penal y de ahí que se vulnere el principio de *legalidad* y consecuentemente sea *inconstitucional* el artículo en análisis.

En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, se da la coyuntura que plantea el autor Doval País, ya que *el delito de enriquecimiento ilícito remite a otro sector no penal del ordenamiento jurídico*, como es la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y esto nos lleva a que la culpabilidad o inocencia de un acusado dependa siempre del resultado del procedimiento llamado "*verificación patrimonial*", con la correspondiente *declaratoria* del artículo 90, procedimiento que ya señalamos no se encuentra debidamente formulado, ni se establece la forma en que el funcionario público debe justificar su patrimonio, por lo que, como lo he sostenido, esta *remisión*, al no ser *clara, precisa ni exacta*, viola el *principio de legalidad* al que se refiere el artículo 14 de la Constitución General de la República

4.7 Rompe con el principio acusatorio previsto en los artículos 21A y 102A Constitucionales

Al establecerse en la Constitución de 1917 los referidos artículos 21 y 102 de la Constitución, se adoptó en nuestro país el *principio acusatorio*. A mi juicio, el artículo 224 del Código Penal viola los artículos 21 A y 102 A constitucionales. Estos artículos establecen:

ART. 21.-"A. ... la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público..."

ART. 102.-"A. La ley organizará el Ministerio Público de la Federación..."

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los Tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá

solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determina...". De acuerdo con los artículos transcritos, corresponde al Ministerio Público, y con base en un *sistema acusatorio*, investigar y perseguir ante los Tribunales, todos los delitos del orden federal, por lo que sólo a esta autoridad le debe corresponder el investigar el origen de los bienes de los funcionarios públicos y acreditar que éstos se adquirieron *con motivo de su cargo*, sin embargo, en este delito, quien investiga no es el Ministerio Público, sino la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, que es la que determina, partiendo de *sospechas*, a qué funcionario se le han detectado signos exteriores de riqueza ostensibles y notoriamente superiores a sus ingresos lícitos, procediendo esta autoridad administrativa a *requerir* que se justifique el origen del patrimonio y, si el funcionario no lo hace, por ese solo hecho, se configura el delito de *enriquecimiento ilícito*, formulándose la *declaratoria* a la que se refiere el artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, por lo que resulta claro que las facultades de investigación, por lo que se refiere al delito de *enriquecimiento ilícito*, se le otorgan a una entidad administrativa, violándose flagrantemente los artículos 21 A y 102 A Constitucionales. Si, como afirmamos, el delito ya se configuró por el hecho de no *justificar*, ya no es posible que se dé la *contradicción*, el *derecho de defensa* o el

conocimiento integral de la acusación, que son, según referí anteriormente, elementos inherentes al principio acusatorio. Es tan grave y errónea la forma en que se redactó la estructura de este delito, al establecerse que la no justificación en el procedimiento administrativo es lo que configura este ilícito, que el proceso penal prácticamente ya no tiene razón de tramitarse, puesto que esa no justificación ya no se puede revertir en el curso del proceso penal,

CAPITULO V

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARATORIA DEL ARTÍCULO 90 DE LA
LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y
DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO A DICHA DECLARATORIA**

Ya mencioné en el capítulo primero de este trabajo que la creación de este delito obedeció a razones de política-criminal y de la convicción de terminar, por parte del legislativo, con la corrupción administrativa, que debemos reconocer ha sido un flagelo en nuestro país; sin embargo este delito no cumplió con su cometido, ya que la corrupción no cesó, ni el delito ha podido ser aplicado por el último partido en el poder, solamente se ha utilizado como instrumento de persecución política. Son contados los procesos que por enriquecimiento ilícito se han presentado en nuestros tribunales con desafortunados resultados, ya que al pretender los creadores de esta figura delictiva, facilitar su persecución legal, lo único que lograron fue complicarla estableciendo diversos momentos que se desarrollan en forma sucesiva: el enriquecimiento, el requerimiento, la no

justificación y la declaratoria formal del artículo 90. En efecto, la remisión que se establece en el artículo 224 del código penal federal a la ley federal de responsabilidad de los servidores públicos, nos plantea problemas y preguntas de difícil solución.

Ciertamente, los problemas que plantea, en la estructura del delito, el procedimiento administrativo previsto en los artículos 84 a 90 de la mencionada ley administrativa que culmina con una declaratoria formal, son , entre otros los siguientes: a) ¿ cuáles son los efectos y requisitos del requerimiento que se formula al funcionario público para que justifique el patrimonio? ¿De qué plazo cuenta la secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo para poder requerir al funcionario para justificar su patrimonio? C) ¿la declaratoria del artículo 90 es una *conditio juris* de punibilidad? ¿Es un acto equivalente a la querrela ¿ o será una condición objetiva de punibilidad ¿ En el desarrollo de este capítulo analizaremos estos problemas.

5.1 ¿Cuáles son los efectos y requisitos del requerimiento que se formula al funcionario público?

Desde el punto de vista doctrinario, se ha discutido cual autoridad es la competente para requerir que el funcionario público acredite el legítimo aumento de su patrimonio. En algunas legislaciones (todas latinoamericanas ya que este delito solo existe en esta región). Es el juez de lo criminal quien debe formular dicho requerimiento, en tanto que en otras legislaciones, como la mexicana, esto se le encarga a un órgano administrativo, tal como se establece en nuestra ley federal de responsabilidades de los servidores

públicos, a través del procedimiento al que se refieren los artículos 84 y siguientes de la mencionada ley, que culmina con la declaratoria a la que se refiere el artículo 90.

Requerir, de acuerdo con el diccionario de uso español significa, en una de sus acepciones: es decir con autoridad a alguien que haga cierta cosa... Por su parte, la real academia española en su diccionario nos define requerimiento como el acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar una cosa.¹¹

En virtud de que el delito motivo de nuestro análisis, pretende sancionar a quien no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre, el requerimiento es fundamental para que pueda surgir a la vida jurídica este sui generis delito de enriquecimiento ilícito.

El enriquecimiento ilícito se hace a través del procedimiento previsto en la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos y debe satisfacer, como todo acto de autoridad, los requisitos de legalidad y fundamentación, ya que de lo contrario sería ilegal.

El requerimiento, en nuestro medio, se efectúa mediante un citatorio en el que se apercibe o intimida al funcionario público, para que aporte las pruebas que justifiquen la legal procedencia de todos y cada uno de los bienes que se le detallan en el documento con el que se inicia el trámite de los artículos 84 y siguientes de la ley de la materia. dicho requerimiento debe ser específico y respetar la garantía de audiencia ya que sería inadmisibles que se obligara al funcionario público a justificar bienes que no formaron parte

¹¹ MOLINER, María, Diccionario del uso del español, 2ª ed., Madrid, Ed. Gredos, 1998, p. 933

del documento inicial que elabora la secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo, atreves de la subsecretaria de atención ciudadana y contraloría social, dirección general de responsabilidades y situación patrimonial.

El requerimiento debe ser especifico y respetar la garantía de audiencia, esto se ha sostenido en resoluciones de los tribunales federales y del tribunal fiscal de la federación, en las que se establece que cualquier responsabilidad o responsabilidades que se imputen a un funcionario público se le deben hacer saber en forma concreta, sin que esto pueda establecerse en forma genérica y cumplir las formalidades esenciales del procedimiento que deben garantizar una adecuada y oportuna defensa. Me permito transcribir en relación con este tema, las siguientes resoluciones:

PROCEDIMIENTO INSTRUIDO A SERVIDORES PUBLICOS. GARANTIA DE AUDIENCIA.- de conformidad con lo previsto en el artículo 64, fracción I de la ley federal de responsabilidades de los servidores público, cuando se instruya procedimientos a un funcionario, se le deberá citar a una audiencia , haciéndole saber la responsabilidad o responsabilidades que concretamente se le imputen, sin que en forma genérica pueda informársele que el procedimiento se sigue por diversas irregularidades que han cometido, ya que al no precisarle cuáles son esas, se les dejara en un notorio estado de indefensión que impedirá su legítima defensa.

