



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
CIUDAD UNIVERSITARIA

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
CURSO SUPERIOR DE POSGRADO

“INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO PENAL CONTEMPLADO EN
EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, EN LO
RELATIVO A LA EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY, EL PRINCIPIO
DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO DE TODA
PERSONA IMPUTADA A NO DECLARAR O A GUARDAR
SILENCIO”.

T E S I S I N A

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
ESPECIALISTA EN DERECHO CONSTITUCIONAL.

ESPECIALIDAD EN DERECHO CONSTITUCIONAL

P R E S E N T A:

LICENCIADA ARELY PECHIR MAGAÑA

DIRECTOR DE TESIS:

DOCTOR EPIGMENIO MENDIETA VALDÉS

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX.

2019



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

ÍNDICE

| | |
|-------------------|---|
| Introducción..... | 1 |
|-------------------|---|

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

| | |
|---|---|
| 1.2 Antecedentes Históricos Globales..... | 8 |
|---|---|

| | |
|--------------------------|----|
| 1.2 Origen Nacional..... | 10 |
|--------------------------|----|

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL

| | |
|---------------------------------------|----|
| 2.1 Procedimiento Administrativo..... | 16 |
|---------------------------------------|----|

| | |
|------------------------|----|
| 2.2 Reforma Penal..... | 18 |
|------------------------|----|

| | |
|--------------------------------|----|
| 2.3 Exposición De Motivos..... | 29 |
|--------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 2.4 Artículo 224 del Código Penal Federal en la Actualidad..... | 34 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 2.5 Elementos Descriptivos del Delito..... | 34 |
|--|----|

| | |
|--------------------------------|----|
| 2.5.1 Elementos Objetivos..... | 35 |
|--------------------------------|----|

CAPÍTULO III

CONFRONTACIÓN COMAPRATIVA-GLOBAL DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

| | |
|------------------------------------|----|
| A) Argentina..... | 47 |
| B) Panamá..... | 49 |
| C) Colombia..... | 51 |
| D) Costa Rica..... | 52 |
| E) España..... | 55 |
| F) Estados Unidos de América | 55 |
| G) Unión Europea..... | 56 |

CAPÍTULO IV

PERSPECIVA Y ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

| | |
|--|----|
| A) Principio de Exacta Aplicación de la Ley..... | 60 |
| B) Principio de Presunción de Inocencia y Carga de la Prueba. | 79 |
| C) Principio Nemo Tenetur..... | 90 |

CAPÍTULO V

| | |
|-------------------|----|
| Conclusiones..... | 98 |
|-------------------|----|

INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de enmarcar el área de estudio en la que se sitúa en un inicio la problemática del tema medular de la investigación a tratar, es decir, partir de lo general a lo particular y al inquirir una contextualización del planteamiento del tema sobre el cual versará el presente trabajo, resulta pertinente anunciar como propuesta de análisis en primer plano, la redacción actual del tipo penal descrito en el artículo 224 del Código Penal Federal, el cual prevé y sanciona el delito de Enriquecimiento Ilícito en nuestro país ya que, al analizar de forma inicial no solo las fallas gramaticales del mismo se pueden justificar ampliamente la gran cantidad de problemas que derivan de una incorrecta y deficiente técnica legislativa y en la vida práctica del Derecho en general, lo cual será demostrado en los capítulos subsecuentes.

Si bien es cierto que el legislador tiene la facultad de describir los tipos penales, en la redacción de los mismos, resulta indispensable que se especifiquen los elementos respectivos y que estos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa, como lo ha sostenido nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, no puede sustraerse al deber de consignación en las leyes penales que expida, de expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas. Es decir, la redacción del citado artículo no es clara, precisa ni exacta, ya que no define una conducta, sino sólo un resultado, y por lo mismo no resulta comprensible para los destinatarios de la norma.

El delito que ocupa entonces es un delito de sospecha, que rompe el principio consagrado del Derecho Penal "*indubio pro reo*", el cual se acepta irrefutablemente como una consecuencia de las corrientes de pensamiento humanista y liberal que adquirió el Derecho Penal contemporáneo, al sostener que la presunción de

inocencia es una regla que únicamente puede ser destruida por prueba en contrario, prueba que debe ser aportada en la totalidad de los casos por la acusación.

Es así que, la norma general aplicada en nuestro país, contemplada en el artículo 224 del Código Penal Federal, que prevé el delito de Enriquecimiento Ilícito, resulta a todas luces inconstitucional, al contravenir los artículos 14, 16, 20 apartado B, fracción I y II y 22 fracción II constitucionales en relación con la exacta aplicación de la ley en los juicios del orden criminal, la violación al principio de presunción de inocencia, la indebida inversión en la carga de la prueba y a la no autoincriminación, así como la violación del artículo 1º, segundo párrafo en relación con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, lo cual será demostrado en la presente investigación.

Al respecto, los Estados Unidos Mexicanos, han celebrado diversos tratados internacionales de suma importancia, con la finalidad de prevenir y combatir la corrupción, por citar a algunos de ellos: la Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, entre otras.

En resumen, como podrá apreciarse el citado tipo penal, no solo viola los Tratados Internacionales a que se refiere el Manual de Amnistía Internacional¹, sino

¹ El conjunto de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos se suele dividir en dos grupos: los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales. Son derechos civiles y políticos, por ejemplo, el derecho a la igualdad ante la ley, a un juicio con las debidas garantías, a la libertad de expresión, circulación, reunión y asociación, y a participar en el gobierno del propio país. Tienen su expresión jurídica vinculante en diversos

también lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que en el delito mencionado se traslada la carga de la prueba al inculpado, viola el principio de presunción de inocencia y permite la inversión en la carga de la prueba, viola la garantía de la no autoincriminación a que se refiere la fracción II del artículo 20 constitucional; crea un delito de sospecha que trasgrede 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 Públicos –ahora Ley General de Responsabilidades Administrativas-, específicamente a los artículos que comprenden el Título Cuarto de dicho ordenamiento –del artículo 79 al 90-, al entender que la citada Ley, no solo es de rango inferior al Código Penal Federal, sino que el legislador coloca en una instancia diversa el señalamiento

tratados internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Derechos Humanos de la ONU fue creado para vigilar si los Estados Partes cumplían las disposiciones de este Pacto y para exigirles responsabilidades por las violaciones de derechos humanos cometidas en sus territorios.

Aunque Amnistía Internacional ha reconocido siempre la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos y se esfuerza desde hace tiempo en promover todos los derechos humanos, tradicionalmente ha centrado su trabajo de investigación y acción, tal como lo define el mandato de Amnistía Internacional, en los derechos civiles y políticos. En la Reunión del Consejo Internacional de 2001, el movimiento aprobó un nuevo mandato que amplía las atribuciones de Amnistía Internacional para oponerse a todos los abusos graves contra el derecho a la integridad física y mental, a la libertad de conciencia y de expresión y a no sufrir discriminación.

“Manual de Amnistía Internacional”, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, España, mayo de 2002,

<https://www.amnesty.org/download/Documents/120000/org200012002es.pdf>

(última consulta 26/02/2019)

adecuado del elemento típico, lo cual será verificado a lo largo de la investigación que desembocará en la tesina que nos ocupa.

Uno de los diversos conflictos generados alrededor de dicho tipo penal, radica en la clara complicación respecto a la prueba; si bien es cierto que, existe la necesidad latente de una figura que frene prácticas ilícitas por parte de servidores públicos, también lo es que las vigentes, como es el caso del artículo 224 del Código Penal Federal, no es la adecuada.

Es preciso realizar investigaciones y análisis prácticos respecto al delito de enriquecimiento ilícito, no solo el análisis del texto y su clara inconstitucionalidad, sino estudiar de forma detallada la efectividad que ha tenido la aplicación de dicho precepto legal en casos prácticos reales, ya que en la actualidad no hay investigaciones lo suficientemente precisas respecto a la práctica y aplicación de dicho precepto. Es por ello que resulta relevante visibilizar esta práctica, analizar esta temática y sentar las bases para que abra el camino a una alternativa que persiga la misma finalidad (combatir la corrupción) pero que parta medularmente conforme a la Constitución Política de nuestro país, como es lo apropiado, corrigiendo de este modo los vicios que esto genera teniendo como resultado el cumplimiento de la finalidad del ordenamiento.

Es de considerarse que, la importancia del principio de taxatividad, entendido como aquél que, *“exige que el legislador empleé una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano, donde comienza el derecho penal.”*² La taxatividad no acepta conceptos

² Carbonell Mateu, Juan Carlos. “Derecho Penal. Concepto y Principios Constitucionales”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p., 131.

vagos con límites borrosos con falta de determinación semántica, entendida esta como lo referente a la significación de las palabras.³

Asimismo, al considerar como columna esencial de la investigación la vertiente del constitucionalismo garantista, para hacer eficaces los derechos fundamentales. Estimar dichas garantías como los medios de tutela para asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales y para protegerlos ante el riesgo de su violación por parte de los poderes públicos, puesto que basta la consagración de un derecho en una carta constitucional para tenerlo por garantizado y protegido.

Por tanto, en el presente trabajo de investigación, al llevar a cabo un análisis no solo de diversos autores quienes previamente se dieron a la tarea de estudiar el multicitado precepto legal, especialmente lo respectivo a su inconstitucionalidad, sino también respecto a su redacción, las confusiones y problemas que esto representa al momento del ejercicio de la abogacía, para posteriormente propiciar un adecuado surgimiento y creación de normas que logren cumplir con el objetivo de cada una de ellas respetando la supremacía constitucional, con la finalidad de concretar ese deseo y principios garantistas, se pretende dar a conocer los motivos por los cuales puede considerarse de forma ineludible que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en nuestro país, es a todas luces contrario a nuestra constitución.

Es así que, la gran mayoría de los estudios y trabajos realizados hasta nuestros días en relación con dicha problemática, resultan insuficientes, pues ubica el problema sin dar una solución específica al respecto. Dicho texto legal establece un ilícito que, como la mayoría de nuestras leyes fue impulsado principalmente por

³ Semántica: Referente a la significación de las palabras. Diccionario de la lengua Española, 21ª Edición, p. 1318.

cuestiones políticas y presión social desencadenadas por la “promesa” de una campaña por la presidencia que afirmaba combatiría de manera efectiva la corrupción y lograría una “reforma moral de la sociedad”, sin considerar las violaciones a derechos humanos que esto implicaba

Atendiendo a lo antes señalado, se suma el afán social que exige un cambio tangible en la aplicación de la justicia, pero que ignora por completo la existencia de derechos fundamentales que protege y enuncia nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que evidentemente se encuentran muy por encima de cualquier ley secundaria.