SERVIDORES PUBLICOS. EXISTE VIOLACION PROCESAL SI AL CITARSE A LA AUDIENCIA NO SE LES DA A CONOCER DETALLADAMENTE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD.- En

acatamiento al artículo 64 de la ley de responsabilidades de los servidores públicos a la audiencia a que se refiere tal precepto, debe darle a conocer detalladamente los hechos que implican todas y cada una de las responsabilidades que motivan su sanción a fin de que este en posibilidad de oponer en la propia audiencia, las defensas que estime conducentes, si en el juicio fiscal la demanda no demuestra tal extremo, debe tenerse por configurada la violación procesal prevista por la fracción III del artículo 238 del código fiscal de la federación del fondo de la cuestión planteada y declarar la nulidad de la resolución impugnada para el efecto de que la demanda emita una conforme a derecho en la que previamente el vicio en que incurrió.

VISITA DOMICILIARIA. SU OBJETO DEBE SER ESPECIFICO Y NO GENERICO (LEGISLACIONES DEL ESTADO DE MEXICO) El artículo 128, fracción I inciso d) del código de procedimientos administrativos del estado de México, establece los requisitos legales que deben cubrir las visitas domiciliarias que practiquen las autoridades del estado de México, dentro de las cuales se contempla el objeto de la visita, el cual por imperativo del artículo 16 constitucional, debe ser específico, es decir deberá precisar con exactitud la finalidad de la diligencia, ello derivado de la necesidad de evitar el ejercicio abusivo de las facultades fiscalizadoras de la autoridad, limitando la visita a la verificación del cumplimiento determinadas obligaciones, sin que sea valido comprobar el acatamiento de las leyes aplicables de manera genérica e indiscriminada, o la búsqueda de infracciones o faltas en general.

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS, FACULTADES DE LAS.- Las autoridades administrativas no tienen más facultades que las que expresamente les conceden las leyes, y cuando dicen alguna determinación que no está debidamente fundada y motivada en alguna ley, debe estimarse que es violatoria de las garantías consignadas en el artículo 16 constitucionales.

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPOTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PREVENTIVO.- La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en *otorgar al gobernado la oportunidad de defensa*. Previamente a cato privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que siga "*se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento*". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse; estos requisitos se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, *es evitar la indefensión del afectado*.

En relación con este punto el autor MIGUEL A. INCHAUTI nos dice:

El momento consumativo, de acuerdo con el texto legal es el de la no justificación; quedara fijado en el tiempo cuando frente al debido requerimiento venza el plazo..... Pero la justificación que se recaba del

funcionario, debe ser en relación con un enriquecimiento, que - claro está - debe mencionarse circunstanciadamente en el acto del requerimiento. No bastara decirle al funcionario que se ha enriquecido, sino detallarle los soportes fácticos de la afirmación. Esto es, dar bases ciertas numéricas del antes y del después que expresen el cambio del patrimonio que se señala enriqueciendo.

Efectivamente es muy importante, además de lo específico y legal del requerimiento, el poder determinar en el cambio del patrimonio del funcionario público, el antes y el después. Como también lo han sostenido nuestros tribunales federales en la siguiente resolución:

ENRIQUECIMIENTO ILICITO, DELITO DE PROCESO PARA DETERMINAR EL.- un proceso lógico para concluir que un servidor público se ha enriquecido ilícitamente, consiste en determinar previamente con que bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a estos el total de sus ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás recibidos por cualquier concepto, llámense premios, donaciones, herencias, prestamos y otros similares, tomándose en cuenta además aquellos factores económicos que tiendan aumentar o disminuir el valor, como podrían ser la plusvalía, devaluación de la moneda o el proceso inflacionario. *Después de esto deberán cuantificarse los bienes con que cuenta actualmente, y una vez obtenidos los resultados de ambas operaciones hacer una comparación entre estas para poder establecer si existe alguna diferencia a su favor, y en su caso si constituye un enriquecimiento ilícito, si se prueba que la obtuvo con motivo del empleo, cargo o*

comisión del servidor público, o si este no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, conforme lo exige el artículo 224 , del código penal federal.

De acuerdo con lo que he señalado anteriormente, la legalidad del enriquecimiento es un acto administrativo, fundamental en la estructura de este ilícito, ya que los bienes que eventualmente debe justificar el funcionario público deben ser precisamente aquellos que en forma clara y concreta se mencionen en el citatorio, mismo que tiene efectos de un requerimiento formal y es sobre dichos bienes que deberá desahogar las pruebas pertinentes para justificar su patrimonio.

La declaratoria del artículo 90 de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, solo podrán abarcar los bienes que fueron motivo del requerimiento, ya que de lo contrario, se dejaría al funcionario público en un estado de indefensión con graves consecuencias, no solo en el ámbito administrativo, sino también en el penal, por la estrecha relación que existe en el artículo 224 del código penal federal que remite expresamente a la ley de responsabilidades de los servidores públicos; y del momento consumativo del ilícito, pues de acuerdo al texto legal es la no justificación lo que implica un desacierto en la redacción del delito en estudio, ya que , al parecer, lo que se reprocha y penaliza es el no poder justificar un no requerimiento.

De acuerdo con lo anterior queda demostrado que este delito no consiste solo en enriquecerse, sino también en el hecho de que el aumento patrimonial no sea justificado por el funcionario que fue debidamente requerido respecto de

determinados bienes, y de que se formulen la declaratoria del artículo 90 de la ley de la materia, cuya naturaleza jurídica analizaremos en este capítulo.

5.2 Con que plazo cuenta la secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo para requerir al funcionario que justifique su patrimonio

En otro apartado de este trabajo, ya comentamos que la facultad de iniciar procedimientos de carácter administrativos por parte de la secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo, se encuentra limitado a los plazos que la propia ley establece y que según el artículo 78 de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, el plazo más amplio, de acuerdo con su fracción II, es de tres años, por lo que considero que el requerimiento al que me referí en el apartado precedente, no debe abarcar periodos que excedan a dicha temporalidad. Este criterio aplicado analógicamente lo sustentó la jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que estableció lo siguiente:

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE FUNCIONARIOS PUBLICOS. SON APLICABLES SUPLETORIAMENTE LAS DSIPOSICIONES DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTO PENALES

De acuerdo con el artículo 45 de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, la ley supletoria aplicable, cuando esta no prevea algunas cuestiones sobre el procedimiento así como en la apreciación de las pruebas, lo es el código federal de procedimientos penales; esto es, cuando se diriman cualesquiera de los procedimientos establecidos en la citada ley, incluso el

relativo a cuestiones sobre responsabilidad administrativa de funcionarios públicos, pues no existe ninguna otra disposición que autorice emplear otro ordenamiento en supletoriedad; siendo irrelevante que dicho precepto este contenido en el capítulo IV del título segundo, relativo a las disposiciones comunes para los capítulos II y III de ese mismo título que se refiere al procedimiento en el juicio político.

Ya también habíamos comentado que se podrían replicar que el artículo 78 se encuentra regulado en el título tercero, capítulo segundo de la ley de la materia que se refiere a las sanciones administrativas y procedimientos para aplicarlas, y que el procedimiento para verificar y justificar el patrimonio de los funcionarios públicos se encuentren en el título cuarto, capítulo único; pero si seguimos el criterio de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que si bien se refirió al artículo 45 de la ley, lo mismo puede decirse analógicamente en el artículo 78, ya que al dirimirse cualesquiera de los procedimientos establecidos en la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, no existiendo ninguna otra disposición que autorice a emplear otro ordenamiento en supletoriedad, es irrelevante que las disposiciones comunes se encuentren en uno u otro título o capítulo de la ley, por lo que siendo el artículo 78 al que ya me he referido, el único que establece lo relativo a la prescripción, este artículo debe aplicarse también al procedimiento de los artículos 84 a 90 de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos.

Por último, solo quiero agregar que independientemente de que en México, el requerimiento lo efectué un órgano

administrativo, esto no implica que el juez penal, en su momento, como juez natural no pueda analizar la legalidad del requerimiento , del procedimiento administrativo y de la declaratoria del artículo 90, ya que un órgano extrapenal no puede ser vinculante a la función jurisdiccional, que tiene la facultad autónoma de decidir sobre la comisión o no de hechos delictuosos; o dicho de otra manera, por formar parte de la estructura del delito, el juez penal, como juez natural, debe constar y analizar detenidamente que todos estos elementos se encuentren debidamente acreditados y que se hayan observado todas las garantías de legalidad.

5.3 ¿La declaratoria del artículo 90 es una Conditio Juris de la punibilidad?, ¿Es un acto equivalente a la querella?, ¿O será una condición objetiva de punibilidad?

En relación con este delito de enriquecimiento ilícito, recuerdo alguna cita de carnelutti que si bien no se refería a este ilícito (por no existir en su país), considerado que sus palabras también se pueden aplicar a nuestro tema, pues sostiene que hay delitos que han nacido como plantas silvestres fuera del recinto cultivado por los jardineros del derecho penal; y la falta de cultivo científico se advierte, antes que todo, en el plano legislativo.

Nada más cierto que lo dicho por tan insigne jurista y su hiriente frase por un acento de trágica confirmación, tratándose de la redacción del artículo 224 del código penal que define el enriquecimiento ilícito, que remite para su configuración a la ley de responsabilidades de los servidores públicos. La confusión que creó el legislador, al establecer la declaratoria formal del artículo 90 del código

penal, se ha hecho evidente en la resoluciones de los pocos tribunales federales que han conocido de este inoperante delito de connotaciones políticas, ya que por su complejidad, son unos cuantos los procesos que en México se han abierto por este ilícito.

Me voy a referir a continuación a los criterios que se han sustentado en diversas resoluciones de nuestros tribunales federales, ya que para unos la declaratoria del artículo 90 es un presupuesto judicial exigido por la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, para otros una condición, objetiva de punibilidad y otros más consideran que dicha declaratoria es un acto equivalente a la querrela.

El cuarto tribunal unitario del primer circuito emitió el siguiente criterio:

La ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, amén de la facultada que concede para que se sancionen administrativamente los servidores públicos, por las irregularidades en que incurren en el ejercicio de sus funciones atribuye la secretaria de la contraloría general de la federación, la potestad de que en caso de considerarlo pertinente, efectuar la declaratoria conducente ante el ministerio público, para que este, a petición de la institución en cita, proceda penalmente en su contra, como específicamente lo prevé si artículo 90, que a la letra dice:

“la secretaria de la contraloría general de la federación dará al ministerio público, en su caso, declaratoria de que el funcionario sujeto a la investigación respectiva en los términos de la presente ley no justifico la procedencia lícita del incremento

substantial de su patrimonio de los bienes adquiridos o de aquellos sobre los que conduzca como dueño, durante el tiempo de su encargo o con motivo del mismo.

De lo anteriormente transcrito, resulta evidente que aun cuando el agente del ministerio público tenga conocimiento del indebido actuar de su servidor público, debido a que sus declaraciones patrimoniales , no justifican la procedencia lícita del incremento de su acervo patrimonial: *es menester que, para que proceda en su contra, se satisfaga el presupuesto judicial exigido por la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, esto es, la declaratoria de la secretaria de la contraloría general de la federación*

5.4 Presupuestos del delito

Como sostiene el autor Gustavo Malo Camacho, previo al estudio de los elementos constitutivos del delito, y no obstante que éste es una entidad única e indivisible, para una mayor precisión, resulta útil un análisis estratificado, pues "vale ocuparse de los presupuestos de la conducta típica, frecuentemente mencionados como los *presupuestos Del delito*".¹²

Para no caer en la confusión entre los llamados *presupuestos* y los *elementos descriptivos* del tipo de *enriquecimiento ilícito*, en este capítulo sólo me referiré como *presupuestos* del delito en análisis; al *bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material*, para analizar, en el siguiente capítulo, los *elementos descriptivos*.

¹² Malo Camacho, Gustavo, Derecho penal mexicano, 2 ed., México Ed. Porrúa, 1998, p. 273.

5.4.1 Bien jurídico protegido

La protección de *bienes jurídicos* es el fundamento ético jurídico de las normas penales. El bien jurídico “debe ser entendido en sentido trascendental, es decir, más allá del derecho mismo, entendiendo que el derecho reconoce a los bienes, a los que les agrega el *valor de lo jurídico*, constituyendo así los *bienes jurídicamente protegidos*, pero no los crea”, nos dice Gustavo Malo Camacho o como también dice el mismo autor citando a Bustos Ramírez “el bien en la medida en que es captado por el derecho, se constituye en un bien jurídico”. Hans-Heinrich Jescheck lo define como “aquellos intereses de la vida de la comunidad a los que presta protección el derecho penal”.¹³

No es la idea de este trabajo el desarrollar el concepto de bien jurídico, cuyo estudio pertenece a la parte general del derecho penal y, por ser ésta una monografía sobre el delito de *enriquecimiento ilícito*, me concretaré a referirme al bien jurídico en relación con este ilícito.

El delito de *enriquecimiento ilícito* se encuentra ubicado en el Título Décimo denominado *delitos cometidos por servidores públicos*, es decir que este delito es una *especie* del *género* que regula esta parte del Código Penal Federal. *El enriquecimiento ilícito*, junto con el Peculado, el Cohecho, el Tráfico de Influencia, el Ejercicio Abusivo de Funciones, la Intimidación, la Concusión, el Uso Indebido de Atribuciones y Facultades, la Coalición de Funcionarios Públicos, el Abuso de Autoridad, el Ejercicio Indebido de Servicio Público, constituyen el instrumento con el que los

¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general, T.I*, Bosch, Traducción de Mir Puig Santiago y Muñoz Conde Francisco, Barcelona, 1981, p. 350

legisladores han querido combatir el fenómeno de la *corrupción* en sus diferentes presentaciones.

Podemos definir la *Corrupción*, siguiendo a Alejandro Nieto, como "un uso desviado de los poderes públicos en beneficio particular",¹⁴ y a la *corrupción penal*, como aquellas conductas corruptas que la ley "considera más graves y las califica de delitos, esto es, las tipifica con tal carácter". En relación con estos delitos de funcionarios públicos, independientemente de los matices propios de cada uno de ellos, se ha buscado establecer cuál es el *bien jurídico* protegido común que se pretende sea salvaguardado por la Legislación penal. Los criterios para establecer qué es lo que se protege son muy variados, pues, según el criterio de cada autor, el *bien jurídico* puede ser tanto la protección del patrimonio público, como la fidelidad en el ejercicio de la función pública o la deslealtad o la fe pública o la protección contra los abusos o el correcto funcionamiento de la administración o la traición del funcionario a la administración, etcétera.

Por lo que se refiere específicamente al enriquecimiento ilícito, en Argentina el autor Carlos Creus, citado por Marcelo A. Sancinetti, establece que el bien jurídico consiste en "evitar conductas anormales que persiguen un aumento patrimonial, prevaleciéndose del cargo", sin embargo el mismo autor sostiene que la conducta castigada es la de no justificar, por lo que Sancinetti, con razón, lo critica diciendo:

"O está mal su definición del bien jurídico, o está mal su

¹⁴ N IETO, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ed. Ariel, 1997, p. 78.

Explicación de la conducta típica, ya que si el bien jurídico es evitar el *aumento patrimonial* prevaleciéndose del cargo, esto no tiene relación con el hecho de no justificar un patrimonio... no es con la no justificación del enriquecimiento que el funcionario se enriquece, o que realiza una conducta anormal prevaleciéndose del cargo."

Miguel A. Inchausti, por su parte, nos dice que: "El propósito protector apunta a preservar la ética del funcionario en cuanto es base ésta del respeto a los organismos del Estado por parte de los administrados, la que debe considerarse agredida por la conducta de cuya represión se trata.