No obstante, como ya se ha hecho mención la redacción del texto que ocupa a la investigación señalada, no es clara ni mucho menos precisa ni exacta, al no definir una conducta, sino un resultado, genera problemas de carácter práctico e interpretativo que dan como resultado importantes violaciones a derechos humanos.

En síntesis, el delito materia de estudio, en prácticamente la totalidad de su contenido resulta claramente violatorio de principios fundamentales tales como la no autoincriminación, legalidad, presunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba, lo cual quedará demostrado en el presente trabajo. Asimismo, la punibilidad que establece es desproporcionada si se toma en cuenta que carece de medios de defensa y que lo que se castiga no es una conducta determinada, sino un resultado sin considerar que no ha servido para inhibir la corrupción de funcionarios públicos en nuestro país.

Al buscar soluciones para dicha problemática y derogar el tipo penal, se pretende atacar de forma sustancial el dilema y admitir que el Estado -como en todos los casos- debe buscar ser cuidadoso en la protección de derechos

fundamentales, por lo tanto, al proponer una solución que, al ser propuesta, inicia por aceptar el problema, es afirmar que el núcleo resulta de enriquecerse ilícitamente y que dicha imputación como cualquiera, debe probarse.

Por tanto, la investigación de mérito pretende analizar y dar solución al problema derogando el precepto legal sin agredir ni lesionar los derechos humanos establecidos en nuestra constitución, pues resulta inconcebible su aplicación en la actualidad, lo cual -por lo visto- es más proliferante que los juristas preocupados por crear una adecuada norma penal o el ministerio público en su facultad -no potestativa- de investigar los hechos.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS GLOBALES

La necesidad que surge de establecer medios de prevención, ubicación y sanción de corrupción se convirtió en un punto medular de investigación y aplicación entre los países miembros de la Organización de Estados Americanos, en los primeros años de los noventa.

Sin embargo, refiriéndonos a orígenes mucho más remotos del enriquecimiento ilícito como delito se remonta al derecho romano, el cual se encontraba incluido en el Digesto (D., 12, 6, 14), en donde se encontraba señalado: *“es conforme a la equidad del derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro”*⁴. A pesar de las diversas alusiones doctrinales que existen en cuanto a los asuntos a los cuales les resultabas aplicable, el análisis más representativo es el realizado por el autor Eugene Petit, en su libro Tratado Elemental de Derecho Romano, en donde se señala al respecto que: *“dentro de las obligaciones quasi ex contractu (obligaciones nacidas de un contrato), encontramos aquellas que se soportaban en un enriquecimiento sin causa, las cuales eran susceptibles de diversas condiciones, entendidas como las sanciones de las obligaciones consagradas por las constituciones imperiales; se concluye al respecto que, la condictio sine causa (enriquecimiento sin causa), se aplicó en múltiples*

⁴ Justiniano, García del Corral, Ildefonso, Traducción y compilación. “Corpus juris civilis. Español, Cuerpo del derecho civil romano, Parte Tercera del Digesto, Barcelona: Jaime Molinas, 1889-1898, p. 708. El contenido puede encontrarse en la web <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/600/35.pdf> (última consulta 20/02/2019)

*eventos en los cuales se ejecuta una prestación sin que exista causa que la justifique y, en la cual el accipiens (acreedor), se encuentra enriquecido a costa ajena”.*⁵

Asimismo, encontramos que para Alterini, *“en virtud a que en los inicios de la República Romana los acuerdos solo eran obligatorios cuando se cumplía determinado requisito solemne, si este no era acreditado entonces tales controversias eran resueltas mediante las denominadas condiciones, y en aspectos extra contractuales de manera directa mediante la actio in rem verso (acción de reembolso)”.*⁶

Sin embargo, para Enneccerus, *“todas las condiciones se pueden agrupar en una sola pretensión general, la denominada conditio sine causa”*⁷

Ya en tiempos contemporáneos, Chile presentó en un inicio una propuesta a la Asamblea General, la cual fue adoptada en el año de 1994, titulada “Probidad y Ética Cívica”, deriva en la formación de un grupo especializado en el estudio de problemas jurídicos que se originaban con la corrupción. Dicho grupo tendría como encargo principal, la recopilación y estudio de legislaciones nacionales que se encontrasen vigentes en la materia, a fin de realizar un inventario de los delitos que

⁵ Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, 19ª Edición, traducción de J. Fernández González, Editorial Porrúa, p. 453.

⁶ Alterini, Atilio, Curso de obligaciones, Vol. 2., Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, págs. 442-443.

⁷ Enneccerus, Ludwig, Derecho de las Obligaciones. Doctrina Especial, Segunda Parte, 3ª Edición, Vol. 2. Barcelona, España, BOSCH Casa Editorial, p. 945.

se encontraran relacionados con la ética pública, para poder elaborar recomendaciones sobre mecanismos jurídicos que controlaran dicho problema.⁸

Es así que, los Jefes de Estado, llevaron a cabo el diseño de un Plan de Acción, entre lo que se encontraba contemplado la preservación y fortalecimiento de las democracias y se prevé la lucha contra la corrupción.⁹ Para ello, los gobiernos adoptaron una serie de medidas que buscaban combatir el enriquecimiento ilícito así como la debida imposición de sanciones. Tras diversas reuniones, fue aprobado el Proyecto de Convención, en su versión definitiva.

1.2 ORIGEN NACIONAL

En nuestro país, se puede ubicar como antecedente del enriquecimiento ilícito, el juicio de residencia, mismo que fue implementado cuando el territorio era colonia española. Dicho procedimiento pretendía probar la probidad del servicio público y se consideraba un requisito básico para que pudiese conservar su puesto o cargo y en su caso, aspirar a uno nuevo.¹⁰

⁸ OEA, Probidad y Ética Cívica, Resolución aprobada en la décima sesión plenaria, celebrada el 10 de junio de 1994, AG/RES. 1294 (XXIV-0/94). El contenido de la resolución puede encontrarse en la web de la OEA. <http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/Res1294.htm> (última visita 20.02.2019).

⁹ OEA, Primera Cumbre de las Américas Miami, Florida, 9 al 11 de diciembre de 1994, Plan de Acción. El contenido puede encontrarse en la web http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html (última visita: 22.02.2019).

¹⁰ Díaz-Aranda, Enrique, Enriquecimiento ilícito de servidores públicos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, p. 87

Fue nada más y nada menos que, Hernán Cortés a quien se le sometió a este tipo de juicio, debido a las constantes denuncias respecto a sus riquezas que consistían en ganado, oro, entre otros bienes, lo cual tuvo que acreditar que no eran producto del indebido uso del poder público.

Una vez ubicados en el México independiente, el antecedente de mayor relevancia del enriquecimiento ilícito lo ubicamos en el denominado “*enriquecimiento inexplicable*”, de la entonces vigente Ley de Responsabilidad de Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados, la cual fue emitida en el año de 1939, emitida por el presidente Lázaro Cárdenas, que pretendía dar sanción administrativa a los funcionarios que contaban con un patrimonio que se incrementaba de manera llamativa y desproporcionada con relación a sus ingresos obtenidos del Estado. Lo anterior daba origen a la respectiva investigación del Ministerio Público, quien, en caso de no encontrar elementos suficientes para inculpar plenamente al servidor público, entonces se veía obligado a demostrar el origen de dicho incremento patrimonial.

Es menester señalar que, solamente se llegaba a una sanción administrativa si el servidor público no demostraba la procedencia lícita del incremento patrimonial y si el Ministerio Público, tampoco podía demostrar que se estaba frente a un delito en el servicio público. Es así que, surge la gran reforma constitucional, administrativa y penal, dirigiendo directamente al enriquecimiento ilícito del ámbito administrativo al penal.

Tal es el caso que, en las elecciones presidenciales del año de 1982 en nuestro país, resultó electo el candidato Miguel de la Madrid Hurtado, del Partido Revolucionario Institucional, el cuál entre otras cosas, manifestó en campaña dentro de sus postulados políticos la muy conocida “*renovación moral de la sociedad*”, la cual es evidente que nunca llegó.

Miguel de la Madrid, prometía una “renovación moral” que pretendía atacar de forma tajante a la corrupción, lo cual se vio entorpecido por diversos factores tales como el terremoto de 1985, un plan económico que no tuvo el resultado anunciado y por ende un mal diseñado “combate a la corrupción”, mismo que implicaba entre muchas otras cosas y para el tema medular de la investigación que ocupa, la reforma al tipo penal que sanciona y tipifica el delito de Enriquecimiento ilícito en el Código Penal Federal, cambios en el sistema de Responsabilidades de Servidores Públicos, ya que se reformó la Constitución, fue creada una nueva Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos, así como la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

El autor Enrique Díaz Aranda, señala respecto a aquella mencionada renovación moral de la sociedad que, de manera exigente la sociedad le reclamaba al Estado asumir las siguientes responsabilidades:

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

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

3) 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.¹¹

Entre aquellas iniciativas y reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con fecha 3 de diciembre de 1982, a instancia del Ejecutivo Federal, fue presentada la iniciativa de reformas y adiciones a los artículos 108, 109, 110, 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.

Respecto al artículo 22 constitucional, se estableció lo siguiente:

Artículo 22.-

[...]

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

¹¹ Díaz Aranda, Enrique, Enriquecimiento ilícito de Servidores Públicos, México, Cárdenas, 1999, p.63.

impuesto o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109.

[...]

Es así que el llevar a cabo dicha modificación al artículo 22 de nuestra Carta Magna, era elemental para poder realizar un decomiso de manera formal, toda vez que, en el texto original de 1917, se encontraba prohibido de manera expresa la confiscación de bienes con la única excepción de la realización de un pago por la responsabilidad civil que resultare de la comisión de un ilícito o en su caso para la cobertura del pago de impuestos y/o multas. Ello, a pesar de que las leyes de responsabilidades de servidores públicos de 1940 y 1980, establecían como sanción el decomiso de bienes, resultaba imposible su aplicación al contravenir con lo señalado por el artículo 22 constitucional en su texto reformado, por lo que para llevar a cabo el decomiso a un funcionario público resulto imprescindible dicha reforma.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que, la Contraloría General de la Federación, que posteriormente sería denominada Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, en un inicio, era el organismo responsable de dar inicio al proceso administrativo que da pauta a la investigación de un probable enriquecimiento ilícito, mismo que concluye con la declaratoria respectiva.

Lo anterior, en caso de que el servidor público de que se trate no justifique la procedencia lícita del incremento sustancial de su patrimonio, para posteriormente hacer conocer al Ministerio Público de la Federación a fin de dar inicio a la averiguación previa *-ahora carpeta de investigación-* correspondiente. Para ello, se envía un citatorio al servidor público, mediante el cual se le hacen saber los elementos que constituyen indicio de una supuesta riqueza que rebasa lo notoriamente dentro de su posibilidad lícita, asimismo se especifica el periodo que

comprende la investigación la cual se basa en un estudio de la evolución patrimonial.

Cabe destacar que dicho procedimiento administrativo conocido como verificación patrimonial, no se encontraba previsto ni en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni se encontraba previsto en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. En la actualidad, el procedimiento señalado para la investigación por la vía administrativa, se encuentra establecido en los artículos 32 a 42 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, la cual abrogó a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, misma que entró en vigor el 19 de julio de 2017.

El autor Miguel Inchausti, señala que: *“el antecedente del delito de enriquecimiento ilícito lo encontramos en Argentina, en el año de 1936, con el documento Corominas Segura, que contemplaba dos hipótesis: a) presunción de enriquecimiento ilícito, se incrimina al que desde su cargo lucra, y b) acrecentamiento patrimonial que no provinieren de específicas fuentes”*.¹²

¹² Inchausti, Miguel. citado por Cárdenas Rioseco, Raúl F., Enriquecimiento ilícito, México, Porrúa, 2004. p. 19.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL

A modo de introducción del presente capítulo, resulta pertinente señalar como puntos clave antecedentes, las reformas administrativas destacadas, la creación de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicada en el Diario Oficial en fecha 31 de diciembre de 1982 y la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, publicada en el Diario Oficial en fecha 29 de diciembre de 1982.

Se puede decir que opera el enriquecimiento ilícito en el momento en que a un servidor público no se le puede probar la comisión de un delito en contra de la administración pública pero que muestra un evidente incremento patrimonial que resulta injustificado, tal como se desarrollará.

2.1 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La denominada “declaración patrimonial”, prevista en la ya enunciada Ley General de Responsabilidades Administrativas, es un procedimiento de carácter administrativo y únicamente puede considerarse un indicio, que posteriormente y si el caso concreto lo amerita, deberá ser debidamente valorado.

La estimación que se lleve a cabo respecto a lo que podría considerarse como “lícitamente percibido” por el salario de un servidor público y sus bienes, claramente se encuentran sujetos a comprobación, lo cual a reserva de muchos deberá ser desvirtuado mediante la acreditación de la licitud de dicho incremento patrimonial, lo que deberá llevarse a cabo por el servidor público, genera confusión respecto a la irreversibilidad de la carga de la prueba.

Tal es el caso que, al existir detección de un aumento patrimonial desmedido por parte de un servidor público, la Ley General de Responsabilidades Administrativas, **en escasos artículos**, establece el procedimiento que deberá llevarse en caso de un supuesto enriquecimiento ilícito.

La Ley General de Responsabilidades de los Servidores Públicos señala que, cuando el sujeto a la verificación de la evolución de su patrimonio no justifique la procedencia lícita del incremento “*notoriamente desproporcionado*” de éste, representado por sus bienes, o de aquéllos sobre los que se conduzca como dueño, durante el tiempo de su empleo, cargo o comisión, las Secretarías y los Órganos internos de control, según corresponda, tendrán la potestad de formular la denuncia al Ministerio Público, en su caso, cuando el sujeto a la verificación de la evolución de su patrimonio no justifique la procedencia lícita de dicho incremento.

Hasta apenas en 2017, la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, llevaba el sistema de evolución patrimonial, entre otras cosas. En el sistema de evolución patrimonial, de declaración de intereses y de constancias de presentación de la declaración fiscal de la Plataforma digital nacional, se inscribirán los datos públicos de los Servidores Públicos obligados a presentar declaraciones de situación patrimonial y de intereses. Dicha información relacionada con las declaraciones de situación patrimonial y de intereses, podrá ser solicitada y utilizada por el Ministerio Público, los Tribunales o las autoridades judiciales en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, el Servidor Público interesado o bien, cuando las Autoridades investigadoras, substanciadoras o resolutoras lo requieran con motivo de la investigación o la resolución de procedimientos de responsabilidades administrativas.

Respecto a las investigaciones o auditorías para verificar la evolución del patrimonio de los Declarantes, las Secretarías y los Órganos internos de control, estarán facultadas para ello. En los casos en que la declaración de situación patrimonial del Declarante refleje un incremento en su patrimonio que no sea

explicable o justificable en virtud de su remuneración como servidor público, las Secretarías y los Órganos internos de control inmediatamente solicitarán sea aclarado el origen de dicho enriquecimiento. De no justificarse la procedencia de dicho enriquecimiento, las Secretarías y los Órganos internos de control procederán a integrar el expediente correspondiente para darle trámite conforme a lo establecido en esta Ley, y formularán, en su caso, la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público.

Lo anterior, conforme a lo establecido por la Ley General de Responsabilidades Administrativas, lo anterior, al no justificarse por el servidor público la procedencia lícita del incremento sustancial de su patrimonio de los bienes adquiridos o de aquéllos sobre los que se conduzca como dueño, durante el tiempo de su encargo o por motivos del mismo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 90 de la misma ley.

Al respecto, Cárdenas Rioseco, hace la distinción entre enriquecimiento ilícito y la responsabilidad administrativa, respecto al procedimiento de cada uno de estos ilícitos, señalando que a pesar de tratarse de casos totalmente distintos, existe poca amplitud de especificaciones respecto al procedimiento que deberá seguirse en el caso de enriquecimiento ilícito, lo cual *-no a modo de vínculo sino como referencia-*, deja manifiesto la poca claridad y elementos respecto al procedimiento que busca investigar el delito que ocupa.

Hasta julio del 2017, era indudable que la cuestión del momento de la consumación del delito de Enriquecimiento Ilícito, previsto y sancionado en el artículo 224 del Código Penal Federal, afectaba no solamente la naturaleza de la declaratoria que establecía la entonces Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, sino el estudio del propio cuerpo del delito. Si el delito se consuma al momento en que el servidor público no acredita la licitud de su incremento patrimonial, luego entonces era obvio que la declaratoria

constituye un requisito de procedibilidad, situación que se buscó subsanar con la nueva Ley General de Responsabilidades Administrativas.

2.2 REFORMA PENAL

Como ya fue mencionado anteriormente, derivado de la reforma constitucional y administrativa y gracias a la conocida “renovación moral de la sociedad”, el artículo 224 fue incorporado al Código Penal Federal, el cual se transcribe a continuación de manera comparada respecto a su primera reforma:

| 1ª REFORMA 5 de enero de 1983 | 2ª REFORMA 18 de junio de 2016 (vigente) |
|---|--|
| <p>Artículo 224.- <i>Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar 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.</i></p> <p><i>Incorre en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público</i></p> | <p>Artículo 224.- <i>Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar 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.</i></p> <p><i>Para efectos del párrafo anterior, 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,</i></p> |

| | |
|---|--|
| <p><i>adquiera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma Ley, a sabiendas de esta circunstancia.</i></p> <p><i>Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones:</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del</i></p> | <p><i>salvo que el servidor público acredite que éstos los obtuvieron por sí mismos.</i></p> <p><i>No será enriquecimiento ilícito en caso de que el aumento del patrimonio sea producto de una conducta que encuadre en otra hipótesis del presente Título. En este caso se aplicará la hipótesis y la sanción correspondiente, sin que dé lugar al concurso de delitos.</i></p> <p><i>Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones:</i></p> <p><i>Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar.</i></p> <p><i>Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.</i></p> <p><i>Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y</i></p> |
|---|--|

| | |
|---|---|
| <p><i>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.</i></p> | <p><i>Actualización se impondrán de dos años a catorce años de prisión y multa de cien a ciento cincuenta días multa.</i></p> |
|---|---|

Asimismo, el artículo 109 constitucional, en su origen, se encontraba plasmado de la siguiente manera:

| <p>1ª REFORMA 28 de diciembre de 1982</p> | <p>2ª REFORMA 25 de julio de 2015 (vigente)</p> |
|--|---|
| <p>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:</p> | <p>Artículo 109. Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado, serán sancionados conforme a lo siguiente:</p> <p>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</p> |

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

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 o particulares que incurran en hechos de corrupción, será sancionada en los términos de la legislación penal aplicable.

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 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;

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.

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. Dichas sanciones consistirán en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones. La ley establecerá los procedimientos para la investigación y sanción de dichos actos u omisiones.*

Las faltas administrativas graves serán investigadas y substanciadas por la Auditoría Superior de la Federación y los órganos internos de control, o por sus homólogos en las entidades federativas, según corresponda, y serán resueltas por el Tribunal de Justicia Administrativa que resulte competente. Las demás

faltas y sanciones administrativas, serán conocidas y resueltas por los órganos internos de control.

Para la investigación, substanciación y sanción de las responsabilidades administrativas de los miembros del Poder Judicial de la Federación, se observará lo previsto en el artículo 94 de esta Constitución, sin perjuicio de las atribuciones de la Auditoría Superior de la Federación en materia de fiscalización sobre el manejo, la custodia y aplicación de recursos públicos.

La ley establecerá los supuestos y procedimientos para impugnar la clasificación de las faltas administrativas como no graves, que realicen los órganos internos de control.

Los entes públicos federales tendrán órganos internos de control con las facultades que determine la ley para prevenir, corregir e investigar actos u omisiones que pudieran constituir responsabilidades administrativas; para sancionar aquéllas distintas a las que son competencia del Tribunal

Federal de Justicia Administrativa; revisar el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de recursos públicos federales y participaciones federales; así como presentar las denuncias por hechos u omisiones que pudieran ser constitutivos de delito ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción a que se refiere esta Constitución.

Los entes públicos estatales y municipales, así como del Distrito Federal y sus demarcaciones territoriales, contarán con órganos internos de control, que tendrán, en su ámbito de competencia local, las atribuciones a que se refiere el párrafo anterior, y

***IV.** Los tribunales de justicia administrativa impondrán a los particulares que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves, con independencia de otro tipo de responsabilidades, las sanciones económicas; inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; así como el resarcimiento*

de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública o a los entes públicos federales, locales o municipales. Las personas morales serán sancionadas en los términos de esta fracción cuando los actos vinculados con faltas administrativas graves sean realizados por personas físicas que actúen a nombre o representación de la persona moral y en beneficio de ella. También podrá ordenarse la suspensión de actividades, disolución o intervención de la sociedad respectiva cuando se trate de faltas administrativas graves que causen perjuicio a la Hacienda Pública o a los entes públicos, federales, locales o municipales, siempre que la sociedad obtenga un beneficio económico y se acredite participación de sus órganos de administración, de vigilancia o de sus socios, o en aquellos casos que se advierta que la sociedad es utilizada de manera sistemática para vincularse con faltas administrativas graves; en estos supuestos la sanción se ejecutará hasta que la resolución sea definitiva. Las leyes establecerán los procedimientos

para la investigación e imposición de las sanciones aplicables de dichos actos u omisiones.