Se preserva con la figura en análisis, el decoro, la dignidad, la insospechabilidad de la administración pública."

Según su postura, a este autor también se le podría cuestionar: si el delito trata de preservar la ética, el decoro y la insospechabilidad del funcionario, ¿esto se produce por el hecho de enriquecerse o por no justificar? Jorge Federico Mikkelsen-Lôlh, considera que el bien jurídico consiste en "La Protección de la Administración Pública"

Sin embargo también se puede formular la misma pregunta, ¿cómo se preserva?, ¿impidiendo que los funcionarios públicos aumenten su patrimonio ilícitamente u obligándolos a justificarlo?.

En México, como ya mencioné, en 1982 el Ejecutivo presentó diversas iniciativas (*vide supra*, capítulo II), pretendiendo con ello terminar con la corrupción administrativa, destacándose en su redacción que en el servicio público se debía salvaguardar la legalidad, la honradez, la lealtad, la imparcialidad, la economía y la

eficacia con que había que servir los intereses del pueblo. Estos postulados quedaron establecidos en los artículos 109, fracción III, 113 y 134 párrafos 1° y 3° de la Constitución, y en el artículo 47 de La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Al crear se este delito, se aprecian dos vertientes en su definición típica, *el enriquecerse* y la *no justificación*, que vulneran, según el legislador, la legalidad, la honradez, la lealtad, la imparcialidad, la economía y la eficacia de la función pública, y si en esto consiste, en nuestra legislación, el bien jurídico protegido, cómo podemos explicar que en esta figura se utilice la palabra "*enriquecerse*", que según ya comentamos no contempla ninguna conducta sino sólo un resultado y también ya explicamos cómo la no justificación (vide supra, apartado III.1) implica una desobediencia administrativa que no puede vulnerar los principios o valores ético-jurídicos a los que se refirieron las iniciativas de 1982.

Reitero, como conclusión de este apartado, que en el *enriquecimiento ilícito* tampoco se estableció claramente cuál es el *bien jurídico* que se pretendió tutelar y en consecuencia, en la definición del tipo penal, falta claridad y precisión respecto de la conducta que debía prohibirse al funcionario público para sancionarlo penalmente, independiente mente de que la inclusión de este delito en el Título Décimo del Código Penal Federal, sea superfina, ya que, con las otras figuras que ahí se contemplan, se cubren todos los posibles comportamientos del servidor público desleal, tal como sucede en la/mayoría de los países de

cultura occidental, que no contemplan el "enriquecimiento ilícito".

5.4.2 SUJETO ACTIVO

El *sujeto activo*, como es sabido, es aquel individuo que realiza la conducta descrita en el tipo penal. El que realiza la conducta prevista en la norma penal, es específicamente el *sujeto activo del delito*.

Cualquier persona puede, en términos generales, ser autor de un delito y en esos casos el legislador emplea expresiones tales como: *quienes, el que, los que*, u otras similares.

Es decir, se refiere a una persona innominada. En otros delitos, en cambio, el ilícito penal sólo puede ser cometido por personas en las que se da una determinada característica, y sólo los que se encuentren comprendidos en esa especial posición pueden ser autores.

El delito de *enriquecimiento ilícito* sólo puede ser cometido, en términos del artículo 224 del Código Penal Federal, por los servidores públicos. En efecto, dicho artículo establece que: "*Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público...*", o sea, esta figura sólo puede ser atribuida a las personas que posean esta característica. A los delitos que sólo pueden cometerse por una categoría específica de personas, se les denomina, en doctrina, como *delito propio*. Existe, en este mismo ilícito, una excepción en el segundo párrafo del artículo 224, en que cualquier persona que haga figurar como suyos bienes de un servidor público, puede cometer este ilícito, o sea, no se exige en este caso, una calidad específica en el autor. El problema que plantea este delito propio es determinar qué debe

entenderse por servidor público. Luis Roca Agapito nos dice que: "El concepto de funcionario público no es un término descriptivo o naturalístico sino *normativo*, con la particularidad adicional de que es un concepto *multívoco* que es utilizado en diferentes sentidos, según las diversas ramas del ordenamiento jurídico. Ello obliga a plantear la cuestión de si el concepto penal de funcionario coincide o difiere del vigente en otras ramas jurídicas, especialmente en el Derecho Administrativo. Para dar respuesta a esta cuestión., será preciso conocer, prime-ramente, el concepto de funcionario que ofrece el Derecho Administrativo."

Mencionamos anteriormente que este concepto de servidor público tenía la característica de ser multívoco ya que la doctrina y la legislación utilizan, indistintamente, los términos: empleados, trabajadores, funcionarios, servidores, etcétera. Sobre este particular el doctor Guillermo Haro Belchez, citado por Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, nos dice:

En la legislación positiva mexicana encontramos una selva semántica notablemente confusa. La Constitución General de la República hace referencia tanto a funcionarios y empleados (artículos 89, 118), como servidores públicos (artículos 108, 113 y 114), o bien simplemente al término trabajador (apartado B, artículo 123 Constitucional).

La LFTSE habla de Trabajadores al Servicio del Estado, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos LFRSP) alude a esta última acepción, en tanto que otra de las leyes relativas a la materia como la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE) utiliza el concepto de

Trabajador del Estado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha agregado a los términos anteriores el de servidores de la nación, lo que ha terminado por adentrarnos en un laberinto semántico terriblemente complejo.

En materia administrativa, cuando se estudia este tema de la calidad de trabajador al servicio del Estado, se mencionan la *Teoría de la Incorporación*, que en síntesis significa que el carácter de servidor público sólo puede generarse a partir del otorgamiento del cargo mediante un nombramiento, designación o elección y la asunción de funciones, como un acto de voluntad que implica la aceptación, y en Razón de tal otorgamiento, el individuo queda incorporado al órgano Público como parte esencial de él y, por lo tanto, sujeto a las obligaciones y derechos que integran su status.

En la teoría de la Regulación de la Relación, el principio básico es la regularidad, ya que los empleados se incorporan al servicio público con una idea de permanencia, como un modo de vida, como una ocupación habitual, lo que excluye a aquellas relaciones que se plantean con el carácter de eventuales, o para una obra y servicios limitados en el tiempo.

En lo que se refiere a la *Teoría de la Retribución*, también se señala que las personas que desempeñan la función pública, hacen de su actividad laboral un medio para subsistir, por lo que son incluidas en el presupuesto de egresos, ya que las plazas que no quedan en esta situación o sus emolumentos se cubren conforme a tarifas, no quedan

Incluidas en este concepto; al igual que cuando se trata de personas que desempeñan labores honoríficas, electorales o censales.

Por último, la *Teoría del Sometimiento al Derecho Administrativo* implica que la regulación de la actividad deriva de la existencia y funcionamiento de un órgano administrativo, también que la actividad es materia del Derecho Administrativo, de donde los tratadistas diferencian las relaciones que se rigen por el Derecho Político; en el caso de los obreros, por ejemplo, su situación jurídica queda exclusivamente comprendida en el Derecho Laboral; dejando la regulación de los empleados públicos al Derecho Administrativo; de tal modo que los funcionarios públicos tienen un marco legal y reglamentario específico.

No obstante lo anterior, el concepto de funcionario público, para efectos penales, tiene su propia autonomía ya que en el Título Décimo del Código Penal Federal que se refiere a los delitos cometidos por servidores públicos, en el artículo 212 del Código Penal se establece:

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

Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título en materia federal. Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente.

Desde que el artículo del Código Penal antes citado establece: "*Para los efectos de este título y subsecuente es servidor público toda persona que desempeña un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública...*" significa que este concepto sólo es aplicable al Código Penal para efectos de los delitos de servidores públicos y por tanto no es trasladable a otros campos del derecho y viceversa.