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

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.

En el cumplimiento de sus atribuciones, a los órganos responsables de la investigación y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción no les serán oponibles las disposiciones dirigidas a proteger la secrecía de la información en materia fiscal o la relacionada con operaciones de depósito, administración, ahorro e inversión de recursos monetarios. La ley establecerá

| | |
|--|--|
| | <p><i>los procedimientos para que les sea entregada dicha información.</i></p> <p><i>La Auditoría Superior de la Federación y la Secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno, podrán recurrir las determinaciones de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción y del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 20, Apartado C, fracción VII, y 104, fracción III de esta Constitución, respectivamente.</i></p> <p><i>La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.</i></p> |
|--|--|

Al respecto señala Miguel Carbonell, que: *“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 derivadas del juicio político, penales o administrativas...”¹³.

En consonancia a lo anterior se puede decir que, contrario a como en muchos casos se considera de forma incorrecta, el artículo 109 constitucional, no crea o contempla un “sistema de excepción”, respecto a los servidores públicos, en cuanto a la excepción, restricción o suspensión de sus derechos fundamentales. Problema que se ha “arrastrado” durante años puesto que, el artículo 224 no fue desarrollado ni legislado conforme al precepto constitucional antes señalado, el cual violenta de forma clara el principio de legalidad.

2.3 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Como característica y parte de la legislación moderna, se debe llevar a cabo la exposición de motivos, misma en la que se deben describir y exponer las razones por las cuales resulta pertinente expedir, modificar, reformar, adicionar o derogar una ley. Asimismo, debe señalarse el alcance de la misma de manera fundada y justificada debidamente.

Es así que, con fecha 3 de diciembre de 1982, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, la exposición de motivos respectiva misma que se expone a continuación en la parte conducente, para mayor efecto expositivo:

*PROCESOS LEGISLATIVOS
EXPOSICION DE MOTIVOS
CAMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS
México, D.F., a 3 de diciembre de 1982*

¹³ Carbonell, Miguel (coordinador), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, tomo IV, 15ª Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, ed. Porrúa, 2000, págs. 181-185.

INICIATIVA DEL EJECUTIVO

[...]

La renovación moral de la sociedad no es concebible sin un régimen eficaz para prevenir y sancionar la corrupción del servicio público. Establecerlo es columna vertebral para ese mandato del pueblo.

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

[...]

La iniciativa tipifica como delito las conductas públicas ilícitas que ostensiblemente se han desarrollado durante el último medio siglo y que la Ley ha ignorado. Establece, sobre bases coherentes, sanciones penales efectivas para prevenir y castigar dichas conductas, en consonancia con las reformas y adiciones al título cuarto constitucional en general y al Artículo 111 en particular, que he sometido a la consideración del H. Congreso de la Unión. Esta iniciativa regula, siguiendo esos principios constitucionales, las penas para los delitos patrimoniales cometidos por servidores públicos, de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos o de los daños económicos causados, por su delincuencia, así como la naturaleza preventiva que debe tener su sanción económica.

[...]

La iniciativa propone tipificar conductas que ostensiblemente sustancian la corrupción pública, pero que hasta hoy han sido soslayadas por la legislación penal vigente. Establece seis delitos nuevos en que puede incurrir la conducta de los servidores públicos: el de 'Uso indebido de atribuciones y facultades' el de 'Intimidación', el de 'Ejercicio abusivo de funciones', el de 'Tráfico de influencias', el de 'Deslealtad', y el de 'Enriquecimiento ilícito'.

[...]

El delito de 'Enriquecimiento ilícito' sanciona la adquisición de bienes cuyo valor exceda notoriamente el monto de los ingresos

de los servidores públicos y cuya procedencia legítima no puede justificar.

[...]

Tipificación de la corrupción activa

La iniciativa privada propone sancionar expresamente la conducta de cualquier persona que promueva la corrupción delictuosa del servicio público, aunque se preserve la integridad del mismo. No se debe confundir esta conducta con la de coparticipación o coautoría en los delitos cometidos por servidores públicos pues estas últimas suponen la responsabilidad penal de aquéllos.

La sanción penal a la corrupción

Las sanciones penales establecidas hace más de medio siglo en vez de prevenir el lucro con el patrimonio del pueblo, lo fomenta. Su esquema es sumamente injusto, ya que prevé sanciones demasiado leves con relación a la peligrosidad y responsabilidad que entrañan las conductas inmorales de aquellas personas a quienes estando confinada por la sociedad la salvaguarda de su orden y la administración de sus recursos, pervierten sus obligaciones aprovechando su función para satisfacer intereses personales.

Los esfuerzos fragmentarios para resolver las deficiencias de la legislación penal, en este orden, están condenadas al fracaso, no es con base en adecuaciones aisladas como se podrán obtener los efectos disuasivos y sancionadores que se requieren.

Las sanciones propuestas en esta iniciativa contemplan de manera fundamental la naturaleza de aquellos valores que se pretenden proteger, considerando la infracción delictuosa de las obligaciones de los servidores públicos en función de los intereses y valores sociales superiores que están bajo su tutela, como son: la honradez en el manejo de los recursos del pueblo y el respeto incuestionable a la ley que debe prevalecer en la actividad de todo servidor público.

Obedeciendo al espíritu de la iniciativa de reformas constitucionales que he sometido al Constituyente permanente, las sanciones penales propuestas permiten que el juzgador tenga un comportamiento sensiblemente distinto ante los fenómenos de baja y alta corrupción.

Estos principios establecen las bases para que las sanciones sean equitativas y preventivas penalizando proporcional y disuasivamente los frutos de la corrupción. Se trata de prevenir que el comportamiento corrupto sea un aliciente económico, estableciendo la certidumbre jurídica de que la corrupción del servicio público debe implicar sanciones con costos superiores al lucro obtenido.

Es inaceptable dar igual tratamiento a aquellos servidores públicos que incurran en actos, si bien inmorales, de poca trascendencia para los intereses del pueblo, que aquellos que teniendo a su cargo las más altas responsabilidades las abandonan para provecho propio.

La corrupción del servicio público debe ameritar las penas más severas cuando el lucro ilícito con cargo a él, alcanza proporciones que socavan gravemente el patrimonio del pueblo, produciendo así daños sociales de toda índole incluyendo los que afectan la vida e integridad personal de los mexicanos. La distracción de recursos públicos para el lucro personal, implica, en la misma proporción de su cuantía, una incapacidad del Estado para atender las demandas básicas del pueblo. La renovación moral de la sociedad exige que los delincuentes que por su corrupción dejan a los mexicanos más desprotegidos sin alimentación, sin salud, sin educación, sin empleo, sean tratados con la máxima severidad.

H. representación nacional:

Es certidumbre del Ejecutivo a mi cargo, que no basta con determinar en la ley como delitos aquellas conductas inmorales antes soslayadas.

La Ley como pronunciamiento no es válida, requiere su aplicación firme y decidida para que alcance los objetivos preventivos y saneadores buscados.

Por lo anterior, y con fundamentos en la fracción I del Artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por el digno conducto de ustedes, me permito presentar a la consideración del H. Congreso de la Unión la presente iniciativa de Decreto de reformas a diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, en los siguientes términos:

*Iniciativa de Decreto de Reforma al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.*¹⁴

En el mandato del presidente Miguel de la Madrid, al realizar la exposición de motivos que justifica el adiconamiento del delito de enriquecimiento ilícito al Código Penal Federal, se menciona una búsqueda de mayor efectividad en cuanto a prevención y “sanación”. De igual modo pretenden justificar la desproporcionalidad de la pena en dichos delitos, poniendo la credibilidad y eficacia de las medidas empleadas, en tela de juicio sumamente delgada.

2.4 ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL EN LA ACTUALIDAD

De lo hasta hora expuesto, se puede entender que tanto la implementación del delito en nuestro ordenamiento, como las reformas que se encuentran relacionadas, obedecen a una exigencia de acabar en cierto modo con la corrupción. Es así que surge el artículo 224 que tipifica en la actualidad el delito de enriquecimiento ilícito, artículo que no solo va en contra de principios elementales del derecho, sino que se contrapone en forma evidente con nuestro nuevo sistema de justicia penal.

Ahora bien, el delito antes transcrito padece de vicios tales como, crear un delito de sospecha, violentar el principio de no autoincriminación, principio de presunción de inocencia, entre otros, los cuales serán desarrollados más adelante.

2.5 ELEMENTOS DESCRIPTIVOS DEL DELITO

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sistema de Consulta de Ordenamientos, Exposición De Motivos, Procesos Legislativos, Cámara de Diputados, 1983.
<http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=BHGCbWrG7ukiUiW/WEuu/r7I8GQqjgVu6ZuRSZ5azXG5Q/P4TQCZ0oWhTabizNzTuFTnwJaQJeQ5b6kZ9DDgD> (última consulta 26/02/2019)

Es importante que no se pierda de vista que, los elementos descriptivos del delito, manifiestan una aparente realidad que se percibe de forma directa por los sentidos. Así podemos entender que, la estructura del cuerpo del delito se compone de elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos.

En consonancia a lo anterior, se desarrollarán a continuación cada uno de ellos a modo expositivo:

2.5.1 ELEMENTOS OBJETIVOS

A) CONDUCTA

Debemos destacar que el delito se define como una conducta típica, antijurídica y culpable. La tipicidad resulta compuesta por los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determine la Ley Penal.

Ahora bien, de la descripción típica que compone el delito de Enriquecimiento Ilícito resulta importante que, estamos frente a un tipo penal complejo. Cabe precisar, que dependiendo si el tipo penal comprende una o varias conductas se habla de delitos simples y delitos compuestos. Los últimos se dividen en complejos y mixtos.

Los delitos complejos se caracterizan por la concurrencia de dos o más acciones u omisiones, cada una constitutiva de un delito autónomo, pero de cuya unión nace un complejo delictivo autónomo distinto. En este sentido, es necesario que concurren todas las conductas -activas u omisivas- para que se actualice el ilícito penal en cuestión.

Beling descubre la tipicidad con la “teoría del delito” en 1906, y, fue el creador de la “teoría de la tipicidad” , otorgándole un valor fundamental en la construcción técnica del delito, llevando aún más lejos el principio de Feuerbach del “*nullum crimen sine lege*”, quien agrega que no hay delito sin tipicidad; cuando hay ausencia de tipicidad no hay delito, por eso Beling propuso que por sí mismas las garantías de Feuerbach eran insuficientes, por lo que debía añadirse, según ya mencionamos, el concepto de tipicidad, es decir, el hecho para ser delito y por ende, que pueda ser penado, necesita cubrir una figura delictiva.

En relación con la tipicidad los Tribunales Federales han emitido la siguiente tesis:

“PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.”¹⁵

Es así que, al tratarse de un delito COMPLEJO, se requiere del enriquecimiento con motivo del empleo, como de la no justificación del patrimonio.

B) RESULTADO

Resulta importante notar que los delitos, en la teoría y en la ley, se clasifican por su resultado en formales y materiales. En este caso, el resultado de la conducta es un resultado formal, en el cual no se detecta un cambio en el mundo fáctico, encontrándolo en delitos que pueden consumarse con una simple acción

¹⁵ Tesis: II.2o.P.187 P., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1879.

Dicho de otro modo, el delito formal sólo requiere, en su esencia, un resultado meramente jurídico, inherente a la misma acción u omisión del sujeto activo, para su consumación.

Ahora bien, se puede entender que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de resultado formal, por lo que, al no existir un daño exteriorizado a la realidad, no es posible que el juzgador condene a su reparación.

Tal y como se expuso con anterioridad, el delito de Enriquecimiento Ilícito, previsto y sancionado en el artículo 224 del Código Penal Federal, se tipifica como al que con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito, siendo que 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 respecto se conduzca como dueño, en los términos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

C) SUJETO ACTIVO

En el caso del enriquecimiento ilícito, cualquier servidor público podría ser sujeto activo, toda vez que el tipo penal no hace distinción entre los funcionarios públicos. Si bien es cierto que, únicamente los servidores públicos de jerarquía superior se encuentran obligados a presentar una declaración patrimonial, también lo es que cualquier trabajador al servicio del estado puede ubicarse como sujeto activo, aunque no se encuentre obligado a rendir su declaración patrimonial.

Es así que, en el artículo 224 del Código Penal Federal, en su párrafo primero, requiere que el sujeto que lleva a cabo la conducta delictuosa tenga forzosamente la calidad de: servidor público.

“Artículo 224.- Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar 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. [...] “

El subrayado no es de origen.

En el mismo artículo, específicamente en el párrafo segundo, existe la siguiente excepción:

Artículo 224.-

“ [...]

Para efectos del párrafo anterior, 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 el servidor público acredite que éstos los obtuvieron por sí mismos.

[...]”

El subrayado no es de origen.

Como puede apreciarse, en este segundo párrafo, no se exige una calidad específica en el autor como tal; entonces, cabe precisar, qué se entiende como “servidor público” para lo cual la Teoría de la Incorporación, se adquiere a partir del otorgamiento de nombramiento, designación y asunción de funciones, queda de este modo el sujeto incorporado a la función pública u órgano público y con un marco legal y reglamento específico.

Para tales efectos, el Código Penal Federal, en su artículo 212, establece:

“Artículo 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, empresas productivas del Estado, en los órganos constitucionales autónomos, en el Congreso de la Unión, o en el Poder Judicial 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.

[...] “

El subrayado no es de origen.

En consonancia a lo anterior se entiende que el sujeto activo puede ser, toda persona que desempeñe empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública (Artículo 212 del Código Penal Federal).

Sin embargo, si bien es cierto que, no todos los funcionarios públicos que pudiesen ser sujetos activos de este delito en los términos del artículo 212 del Código Penal Federal, se encuentran obligados a rendir su declaración patrimonial, **entonces pues, solo podrán ser sujetos activos aquellos que por ley se encuentran obligados a prestar declaraciones de situación patrimonial, de acuerdo a lo señalado por el artículo 108 Constitucional.**

El “sujeto autor” de la omisión debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión. Omisión no es un simple “no hacer nada”, sino no realizar una acción a la cual el sujeto está en obligación de ejecutar.

D) SUJETO PASIVO

Para el autor, José Cerezo Mir, el sujeto pasivo 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.”*¹⁶

Una vez más resulta impreciso señalar quien es el sujeto pasivo en este caso, de acuerdo a lo que se señaló, el sujeto pasivo es el portador de ese bien jurídico lesionado y al no quedar claro si el bien jurídico que debía ser protegido sería de la acción de enriquecerse o de la no justificación, no puede determinarse con claridad lo planteado.

En el delito que ocupa, se puede considerar que el sujeto pasivo a considerarse podría ser el Estado, toda vez que, en sentido estricto, la Administración Pública resulta afectada, aunque atendiendo de manera exclusiva a las iniciativas de 1982, el titular del bien jurídico lesionado sería “el pueblo”.

E) OBJETO MATERIAL

Es la persona o cosa sobre que o quien recae la acción típica, se presenta de forma reiterativa la problemática planteada, puesto que al no tener definido de forma clara ni precisa la acción típica, al no definir una conducta sino un resultado, tampoco puede concluirse un objeto material en este delito.

En ese sentido, se podría considerar las siguientes posibilidades de objeto material del delito: 1. Los bienes de la sociedad o del pueblo, 2. El adecuado desarrollo de la Administración Pública.

¹⁶ Cerezo Mir, José, Curso de derecho penal español, Parte General II, teoría Jurídica del Delito, 6ª ed., Madrid, España, Tecnos, 1998, p.64.

F) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Hans- Heinrich Jescheck, define al bien jurídico como *“aquellos intereses de la vida de la comunidad a los que presta protección el derecho penal”*.¹⁷

Los elementos descriptivos del tipo penal de enriquecimiento ilícito, desembocan en el interés por parte del Estado de preservar aquella potestad para sancionar conductas llevadas a cabo por servidores públicos que pueden ser consideradas ilícitas, consistente en de evitar la comisión de las mismas.

Entonces pues, el bien jurídico que el legislador pretende proteger con la creación del tipo penal de enriquecimiento ilícito, es el patrimonio de la administración pública, sin dejar de preguntarse cuál sería la vía para preservarlo, puesto que, desde un punto de vista garantista, como es el nuestro, no resulta viable y mucho menos constitucional obligar a un servidor público a justificar su patrimonio.

Existe discrepancia entre diversos autores ya que algunos señalan que el bien jurídico es el patrimonio de la administración pública y otros sostienen que es el propósito protector de preservar la ética del servicio público, es decir la legalidad, honradez, eficacia de la función pública.

Entonces puede concluirse que en el delito de enriquecimiento ilícito no se encuentra definido claramente cuál es el bien jurídico tutelado y consecuentemente, la redacción del mismo no es clara ni precisa respecto a la conducta castigada, es decir: no justificar o en cierto caso enriquecerse, lo cual es el resultado de una acción u omisión, por lo que puede considerarse el patrimonio de la Administración Pública o la ética del servicio público, es decir la legalidad, honradez, eficacia de la

¹⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, Parte general, T.1, Bosch, Traducción de Mir Puig Santiago y Muños Conde Francisco, Barcelona, 1981, p.350

función pública y el patrimonio de la administración pública, como el bien jurídico tutelado.

G) BIENES QUE ABARCA LA CONDUCTA

De conformidad con el multicitado 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.

Para poder determinarse la cuantía del patrimonio debe definirse cuál es el activo y cuál es el pasivo, es decir, establecer cuál es el antes y el después.

Ahora bien, la mayor problemática respecto a este apartado es que, de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en su artículo 109, fracción III, párrafo tercero y la Ley General de Responsabilidades Administrativas, también deberán incluirse bienes que reciban y/o dispongan el cónyuge y dependientes económicos del servidor público, a expensas de no estar señaladas dichas personas en el artículo 224 del Código Penal Federal, violentándoles su garantía de audiencia, imposibilitándolas de acreditar que dichos bienes fueron adquiridos directamente, lo que evidencia un estado de indefensión, violatorio del artículo 14 constitucional.

Entonces pues se podrán considerar como aquellos bienes, a) aquellos bienes que aumenten su patrimonio, b) bienes que figuren a su nombre; c) bienes respecto de los cuales se conduzca como dueño.

Lo anterior, tiene un motivo lógico-jurídico: el incremento patrimonial - *resultado material del tipo penal*- puede producirse sin ninguna conducta (herencia, donación, lotería, préstamo, etc.). Sin embargo, es claro que no puede sancionarse

el simple hecho de enriquecerse en calidad de funcionario público, sino que debe concurrir el incremento patrimonial y la omisión de acreditar su licitud.

Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (voluntariedad, finalidad y causalidad) deben estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. Así, las causas que excluyen la acción son también, aquellos que dejan de lado la omisión; es decir la posibilidad de acción es, por consiguiente, el elemento ontológico conceptual básico común tanto para la acción, como para la omisión.¹⁸

Ahora bien, los tipos omisivos pueden ser clasificados *-al igual que el activo-* un aspecto objetivo y otro subjetivo, ambos con características particulares debidas a la peculiaridad de su estructura. El tipo omisivo objetivo sistemático *-como lo es la hipótesis que nos atañe-* por su naturaleza debe captar, ante todo una situación objetiva que se denomina *situación típica*. La acción indicada debe realizarse sólo en esa situación típica, dado que todos los tipos omisivos son circunstanciados. Como de esas circunstancias depende la prohibición, el análisis de las mismas es de importancia primordial.

En este sentido, el sujeto activo debe tener la efectiva posibilidad de realizar la conducta ordenada, pues de lo contrario, un actuar distinto a lo contemplado en la norma (*aliud agere*) será atípico. Los casos de atipicidad por imposibilidad de realizar la acción ordenada y los de ausencia de conducta se distinguen porque en los últimos no sólo no existe posibilidad de realizar la acción ordenada, sino de realizar cualquier acción, (pierde la consciencia, está sometido a fuerza física irresistible porque lo han amordazado y maniatado), o sea que no hay *agere aliud*

¹⁸ ibídem, p. 238.

cuya tipicidad deba averiguarse.¹⁹ Dicho de otro modo, si el sujeto activo del delito de Enriquecimiento Ilícito se encuentra materialmente imposibilitado para realizar la conducta ordenada *-acreditar la licitud del incremento patrimonial-* su conducta será necesariamente atípica, en los términos señalados en el párrafo que antecede.