En relación con las reformas de 1982 a la Constitución y a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, el autor Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez nos dice:

El derecho mexicano dio un gran paso con la reforma que en diciembre de 1982 se realizó al Título Cuarto de la Constitución, al fijar las bases legales para la regulación de la relación de servicios entre el Estado y sus trabajadores, con un enfoque diferente al del Derecho Laboral y Laboral Burocrático, atribuyendo la calidad de servidor público a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión a favor del Estado, y sujetándolo a un código de conducta establecido en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y a las sanciones por el

incumplimiento de sus obligaciones, que Afecten los valores fundamentales que conforman el ejercicio de la función pública.

Del análisis del texto constitucional se desprende que el término más genérico que utiliza es el de servidor público con el cual se identifica a toda persona que tenga una relación de trabajo con el Estado, sin distinción del tipo de órgano en que se desempeñe, o del ordenamiento laboral que lo regule, toda vez que las relaciones y las responsabilidades a que se refieren son ajenas a las del Derecho Laboral. Así tenemos que, en los términos del artículo 108 Constitucional, "...se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federar. Por tanto, el solo hecho de desempeñar un empleo, cargo o comisión en los órganos del Estado da la calidad de servidor público, ya sea que lo desempeñe como resultado de una elección, un nombramiento de carácter administrativo, un contrato laboral, un contrato civil de prestación de servicios, o una designación de cualquier otra naturaleza.

Por lo que se refiere al debate que sobre este artículo se presentó en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores, el autor Enrique Díaz Aranda establece lo siguiente:

Esta tendencia a extender indistintamente la responsabilidad penal a cualquier servidor público, queda de

manifiesto especialmente a estas dos intervenciones en las Cámaras:

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

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

En su intervención el C. Senador. José Socorro Salcido Gómez, señaló:

“..., la reforma propuesta incluye a cualquier prestador de un servicio público y no sólo a funcionarios públicos como lo hace el actual título X. Esta propuesta, es obvio que resulta atinada. Son de gran utilidad, valentía y realismo las propuesta que se contienen en la Iniciativa que se examina;...; valiente, porque incluye a todos los servidores públicos, desde el más alto funcionario hasta el más modesto...”

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, tenemos que reconocer que en 1982 se modificó de tajo y en aras de una

renovación moral de la sociedad el concepto de funcionario público, que hasta ese momento había elaborado la doctrina y la jurisprudencia, por lo que, podemos manifestar como conclusión de este apartado, que puede ser sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública tal como se establece en el artículo 212 del Código Penal Federal. No obstante la conclusión sustentada en el párrafo anterior, resulta interesante establecer que, para que se pueda configurar el delito de enriquecimiento ilícito, debe partirse de un requerimiento dentro de un procedimiento administrativo, en que debe establecerse un antes y un después, tal y como lo expuse en este trabajo y tal como lo han determinado los Tribunales Federales (*vide supra*, apartado IV. 1). Para conocer ese antes, que no es otra cosa que el patrimonio previo del funcionario público, se estableció en nuestra legislación, y concretamente en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en sus artículos 47 fracción XVIII y 80, qué funcionarios públicos tienen la obligación de presentar declaraciones de situación patrimonial (ver apéndice 1, al final de este capítulo), es decir, que no todos los funcionarios públicos que pretende abarcar en su amplitud el artículo 212 del Código Penal tienen obligación de presentar declaraciones patrimoniales, por lo que al no contarse con dichas declaraciones patrimoniales, no será posible determinar el patrimonio previo del eventual sujeto activo de este delito.

La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos establece en el artículo 81 los plazos en que se

deben presentar las declaraciones de situación patrimonial, al tomar posesión del cargo y a la conclusión del mismo, lo que tiene por finalidad poder comparar el patrimonio del funcionario público antes de que tome posesión de su cargo, Artículo 81. La declaración de situación patrimonial deberá presentarse en los siguientes plazos:

I. Dentro de los sesenta días naturales siguientes a la toma de posesión;

II. Dentro de los treinta días naturales siguientes a la conclusión del Encargo; y

III. Durante el mes de mayo de cada año deberá presentarse la declaración de situación patrimonial, acompañada de una copia de la declaración anual presentada por persona física para los efectos de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, salvo que en ese mismo año se hubiese presentad la declaración a que se refiere la fracción I.

Si transcurrido el plazo a que hace referencia la fracción I, no hubiese Presentado la declaración correspondiente, sin causa Justificada, quedara sin efectos el nombramiento respectivo previa declaración de La Secretaría.

Lo mismo ocurrirá cuando se omita la declaración contemplada en la fracción III. Para el caso de omisión, sin causa justificada, en la presentación de la declaración a que alude la fracción II, se inhabilitará al infractor por un año así como después de concluido, independientemente de que cada año se deba presentar la declaración en los términos que marca la ley, pero lo que se quiere reiterar, es que si no

todos los funcionarios públicos que pudieran ser sujetos activos de este delito en los términos del artículo 212 del Código Penal, tienen obligación de presentar declaraciones de situación patrimonial, no será posible determinar previamente con qué bienes contaba antes de empezar su cargo y por tanto será imposible hacer una comparación después de concluirla, por lo que no se podrá tampoco determinar si existió o no un enriquecimiento ilícito, lo que me permite suponer que, para efectos de la aplicación de este delito, sólo podrán ser sujetos activos del mismo aquellos funcionarios públicos que por ley están obligados a presentar sus declaraciones de situación patrimonial.

5.4.3 Sujeto pasivo

Sujeto Pasivo del delito nos dice José Cerezo Mir es: "El portador del bien jurídico lesionado, puesto en peligro o agredido. Puede serlo un individuo, un conjunto de individuos, una persona jurídica, la sociedad, el Estado o la comunidad internacional." 190 De acuerdo con las iniciativas del Ejecutivo en el año de 1982 (vide supra, apéndices 1, 2, y 3 del capítulo II), se pretendía terminar con la corrupción administrativa, por lo que en el servicio público debía salvaguardarse la legalidad, la honradez, la lealtad, la imparcialidad, la economía y la eficacia con que había que servir los intereses del pueblo.

Al hablar del bien jurídico (*vide supra*, apartado V.1) se consideró que, en la tipificación de enriquecimiento ilícito, no se podía establecer claramente lo que se pretendía fuera salvaguardado o protegido de la acción de enriquecerse o de la no justificación, de donde se concluía

que no quedaba claro cuál era el bien jurídico protegido, por lo que, si de acuerdo

Con la definición que dimos, el sujeto pasivo es el portador de ese bien jurídico lesionado o puesto en peligro, no podemos determinar con claridad quién puede ser el sujeto pasivo en este delito, pero atendiendo exclusivamente a las iniciativas de 1982, podría pensarse que el ulular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro es en todo caso "el pueblo" o "la sociedad".

5.4.4 Objeto material

Se ha definido el objeto material como la persona o la cosa sobre la que recae la acción típica. Para determinar este punto, debemos partir nuevamente del Derecho Positivo vigente; sin embargo, el problema se vuelve a presentar, ya que en este delito no resulta fácil establecer en qué persona o cosa recae la acción típica, ya que hemos señalado reiteradamente que en este delito dicha acción típica

No es clara, precisa ni exacta, ya que no define una conducta sino sólo un resultado, y por lo tanto no resulta comprensible para los destinatarios de la norma (*vide supra*, apartado III. 1), de ahí que tampoco se pueda determinar con claridad, precisión o exactitud del *objeto material* de este delito.

5.5 Elementos descriptivos

CONCEPTO "CON MOTIVO DE SU EMPLEO"

La descripción del delito de enriquecimiento ilícito empieza con el enunciado "a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público."

La palabra *motivo*, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, se define como: "causa de algo".¹⁹¹ Por su parte, el Diccionario de Uso del Español de María Moliner lo define como: "algo capaz de mover. Cosa o razón que determina que exista o sea hecha...".