Por otra parte, contrario a lo que argumentan en muchos casos los Magistrados *Ad Quem*, el servidor público no está obligado a acreditar que su aumento patrimonial proviene de su salario como servidor público, sino únicamente que éste sea lícito; de no ser así, cualquier herencia, renta o ganancia completamente legal, provocaría la actualización del delito en comento.

En este orden de ideas, tal y como se estableció con anterioridad, la descripción típica del delito de Enriquecimiento Ilícito es compleja por englobar dos acciones autónomas *-una activa y una omisiva-* que convergen para formar un solo ilícito penal, siendo una de ellas la no justificación del legítimo aumento patrimonial de un servidor público. En este sentido, los tipos omisivos objetivos sistemáticos, exigen que el sujeto activo deba tener la efectiva posibilidad de realizar la conducta ordenada *-acreditar la licitud del incremento patrimonial-*, pues de lo contrario, su conducta distinta de la ordenada (*aliud agere*) será atípica.

Abunda lo anterior, el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que nadie puede ser molestado en sus posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En aras de claridad expositiva, se transcribe la parte conducente:

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Tenorio Tagle, Fernando Tenorio, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 3ª Edición; Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2013; págs. 426-427.

“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

En efecto, el artículo 16 constitucional establece, en su primer párrafo, el imperativo para las autoridades de fundar y motivar sus actos que incidan en la esfera de los gobernados, pero la contravención al mandato constitucional que exige la expresión de ambas en los actos de autoridad puede revestir dos formas distintas, a saber: la derivada de su falta, y la correspondiente a su incorrección.

Es importante precisar que, la falta de fundamentación y motivación es una violación formal diversa a la indebida o incorrecta fundamentación y motivación, que es una violación material o de fondo, siendo distintos los efectos que genera la existencia de una u otra, por lo que el estudio de aquella omisión debe hacerse de manera previa.

Existe una indebida fundamentación cuando en el acto de autoridad sí se invoca el precepto legal, sin embargo, resulta inaplicable, lo que impide su adecuación o encuadre en la hipótesis normativa; y una incorrecta motivación, en el supuesto en que sí se indican las razones que tiene en consideración la autoridad para emitir el acto, pero aquéllas están en disonancia con el contenido de la norma legal que se aplica en el caso. Dicho de otro modo, la indebida o incorrecta fundamentación y motivación entraña la presencia de ambos requisitos constitucionales, pero con un desajuste entre la aplicación de normas y los razonamientos formulados por la autoridad con el caso concreto.

Cobra aplicación directa el criterio jurisprudencial de rubro **“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. LA DIFERENCIA ENTRE LA FALTA Y LA INDEBIDA SATISFACCIÓN DE AMBOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES**

TRASCIENDE AL ORDEN EN QUE DEBEN ESTUDIARSE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y A LOS EFECTOS DEL FALLO PROTECTOR.”²⁰

Al respecto, se puede decir que el elemento normativo “*enriquecerse*”, es 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 punible en el sentido del derecho penal de acto, ya que el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta (herencia, donación, lotería, préstamo, etc.) No puede sancionarse el hecho de enriquecerse de un funcionario público, lo que debe sancionarse es el peculado, cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, etc.

Luego entonces, el momento de consumación del delito de enriquecimiento ilícito no se da con la situación de hecho que constituye, *in se*, un incremento patrimonial, sino al momento que se da la omisión del servidor público de acreditar que dicho aumento sea legítimo.

En este orden de ideas, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito no se consume mediante la exteriorización de los efectos del delito en la realidad tangible *-resultado material-* en forma de daño, sino al momento en que actualiza el supuesto en la norma jurídica, inherente a la omisión de acreditar la licitud del incremento patrimonial *-resultado formal-*.

Luego entonces, al haber demostrado que el enriquecimiento ilícito es un delito de resultado formal, no existe daño alguno que pudiera dar pie al derecho a su reparación.

²⁰ Tesis: I.3o.C. J/47, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1964.

CAPÍTULO III
CONFRONTACIÓN COMAPRATIVA-GLOBAL DEL DELITO DE
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

Según datos publicados por los organismos no gubernamentales Transparencia Internacional y Transparencia Mexicana, México cayó en el índice de Percepción de la Corrupción 2018. En dicho índice, la calificación de nuestro país empeoró, al colocarse en el lugar 28/100, en una escala que va de 0 a 180, en donde 0 es el país peor evaluado, ubicando al país en el lugar 138 de 180 países evaluados en materia anticorrupción²¹. México se encuentra entre las peores posiciones de América, por debajo de Argentina y Colombia, siendo además el país con peor evaluación del G20 y el peor evaluado de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE).²²

Es así que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, presente en diversos sistemas jurídicos, no ha resultado ni eficaz, ni mucho menos adecuada en términos técnico-jurídicos. Para ello, se realiza una comparativa, respecto a la tipificación de dicho ilícito en diversos puntos del mundo.

A) ARGENTINA

Argentina se adjudica la creación del ilícito de enriquecimiento ilícito desde 1936, sin embargo, señala Miguel Inchausti que su aparición es en posterior “*Ya circunstanciada en el proyecto Peco de 1937. Si bien tal iniciativa se edita*

²¹ <https://www.transparency.org/country/MEX#> (última visita 27/02/2019).

²² “Cae de nuevo México en Índice Global de Corrupción: Transparencia Mexicana”, febrero 2018, <https://www.tm.org.mx/ipc2017/> (última visita 27/02/2019).

formalmente en 1942 por la Universidad de la Plata".²³ El Código Penal para la Nación Argentina, mismo que entró en vigor por el cumplimiento a lo dispuesto por el decreto número 39892 de fecha 21 de diciembre de 1984, en su libro segundo de los delitos, título XI: "Delitos contra la Administración Pública, capítulo IX bis, Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y empleados adicionado por ley 16.648, en su numeral 268, establece lo siguiente:

***“ARTICULO 268.-** Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.*

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

*En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.*²⁴

De lo anterior, se puede observar que, dicho artículo no contempla ningún tipo de decomiso a favor del Estado, el producto del probable enriquecimiento ilícito, ni la imposición de algún tipo de multa para el sujeto activo.

²³ Inchausti Miguel A., Enriquecimiento ilícito de funcionarios, Buenos Aires, Ed, Ad-hoc, Marzo 2001, p.28

²⁴ <https://www.derecho-comparado.org/codigos/CodigoPenalArgentino.htm> (última visita 27/02/2019).

Raul F. Cárdenas Rioseco, señala que, *“si bien es cierto que la doctrina argentina no se preocupó, como dice Sancinetti, en analizar los problemas fundamentales de constitucionalidad, la doctrina reciente de ese país se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de este delito en las obras de autores como Marcelo A. Sancinetti y Miguel A. Inchausti”*.²⁵

Acertadamente señala el maestro Fontán Balestra que: *“el gran riesgo en este delito es la presunción de ilicitud del incremento del patrimonio del servidor público. Se traduce en una eventual reversión de la carga de la prueba para el acusado”*.²⁶

Si se parte desde el punto de vista normativo, dicho artículo resulta inconstitucional al comprometer al imputado probar su propia inocencia, es decir, un estado constante permanente de sospecha, como es el caso de México.

B) PANAMÁ

El Código Penal de 1982, señala en el punto 4 del artículo 335 dentro del capítulo III: Corrupción de Servidores Públicos, Título X, Delitos contra la Administración Pública, Libro Segundo de los Delitos, señala

“Artículo 335.- *Será sancionado con prisión de 6 a 18 meses y de 25 a 75 días-multa al servidor público que sin incurrir en un hecho punible más severamente penado:*

²⁵ Cárdenas Rioseco, Raúl. F., “Enriquecimiento Ilícito”, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 24

²⁶ Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho penal, Tomo VII, Parte Especial, Reimpresión a la 2ª Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 363

[...]

No justifique, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento patrimonial suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo público.

En el caso del ordinal cuarto de este artículo, la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento, será sancionada con 25 a 75 días-multa".

El subrayado no es de origen.

Dicho artículo, es el único en el país en el cual el imputado es el responsable de dar justificación a su inocencia, no obstante que, el artículo 22 de la Constitución Política de la República de Panamá, establece:

“Artículo 22 *Toda persona detenida debe ser informada inmediatamente y en forma que le sea comprensible, de las razones de su detención y de sus derechos constitucionales y legales correspondientes. Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa. Quien sea detenido tendrá derecho desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales. La Ley reglamentará esta materia.”*

En consonancia a lo anterior, se puede concluir que dicho artículo 335 de la legislación penal panameña, es una norma típicamente sustantiva, sin embargo, su redacción resulta a todas luces carente de técnica legislativa e impropia, lo que coincide con el caso mexicano, al apresurar una legislación.

Es así que al igual que México, se determina primero el delito y después se lleva a cabo la investigación, lo cual resulta absolutamente incongruente e irracional.

C) COLOMBIA

En el caso colombiano, el ordenamiento que regula expresamente el delito que ocupa es el Código Penal en su numeral 412, que a la letra dice:

Artículo 412.- *El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.*

El subrayado no es de origen.

En el sistema jurídico colombiano, existe obligación por parte de funcionarios públicos de rendir cuentas a sus superiores fiscales respecto a sus incrementos patrimoniales originados en el momento de su encargo público. Tampoco en el caso de Colombia se contempla algún tipo de decomiso a favor del Estado.

En comparación con Argentina, en la legislación colombiana, el incremento injustificado es el resultado de una acción, aparentemente se ignora el principio de *indubio pro reo*, no existe requerimiento procesal previo y de manera mucho más

llamativa, el tipo penal es una “simple presunción” y no implica imponer un deber de castigar su incumplimiento.

D) COSTA RICA

En Costa Rica el artículo 346 del Código Penal se define el delito de enriquecimiento ilícito en términos muy similares a los del artículo 224 del Código Penal Federal:

“ARTÍCULO 346.-

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:

1) Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones;

2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero, informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo;

3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo;

y

[...]”

Asimismo, como es el caso de Costa Rica, a través de su Corte Suprema de Justicia, han decretado su inconstitucionalidad en sentencia de fecha 28 de marzo de 1995 en el expediente número 00842-P-90, a continuación, se transcribe un fragmento de dicha sentencia:

“ [...]”

De los argumentos en que fundamenta el accionante la inconstitucionalidad de la norma, resulta de especial importancia el análisis de la supuesta lesión al principio de inocencia a través de la inversión de la carga de la prueba en contra del imputado. Sobre el tema ha señalado la Sala ya en diversas ocasiones:

“E) EL PRINCIPIO DE INOCENCIA: Al igual que los anteriores, se deriva del artículo 39 de la Constitución, en cuanto éste requiere la necesaria demostración de culpabilidad. Ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable mientras no haya en su contra una sentencia conclusiva firme, dictada en un proceso regular y legal que lo declare como tal después de haberse destruido o superado aquella presunción.

Además en virtud del estado de inocencia el reo no es él quien debe probar su falta de culpabilidad sino los órganos de la acusación...” (Sentencia número 1739-92 de las 11:45 horas del 1º de julio de 1992).

*[...] Con vista en los antecedentes recién citados, **puede concluirse que los incisos del artículo 26 anteriormente transcritos efectivamente imponen al funcionario público de que se trate, el deber de demostrar el origen del aumento en su patrimonio, que exceda el monto de su salario o las sumas que legalmente pueda devengar, invirtiendo el tipo penal de manera evidente la carga de la prueba en contra del encausado violando con ello de modo flagrante, el principio de inocencia** en los términos prescritos por el artículo 39 constitucional, concerniéndole al órgano acusador la demostración de la procedencia ilícita del patrimonio en alguna interpretación de la norma que permita al juez penal su aplicación sin la lesión de los derechos fundamentales del imputado y consecuencia de ello, es pues, **la declaratoria de inconstitucionalidad de la acción en relación con los incisos a) y c) del artículo 26 de la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos.***

[...] VI. Finalmente cabe aclarar que, pese a que la Sala es consciente de la necesaria regulación y fiscalización de la actividad indebida de los funcionarios públicos, ello no justifica procedimiento sancionatorio, en modo tan evidente como el de las norma cuya inconstitucionalidad aquí se declara, como pueda angular de un sistema democrático en el cual las limitaciones a la libertad personal y la imposición de actos gravosos deben enmarcarse en las pautas que la misma Constitución establece.

POR TANTO:

Se declara parcialmente con lugar la acción y en consecuencia se anulan, por ser inconstitucionales, los incisos a) y c) del artículo 26 de la Ley número 6872 del 17 de junio de 1983, sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos [...].²⁷

Asimismo, el artículo 45 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley N° 8422) sanciona con prisión de 3 a 6 años a quien incremente su patrimonio aprovechándose ilegítimamente el ejercicio de su función pública, custodia, explotación, uso o administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier modalidad de gestión, por su cuenta o por interpósita persona, física o jurídica, estableciendo textualmente lo siguiente:

“Artículo 45.—Enriquecimiento ilícito. Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos,

²⁷ Poder Judicial de Costa Rica, “Exp.N°0842-P-90.VOTO N°1707-95”, [file:///D:/Usuarios/apechir/Downloads/95-001707%20\(1\).pdf](file:///D:/Usuarios/apechir/Downloads/95-001707%20(1).pdf) (última consulta 27/02/2019).

servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.”

Por otra parte, si un funcionario público no presenta su declaración jurada está sujeto a sanciones administrativas, tales como amonestaciones, suspensión sin goce de remuneraciones hasta por 30 días, cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por 12 meses o destitución.

E) ESPAÑA

A pesar de no encontrarse tipificado ni de forma equivalente o similar a México, el delito materia de estudio, se contemplan delitos que regulan el actuar de los funcionarios públicos del país. Tal es el caso que, en el Código Penal Español, en su Título XIV, XIV De los Delitos Contra la Hacienda Pública y Contra la Seguridad Social, del artículo 305 al 310.²⁸

F) ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En “nuestro vecino directo del norte”, no ha sido tipificado como delito el enriquecimiento ilícito, sin embargo, se combate la corrupción tipificando delitos como peculado, cohecho, tráfico de influencias, entre otros.

²⁸https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1 (última consulta 27/02/2019).

Según datos publicados por la Organización “Transparency International”, Estados Unidos obtuvo en el año 2018, 71 puntos en el Índice de percepción de la Corrupción.²⁹

G) UNIÓN EUROPEA

En ninguno de los países que comprende la comunidad europea, incluso hasta antes de su creación, se encuentra contemplado el delito de enriquecimiento ilícito o su equivalente.

El Convenio europeo relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea³⁰, el cual en su artículo 3° señala:

Artículo 3 Corrupción activa

1. A efectos del presente Convenio constituirá corrupción activa el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función.

²⁹ <https://www.transparency.org/cpi2018> (última consulta 27/02/2019).

³⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A41997A0625%2801%29> (última consulta 27/02/2019).

2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales.

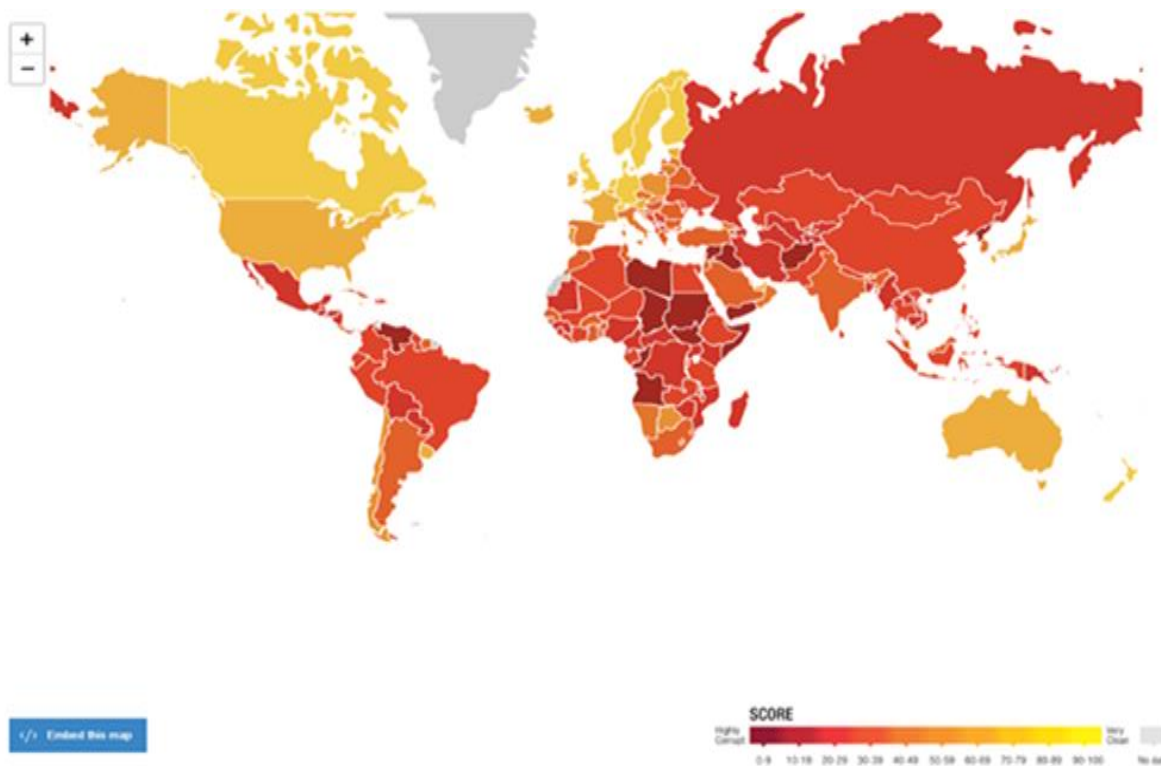
Como puede entenderse de la descripción de cada uno de los países antes mencionados, Argentina, Panamá, Colombia y Costa Rica son coincidentes con el caso de México, respecto a la muy presente probabilidad de la reversión de la carga de la prueba, lo cual se contrapone y violenta principios reconocidos en cada uno de estos sistemas jurídicos, como es el caso de la presunción de inocencia.

Es así que, al resultar totalmente innecesario, se puede observar que en casos como son ningún país Europeo Occidental y Estados Unidos de América, se encuentra previsto el delito de enriquecimiento ilícito, toda vez que las inadecuadas conductas de los servidores públicos se encuentra suficientemente regulada en figuras como son peculado, cohecho, etc.

No existe otra explicación a dichos puntos de inserción entre sistemas jurídicos de diversas partes del mundo que, la búsqueda práctica de una salida que pretende satisfacer una necesidad de comprobación del sujeto activo, del que, “**más vale**” presumir su presunta conducta delictiva que su inocencia.

Ahora bien, respecto a los países que, caso contrario a los antes mencionados, no contemplan el tipo penal de enriquecimiento ilícito se puede mencionar que, a pesar de que existen medidas y diversos tipos penales similares, tales como, delitos como peculado, cohecho, tráfico de influencias, corrupción activa, etc., se destaca que en los mencionados países se presenta un menor puntaje de percepción de la corrupción en comparación con México.

INDEX 2018



31

³¹ El índice, que clasifica a 180 países y territorios según los niveles percibidos de corrupción en el sector público según expertos y empresarios, utiliza una escala de 0 a 100, donde 0 es altamente corrupto y 100 es muy limpio. Más de dos tercios de los países puntúan por debajo de 50 en el IPC de este año, con un puntaje promedio de solo 43.

Revela que el continuo fracaso de la mayoría de los países para controlar significativamente la corrupción está contribuyendo a una crisis en la democracia en todo el mundo. Si bien hay excepciones, los datos muestran que a pesar de algunos avances, la mayoría de los países no logran incursiones serias contra la corrupción.

<https://www.transparency.org/cpi2018> (última consulta 27/02/2019).

CAPÍTULO IV

PERSPECIVA Y ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

En primer plano, a fin de buscar una línea de mayor enfoque en el siguiente análisis y claridad expositiva, resulta pertinente citar de forma textual el artículo 224 del Código Penal Federal, que a la letra señala:

Artículo 224.- *Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar 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.*

Para efectos del párrafo anterior, 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 el servidor público acredite que éstos los obtuvieron por sí mismos.

No será enriquecimiento ilícito en caso de que el aumento del patrimonio sea producto de una conducta que encuadre en otra hipótesis del presente Título. En este caso se aplicará la hipótesis y la sanción correspondiente, sin que dé lugar al concurso de delitos.

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.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de dos años a catorce años de prisión y multa de cien a ciento cincuenta días multa.