En las definiciones de 1940 y 1980 del ilícito de enriquecimiento inexplicable, se empleaba la siguiente redacción: "al que durante el desempeño de su cargo o al separarse de él". La redacción actual del delito de enriquecimiento ilícito suprimió la palabra *durante*, lo que significa que anteriormente bastaba que el funcionario público se enriqueciera en un determinado lapso de tiempo en que desempeñaba el cargo público, sin que importara que ese enriquecimiento estuviera relacionado o no con las actividades públicas; sin embargo, al cambiar el legislador de 1982 la palabra *durante* por las palabras con *motivo* y, siguiendo la definición que nos dan los principales diccionarios de nuestra lengua castellana, el enriquecimiento debe tener su causa precisamente en las actividades del funcionario público. En relación con este tema el autor Enrique Díaz Aranda nos dice:

Para responder a este interrogante debe atenderse al enunciado con que el legislador ha iniciado la descripción típica: Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito... Como podemos observar el legislador sólo ha contemplado aquellos casos en que el enriquecimiento ilícito del servidor sea producto del uso de la función pública, pues no basta con el hecho de que el enriquecimiento del servidor se

verifique durante el tiempo de su encargo, tal y como lo establece la Constitución, en el artículo 109, fracción III, párrafo 3º, sino que es además necesario que él se produzca como resultado del uso indebido del empleo, cargo o Comisión públicos.

Considero que en la actual redacción del artículo 224 del Código Penal Federal, corresponde al Ministerio Público probar que la causa o motivo del enriquecimiento derive precisamente de las funciones que realizaba el funcionario público, a diferencia de nuestras legislaciones anteriores, en las que para sustentar el enriquecimiento inexplicable bastaba que dicho enriquecimiento surgiera durante el período en que se ejercía la función pública, sin que fuera necesario que hubiera una relación de *causa-efecto*; lo que sí acontece en la definición actual del delito que nos ocupa, y es que la palabra 'motivo' necesariamente nos refiere a una causa, la cual debe ser probada por el Ministerio Público, y esa causa necesaria e ineludiblemente ya estará comprendida en las conductas de los delitos de peculado, tráfico de influencias, concusión, cohecho, etcétera; por lo que la inclusión de este delito en el Código Penal Federal a partir de 1982 fue absolutamente innecesaria y, en la práctica, según lo hemos manifestado, confusa e inoperante.

5.6 Incorrecta denominación del término servicio público

A continuación el legislador establece que ese enriquecimiento que se produce "con motivo" debe estar relacionado con el servicio público. Considero que la terminología empleada por el legislador, al referirse al servicio público, puede crear confusiones, ya que no es lo

mismo la administración pública (término que emplea el primer párrafo del artículo 108 de la Constitución y 212 del Código Penal Federal) que el servicio público, pues este último concepto, según el Maestro Gabino Fraga, consiste en lo siguiente:

Resumiendo todos los elementos expuestos se puede definir el servicio público como una actividad destinada a satisfacer una necesidad colectiva de carácter material, económica o cultural, mediante prestaciones concretas o individualizadas sujetas a un régimen jurídico que les imponga adecuación, regularidad y uniformidad.

Por su parte el doctor en Derecho y Profesor Emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional Autónoma de México Andrés Serra Rojas, nos dice:

El servicio público es una actividad directa del Estado o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar, —de una manera permanente, regular, continua y sin propósito de lucro—, la satisfacción de necesidades colectivas de interés general y de carácter material, económico y cultural y sujetas a un régimen de policía (derecho público en general) y por otra, a un régimen de

Derecho privado en los servicios públicos concesionados en lo que se refiere a sus relaciones con el público.

Los conceptos de administración pública y el de servicio público no son sinónimos, ya que si recurrimos al Diccionario Jurídico Mexicano, elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, encontramos lo siguiente:

Administración Pública. -Por administración pública se entiende, generalmente, aquella parte del Poder Ejecutivo a cuyo cargo está la responsabilidad de desarrollar la función administrativa.

Servicio Público.-Institución jurídico-administrativa en la que el titular es el Estado y cuya finalidad consiste en satisfacer de una manera regular, continua y uniforme necesidades públicas de carácter esencial, básico o fundamental; se concreta a través de prestaciones individualizadas las cuales podrán ser suministradas directamente por el Estado o por los particulares mediante concesión.

Por su parte, el artículo 90 de la Constitución General de la República establece que la administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la ley orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y departamentos administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación. Además, el artículo 108 constitucional, para efectos de responsabilidades de los servidores públicos, contempla no sólo al Poder Ejecutivo, sino que abarca a los demás poderes, lo mismo que el artículo 212 del Código Penal Federal Como se desprende de la opinión de los autores de Derecho administrativo antes citados y de nuestra Constitución General de la República, el concepto de servicio público es más restringido y Gene otras características de las que seguramente quiso abarcar el legislador en este precepto, por lo que considero que se tenían que seguir los

mismos lineamientos que se establecen en el artículo 108 de la Constitución y el 212 del Código Penal Federal, y no haber restringido el delito a la prestación de un servicio público, lo que implica un error que pone de manifiesto una vez más la falta de técnica legislativa en la elaboración del precepto que estamos analizando.

5.7 Conducta punible

En este apartado me referiré a los hechos, sean éstos positivos o negativos, a que se refiere el artículo 224 del Código Penal Federal. Ya he mencionado reiteradamente en este trabajo la dicotomía que presenta este ilícito, ya que no queda claro si la conducta punible es enriquecerse o bien no justificar.

Enriquecer de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española consiste en: hacer rica a una persona, comarca, nación... u otra cosa. Enriquecimiento en el mismo diccionario se define como: acción y efecto de enriquecer o enriquecerse. Este concepto de enriquecerse¹⁹⁸ está íntimamente ligado de acuerdo con el texto del artículo 224 con el aumento del patrimonio. Patrimonio ha sido definido por los tratadistas franceses, según cita de Planiol y Ripert, "como el conjunto de los derechos y las obligaciones de una persona, apreciables en dinero, considerados formando una universalidad de derecho".¹⁹⁹ De acuerdo con este concepto, toda persona, por precaria que sea su situación, tiene un patrimonio que puede aumentar, disminuir, cambiar, pero nunca desaparecer. Para ilustrar esta idea, se recurría al ejemplo de una bolsa que podía estar vacía o llena, pero seguía siendo una bolsa.

Para la escuela clásica francesa la *teoría del patrimonio* tenía como principios: que sólo las personas pueden tener un patrimonio; la persona necesariamente tiene un patrimonio; y la persona sólo puede tener un patrimonio. La teoría clásica del patrimonio fue criticada, pero, sin embargo, nos legó una idea científica y clara de lo que es este concepto. Volviendo a nuestro tema, el patrimonio para efectos del enriquecimiento ilícito debe ser analizado en su evolución, cuando la "bolsa" del ejemplo de la escuela clásica francesa aumenta en relación a un momento anterior, pero además cuando este aumento no pueda justificarse, o sea, que esta figura compleja no considera suficiente el aumento patrimonial, sino que es necesario el no acreditamiento o justificación de dicho aumento.

La dicotomía que plantea este delito nos lleva a cuestionarnos si es de acción (enriquecerse) o de omisión (no justificarse) o complejo (requiere de ambos supuestos). Sobre este tema, las opiniones de los autores son diversas, según referiré a continuación:

a) Hay autores que lo consideran un delito de acción y que el acto comisivo es por el cual el funcionario se enriquece. Marcelo A. Sancinetti, cita en su libro, como autores que siguen esta postura, a Carlos Fontán Valestra y a Horacio Maldonado. Este último sostiene:

Opino como Fontán Valestra que la conducta es el enriquecimiento ilícito, pero considero que el requerimiento no es una condición objetiva de punibilidad, sino un presupuesto de procedibilidad.

El autor Jorge Federico Mikkelsen-Loth considera que existe una confusión en cuanto a la lesión antijurídica dolosa del bien jurídicamente tutelado, por la omisión de justificar un debido requerimiento, "cuando en verdad el dolo existirá sólo en la acción de haberse enriquecido..."

b) Para otros autores, se trata de un delito de omisión y en orden al momento consumativo del delito, lo que tipifica la figura es la no justificación. Marcelo A. Sancinetti nos señala en su libro, como autores que se adhieren a esta postura, a Sebastian Soler, Ricardo C. Núñez, Alfredo Masi, Carlos Creus y Julio Chiappini. Soler, establece lo siguiente:

El actual texto responde esencialmente a ese sistema, pues, lo mismo que en el referido Proyecto, el tipo consiste en no justificar la procedencia de un cambio patrimonial que significa enriquecimiento.

El autor Miguel A. Inchausti sostiene:

Trátase, pues, de una figura compleja, en la que *para entender consumado el ilícito es preciso que el enriquecimiento operado que la ley describe no sea justificado por el funcionario cuando se lo requiere para ello*. Hay, pues, en la intrincada descripción de la ley, distintos momentos de obligado encadenamiento: el enriquecimiento ilícito, el requerimiento y la no justificación. Téngase muy en cuenta esos presupuestos tácticos de concurrencia sucesiva, para la conclusión a que nos referiremos en el siguiente párrafo apartado.

Está claro que lo que se castiga es *la no justificación ante el requerimiento debidamente formulado*. La sola ocurrencia del enriquecimiento, si no se perfecciona el requerimiento

formal y a tanto éste no ocurra y como su consecuencia no se justifique lo requerido.

El mismo Inchausti menciona algunas resoluciones de los tribunales argentinos, que me permito transcribir a continuación:

...no se castiga al enriquecido indebidamente por tal circunstancia, sino por no justificarlo. En tal sentido valga lo siguiente

Respecto de la figura: .. .no persigue la acción de enriquecimiento sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento... (voto del Dr. Donna en fallo de la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional de esta Capital, del 11/6/1998, en causa N° 14.100; *ídem* en causa no 8940).

En otra sentencia, citada por el mismo autor del Tribunal Oral en lo Criminal número 29, causa número 564, se estableció lo siguiente:

La tipificación de la conducta se produce ante la falta de justificación de la procedencia del enriquecimiento y no por el enriquecimiento en sí mismo... no persigue la acción de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento...206. En México el H. Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito, en el Toca de apelación número 182/96-I, sostuvo igualmente que el delito se configuraba por el hecho de no justificar. Fragmentos de esta resolución ya fueron citados (*vide supra*, apartado III.6)

Debo agregar que no obstante estas resoluciones, los delitos de omisión exigen un resultado, y considero que el hecho de no justificar no entraña ningún resultado, por lo que es difícil entender que se penalice el simple silencio

como consecuencia de un requerimiento que se origina de una *sospecha*.

c) Otros autores finalmente lo consideran un tipo penal complejo, ya que en este delito, para que quede debidamente integrado, debe existir tanto una conducta tendiente al enriquecimiento, como una *omisión posterior*.

De acuerdo con la redacción del artículo 224 de nuestro Código Penal Federal, me inclino a sostener que nuestra legislación encuadra en este último supuesto, es decir que estamos frente a un tipo penal complejo, ya que no es suficiente que el funcionario no justifique el legítimo aumento de su patrimonio, sino que también es indispensable que se acredite que existió un enriquecimiento previo con motivo de un empleo, cargo o comisión. Es de la mayor importancia analizar con detenimiento el tipo penal de enriquecimiento ilícito en nuestro país, que plantea en forma imperativa que el enriquecimiento debe tener su motivo precisamente en la función pública, y una vez acreditado este hecho, se requiere además de la no justificación, razón por la cual estimo que el tipo penal en análisis es complejo.

En el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, en el amparo en revisión 146/93, en que aparece como quejoso Guillermo González Calderóni, por unanimidad de votos, se estableció claramente que, para que se pudiera constituir un enriquecimiento ilícito, se tenía que probar que el aumento patrimonial "se obtuvo con motivo del empleo, cargo o comisión del servicio público", y que el individuo "no pudiera acreditar el legítimo aumento de su patrimonio", conforme lo exige el artículo 224 del Código Penal Federal.

De acuerdo con la anterior resolución, se confirma la postura que he expresado, en el sentido de que este delito es complejo y que requiere tanto del enriquecimiento con motivo del empleo, como de la no justificación.

5.8 Bienes que abarcan la conducta

De acuerdo con el artículo 224 del Código Penal Federal, el servidor público puede enriquecerse: a) Con bienes que aumenten su patrimonio; b) Con bienes que figuren a su nombre; c) Con bienes respecto de los cuales se conduzca como dueño.

Por lo que toca a los bienes que incrementen el patrimonio del servidor público, debemos referirnos nuevamente al concepto de patrimonio (vide supra, apartado VI.3), y si retomamos el ejemplo de la escuela clásica francesa que consideraba que el patrimonio era como 'una bolsa' que podía aumentar o disminuir, de acuerdo con los activos y pasivos que lo constituyen. 'Activo' son todos los bienes y derechos apreciables en dinero, en tanto que el '*pasivo*' se refiere a los débitos, cargas u obligaciones.

Para poder determinar o cuantificar cuál es el patrimonio en un momento determinado, debe establecerse cuál es el activo, deduciendo el pasivo. El patrimonio es un elemento dinámico que cambia constantemente, pero, para determinar el enriquecimiento ilícito de un funcionario público, debe establecerse con toda exactitud el antes y el después al que me referí anteriormente (vide supra, apartado IV. 1). En cuanto a los bienes que figuren a su nombre, esto se refiere a los que se encuentren acreditados al funcionario

público, con base en escrituras, facturas, cuentas bancarias, registros públicos, etcétera.

Por último, los bienes respecto de los cuales se conduzca como dueño, tenemos que recurrir al concepto civil de propiedad, que desde el derecho romano, tenía como atributos el *jus utendi*, *jus fruendi* y *jus abutendi*; es decir, el derecho de usar de la cosa y servirse de ella, obtener las rentas o productos, o disponer o enajenar. Si el funcionario público respecto de un bien se comporta con los atributos antes mencionados, para efectos del enriquecimiento ilícito, se considerará como propietario.

De acuerdo con la Constitución General de la República, en su artículo 109, fracción III, párrafo tercero, y con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en su artículo 87, también deben incluirse los bienes que reciban, o de los que dispongan, el cónyuge y dependientes económicos del servidor público. La pregunta que podríamos formularnos es: ¿por qué, para efectos de este delito, deben incluirse las personas antes referidas, si no las menciona expresamente el artículo 224 del Código Penal?

La respuesta la encontramos en el mismo artículo citado, ya que establece que respecto de los bienes en que el funcionario se conduzca como dueño se aplica la Ley Federal De Responsabilidades de los Servidores Públicos, y ya mencioné que el artículo 87 de dicha ley establece lo siguiente:

Art. 87. -Para efectos de esta ley y del Código Penal, se computarán entre los bienes que adquieran los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los que reciban o de los que

dispongan, su cónyuge y sus dependientes económicos directos, salvo que se acredite que éstos los obtuvieron por sí mismo y por motivos ajenos al servidor público.

El problema que plantea el artículo antes mencionado, y fundamentalmente en lo que se refiere a la acreditación de los bienes que fueron obtenidos directamente por el cónyuge o los dependientes económicos, es que en la precaria formulación del procedimiento administrativo, que se inicia en contra de un funcionario público (artículos 84 y siguientes), no se establece ningún artículo por el que se conceda la garantía de audiencia a las personas mencionadas, ya que respecto de ellas, no existe disposición alguna que los incorpore como parte en el procedimiento administrativo aludido. Se puede dar el caso de que el funcionario público no concurra al procedimiento administrativo o no pueda acreditar el origen de los bienes motivo del requerimiento, y que, en consecuencia, se haga el pronunciamiento o declaratoria del artículo 90 respecto de los bienes del cónyuge y los dependientes económicos, sin que se les haya dado la oportunidad de acreditar que los adquirieron directamente, lo que obviamente los coloca en una situación de indefensión que viola el artículo 14 constitucional.

5.9 Hipótesis relativa a quien haga figurar como suyos bienes del servidor público

En el segundo párrafo del artículo 224 del Código Penal se contempla que también cometen el delito de enriquecimiento ilícito las personas que hagan figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en

contravención de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos *a sabiendas de estas circunstancias*.

De acuerdo con este segundo párrafo del delito que se está analizando, encontramos que el legislador le dio un carácter *esencialmente doloso*, es decir, la necesidad de conocer que los bienes del servidor público se adquirieron *en contravención* a lo dispuesto por la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos. Se requiere por tanto, *la conciencia y la voluntad* de llevar a cabo la conducta típica. En caso contrario se quebrantaría el *principio de culpabilidad*, considerándose una responsabilidad *objetiva*, no admisible en nuestro derecho penal o, dicho de otra manera el derecho penal no puede prohibir la simple causación de resultados, si no solo la realización de acciones dirigidas por la voluntad a la producción de la lesión de un bien jurídico.

La doctrina admite que el *conocimiento* integrante del *dolo* ha de recaer sobre los elementos del *tipo*. Dentro de la categoría dogmática *del tipo*, se distingue tradicionalmente los elementos *descriptivos*, elementos *normativos* y elementos *subjetivos*.

En general, se dicen que son *elementos descriptivos* aquellos cuya constatación se realiza mediante su aprehensión por los sentidos, mientras que los *normativos* son aquellos elementos del tipo cuya presencia requiere una valoración; esto es, su constatación requiere un juicio de valor.

El segundo párrafo del artículo 224 del código penal federal contiene como *elementos subjetivo del injusto* la expresión *a sabiendas*.

A sabiendas es un añadido a la voluntariedad que implica *un saber referido al hecho concreto que se realiza* que este delito consiste en que el sujeto activo tenga conocimiento de que la adquisición de un bien por cuenta de un servidor público, se esté violando alguna disposición de la ley de responsabilidades de los servidores públicos, hecho que debe ser probado por el ministerio publico.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La reforma de 1982, que se sustentó en razones de *política-criminal* para lograr una renovación moral de la sociedad, incorporó en el código penal el artículo 224, que tipificó el *enriquecimiento ilícito*, una figura que *no era necesaria* ya que en el título décimo de dicho código, estaban comprendidas todas las conductas posibles con las que los funcionarios públicos pueden ilícitamente enriquecerse, puesto que cualquier funcionario público que comete un *enriquecimiento ilícito con motivo de su cargo* Recurrirán inevitablemente a procedimientos que ya son delictivos en sí mismos y que según se manifestó, ya estaban contemplados en el código penal federal.

SEGUNDA.- Por ser innecesario en ningún país de Europa occidental, Estados Unidos de Norteamérica, o con influencia del derecho anglosajón, se contempla el delito de *enriquecimiento ilícito*, ya que la conducta irregular de los funcionarios públicos se encuentran *suficientemente reguladas*

en las figuras del peculado, el cohecho, el prevaricato, el trafico de influencias, etcétera.

TERCERA El delito de enriquecimiento ilícito es una invención *poco afortunada de la republica argentina*, que contamina con esta figura otros países latinoamericanos como el nuestro. El articulo 224 del código penal federal es *inconstitucional*, toda vez que la definición de dicho ilícito penal, no es *clara ,precisa ni exacta*, ya que no define una conducta, sino un resultado, y por lo mismo no resulta comprensible sino solo un resultado, y por lo mismo *no resulta comprensible* para los destinatarios de la norma; viola el *principio de inocencia* y permite la *inversión en la carga de la prueba*; viola la garantía de la *no autoincrementacion* a que se refiere la fracción II del articulo 20 constitucional; crea un *delito de sospecha* que trasngrede igualmente el principio *indubio pro reo*; crea un *tipo penal en blanco*, al hacer una remisión directa a la ley federal de responsabilidades de los servidores publico, que como norma de complemento no regula absolutamente nada; rompe con el *principio acusatorio* previsto en los artículos 21 y 102 constitucionales.

CUARTA.- El procedimiento administrativo de investigación al que se refieren los artículos 84 a 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los servidores públicos, no reúnen los requisitos del *debido proceso legal* y deja a los servidores públicos en un *estado de indefensión*. El *requerimiento* con que se inicia el procedimiento al que me referí en el punto precedente debe ser *especifico* y establecer la responsabilidad o responsabilidades que se imputen a un

funcionario publico, sin que esto puedan establecerse en forma genérica, respetando la garantía de audiencia, *garantizando una adecuada y oportuna defensa*. La secretaria de la contraloría y desarrollo administrativo no puede iniciar procedimientos de carácter administrativo *fuera de los plazos* que la propia ley establece, según el artículo 78 de la ley de la materia.

QUINTA.-El bien *jurídico* protegido tampoco resulta comprensible como consecuencia de la falta de claridad en el tipo penal, en que no se aprecia si la acción típica consiste en *enriquecerse* o en la *no justificación*. El enriquecimiento del funcionario publico debe ser *con motivo* de las funciones que realiza, y se debe establecer esa relación de causa-efecto cuya prueba corresponde al Ministerio publico. Es incorrecto el termino servicio publico al que se refiere el articulo 224 del código penal, ya que este no es sinónimo del de administración publica, ya que es el que emplean los artículos 108 de la constitución y el 212 del código penal federal, por lo que se limito la posible comisión de este delito, al no haber seguido los lineamientos expresados en los artículos antes referidos.

SEXTA.-EL delito de enriquecimiento ilícito, es un delito complejo, ya que requiere tanto del enriquecimiento con motivo de la función pública, como de la no justificación posterior. En la hipótesis relativa a quien haga figurar como suyos bienes del servidor publico , que prevé el segundo párrafo del articulo 224 del código penal federal, debe acreditarse el elemento subjetivo del injusto al que se

refiere la expresión a sabiendas de que se esta violando la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos, ya que, de lo contrario , el contrato de mandato al que se refiere el articulo 2560 del código civil reconoce como ilícito lo que en doctrina se denomina mandato del testaferro.

SEPTIMA.-En el delito de enriquecimiento ilícito, según se manifestó, debe acreditarse que el enriquecimiento fue con motivo de la función publica y que los procedimientos por los cuales se produce dicho enriquecimiento son invariablemente delictivos en si mismos, ya que derivan del cohecho, el peculado, la extorsión, el abuso de autoridad, etcétera, por lo que no se podrán procesar, simultáneamente, a un funcionario publico por esos delitos y por enriquecimiento ilícito se violaría el principio non bis in idem. El delito de enriquecimiento ilícito es un delio continuado, en virtud de que existe pluralidad de conductas con unidad jurídica de acción, y por lo mismo debe aplicarse unidad jurídica procesal de la acción continuada.

OCTAVA.-La pena que se establece en el articulo 224 del código penal federal es desproporcionada, sobre todo si se considera que el acusado no cuenta, en este ilícito con las garantías fundamentales de defensa y que lo que se castiga no es una conducta determinada, si no un resultado, que deriva de una situación de sospecha con base en signos exteriores de riqueza, además de que imponer hasta 14 años de prisión no ha servido para inhibir la corrupción de funcionarios públicos

en nuestro país , por lo que una vez mas se sostiene que este delito ha sido inoperante.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA Deu, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, Ed. M. Bosch, 1995.

BACIGALUPO Zapater, *La instrumentación técnico- legislativa de la protección penal del medio ambiente, estudios penales y criminológicos*, v, 1982.

BLANCO Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997.

CANTARERO Bandres, Roció, *problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona, promociones y publicaciones universitarias, 1990.

CLARIA Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal penal*, tomo I Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.

CREUS, Carlos, *Delitos contra la administrassem publica*, Buenos Aires, 1981.

DEL CASTILLO Del Valle, Alberto, *La defensa jurídica de la constitución en México*, México. 1994

DÍAZ Aranda, Enrique, *enriquecimiento ilícito*, México, cárdenas editor, 1999.

ORDEIG, Gimbernat, *Estudios de derecho penal*, 3^a ed., Madrid, 1990.

PETIT, Eugene, *tratado elemental de derecho romano*, México, editorial Nacional, 1961.