Como ya fue mencionado con anterioridad, el artículo 224 del Código Penal Federal, resulta inconstitucional desde las siguientes tres perspectivas a exponer: **A) la *exacta aplicación de la ley*** en los juicios del orden criminal; **B) la violación del artículo 224 del Código Penal Federal en lo relativo al principio de *presunción de inocencia*** y **C) del principio denominado *nemo tenetur*** previsto en el artículo 20 Constitucional Apartado B, fracción II, lo cual justifica un desarrollo de los motivos y razonamientos del por qué se considera de forma plena la inconstitucionalidad del artículo que prevé el *enriquecimiento ilícito* en el Código Penal Federal por las siguientes razones:

A) PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY

A) Por lo que hace a la inconstitucionalidad del artículo 224 del Código Penal Federal, en lo relativo a la ***exacta aplicación de la ley***, se considera su

inconstitucionalidad, ya que en la definición propia de este delito se omitió determinar en forma **clara, precisa y exacta**, cuáles son los elementos constitutivos de este delito.

Para hacer un análisis de la inconstitucionalidad de una ley, no basta solamente atender a la forma gramatical en que ésta fue redactada, sino que también debe analizarse previamente la exposición de motivos de la iniciativa correspondiente. Sobre este particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la siguiente tesis:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA. *En el texto de la ley no es indispensable expresar la fundamentación y la motivación de un ordenamiento legal determinado, pues generalmente ello se realiza en la exposición de motivos de la iniciativa correspondiente. Este Tribunal Pleno ha establecido que por fundamentación y motivación de un acto legislativo se debe entender la circunstancia de que el Congreso que expide la ley, constitucionalmente esté facultado para ello, ya que estos requisitos, en tratándose de actos legislativos, se satisfacen cuando actúa dentro de los límites de las atribuciones que la Constitución correspondiente le confieren (fundamentación), y cuando las leyes que emite se refieren a resoluciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas (motivación); sin que esto implique que todas y cada una de las disposiciones que integran estos ordenamientos deben ser necesariamente materia de una motivación específica.³²*

³² Tesis Jurisprudencial,(Pleno), Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 181-186, Primera Parte, p. 239.

El subrayado no es de origen.

Si se recurre a la exposición de motivos de la iniciativa de la que derivó la redacción del artículo 224 del Código Penal Federal, encontramos que esta deriva de una reforma constitucional. La reforma constitucional, *en lo relativo a la responsabilidad penal*, propuso que corresponde a la legislación penal determinar las sanciones para castigar cualquier delito cometido por servidores públicos con motivo del ejercicio de su empleo, cargo o comisión, por lo que propuso también establecer las bases constitucionales del enriquecimiento ilícito, cuando el servidor público incrementó desproporcionalmente su patrimonio, sin que pueda demostrar la legal procedencia del mismo; en el mismo sentido para la sanción de los delitos en que incurran los servidores públicos, ésta debe graduarse en función de los beneficios obtenidos y los daños o perjuicios causados por su conducta ilícita, independientemente de los demás elementos que pudieran incurrir en la comisión del delito que deben ser analizados por el juez, estableciéndose que la sanción económica sea hasta de tres tantos del mismo.

Por tanto, lo anterior nos remite de manera directa a la interpretación del tercer párrafo de la fracción II del artículo 109 constitucional, el cual establece textualmente:

Artículo 109. *Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado, serán sancionados conforme a lo siguiente:*

[...]

II. *La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público o particulares que incurran en hechos de corrupción, será sancionada en los términos de la legislación penal aplicable.*

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 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;

[...]

El subrayado no es de origen

Lo anterior permite sostener que, **el legislador debe determinar los casos y circunstancias en los que se ha de sancionar penalmente al servidor público por causa de enriquecimiento ilícito**, cuando durante el tiempo de su encargo incrementa su patrimonio y no pueda demostrar su procedencia lícita.

Como se podrá apreciar el texto del artículo 224 del Código Penal Federal coincide con el numeral 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que habrá de sancionarse penalmente por causa de enriquecimiento a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivo del mismo, por sí o por interpósita persona, **aumenten sustancialmente su patrimonio y no puedan justificar su procedencia lícita**, ya que el precepto de la Carta Magna señalado, únicamente establece el principio general de que las leyes deben determinar los casos y las circunstancias en que ha de sancionarse penalmente a los servidores públicos con motivo de enriquecimiento ilícito, pero de un análisis gramatical del artículo 224 del Código Penal Federal, se advierte que en el texto del mismo se omitió prever los casos conforme a los cuales se podría

sancionar a un servidor público por causa de enriquecimiento, puesto que con independencia de que aluda al elemento normativo “*enriquecimiento*”, éste solo constituye el resultado de una conducta, de aquí que dicho tipo penal resulta inconstitucional.

No debe perderse de vista que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la **tesis aislada número XXXIX/2002** consideró que el artículo 224 del Código Penal Federal, no violaba el principio de legalidad contenido en el artículo 14 de la Constitución Federal, si bien la tesis señalada es vinculatoria, la misma tesis al ser aislada, **no es obligatoria**, además de que la forma de aplicar el derecho penal ha variado fundamentalmente con las últimas reformas tanto a la Constitución, como la Ley de Amparo, sin dejar de lado el nuevo sistema de justicia penal acusatorio, con lo que incluso se abrió la décima época del Semanario Judicial de la Federación, por lo que éste tema de la inconstitucionalidad del artículo 224 del Código Penal, en relación con el artículo 14 Constitucional, merece una nueva reflexión ya que la dicotomía que plantea este delito nos lleva a cuestionarnos si es de acción (enriquecerse) o de omisión (no justificar) o complejo (requiere de ambos supuestos).

Es así que, el Sistema de Justicia Penal, con entrada en vigor en 2008, teniendo en cuenta que a la reforma de 2008 le siguió la igualmente trascendental reforma en materia de derechos humanos de 2011, en donde desde la abolición de Antiguo Régimen se han establecido principios inamovibles con un alto contenido de respeto a los Derechos fundamentales, entre los que se encuentran el principio de presunción de inocencia y el principio de oportunidad que, si bien se rige como máxima que los órganos encargados de investigar el delito deben también sostener la acusación; sin embargo esta investigación no se rige de manera arbitraria por el Ministerio Fiscal sino al contrario claramente debe estar siempre sustentada en el principio de legalidad que no es otra cosa que el sometimiento de los poderes públicos a la ley, por lo **que el principio de legalidad constituye una exigencia**

de garantía para los ciudadanos además de la propia seguridad jurídica que ello conlleva como axioma del garantismo penal.³³

En efecto, como el artículo 109 Constitucional no establece la conducta típica, sino su texto establece que los casos y las circunstancias en que deba sancionarse penalmente el delito de enriquecimiento ilícito deben ser especificados por la ley penal, correspondió al legislador ordinario determinar en el artículo 224 del Código Penal dicho extremo y al no hacerlo procedió en contravención a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto el referido mandato constitucional como sostiene el maestro Rodolfo Félix Cárdenas, no se traduce en que los legisladores ordinarios y, en ellos, el Congreso de la Unión, llevarán a cabo una copia o traslado de los elementos esenciales del artículo 109, fracción II, de la Carta Magna a sus preceptos ordinarios, pues de esta manera no se da cumplimiento al mismo. A mayor abundamiento, el artículo 224 del Código Penal Federal, como copia esencial del artículo constitucional referido, no previó *los casos ni las circunstancias* en los cuales se configura el *enriquecimiento ilícito*, según el marco adoptado por el Constituyente Permanente, debería ser sancionado por vía penal, ya que se insiste el artículo 224 del Código Penal Federal no es sino la inserción en el mismo del contenido esencial del artículo 109, fracción II, párrafo tercero, constitucional, que no contiene ningún tipo penal.³⁴

Por lo tanto, es dable sostener que conforme a lo dispuesto por el artículo 224 del Código Penal Federal, no es posible llegar a conocer los elementos del delito enriquecimiento ilícito y por lo mismo a integrar la corporeidad del mismo, puesto que **en éste no se incluyeron los “casos y las circunstancias”** en los que

³³ Armenta Deu, Teresa, Lecciones de Derecho Procesal Penal, 5ª ed., Marcial Poris, 2010, p. 34

³⁴ Félix Cárdenas, Rodolfo, “Enriquecimiento Ilícito y Principio de Legalidad”, El criterio del Tribunal Pleno, (Análisis de la tesis de jurisprudencia número XXXIX/2002) Revista de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 91 y 92

se debe sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos.

En efecto, el artículo 224 del Código Penal Federal establece:

*“Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo a 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 aquéllos respecto de los cuales se conduzcan como dueño en los términos de la **Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.**”*

Si bien es cierto que el legislador tiene la facultad de describir los tipos penales, en la redacción de los mismos es indispensable que se especifiquen los elementos respectivos y que estos sean **claros, precisos y exactos**. La autoridad legislativa, como lo ha sostenido nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, no puede sustraerse al deber de consignación en las leyes penales que expida, de expresiones y conceptos **claros, precisos y exactos**, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas. En efecto, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido las tesis siguientes:

EXACTA APLICACION DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTIA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIEN A LA LEY MISMA. *La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, **la que debe***

*estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, LA LEY QUE CAREZCA DE TALES REQUISITOS DE CERTEZA, RESULTA VIOLATORIA DE LA GARANTÍA INDICADA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA.*³⁵

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR. *El significado y alcance de dicha garantía constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que*

³⁵ Tesis Aislada P. IX/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época; Pleno, Tomo I, mayo de 1995; pág. 82.

*no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de **incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito**, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa.*³⁶

El delito de enriquecimiento ilícito, de acuerdo con la redacción de nuestro Código Penal Federal a que me he referido y transcribí anteriormente, carece de la más elemental “*técnica legislativa*”, que pone de manifiesto la inevitable conculcación de principios fundamentales del Derecho Penal liberal moderno y democrático, **ya que, en la definición de este ilícito, se plantean graves problemas de constitucionalidad.**

En efecto, en este delito de enriquecimiento ilícito, nos encontramos lo siguiente:

En la redacción de este ilícito, se rompe la contundente exigencia de que la definición legal del delito contenga, al menos **un núcleo esencial de la prohibición**. “*Enriquecerse*” como señala el artículo en análisis, no es un comportamiento, es 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 y omisión punible en el sentido del derecho penal de acto, ya que el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta (herencia, donación, lotería, préstamo, etc.). No puede sancionarse el hecho de enriquecerse de un funcionario público, lo que debe sancionarse es en su caso el peculado, cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, etc., como no se puede sancionar la muerte de un hombre, sino el homicidio; no la pérdida de la posesión, sino el robo

³⁶ Tesis Jurisprudencial 1a./J. 10/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época; Primera Sala, Tomo XXIII, marzo de 2006, pág. 84.

o el despojo; no el deterioro de un inmueble, sino el daño en propiedad ajena; no la disminución de la estimación pública, sino la difamación; por tanto, es adecuado sostener que no puede sancionarse el “*enriquecerse*”, sino los actos humanos que causaron ese *enriquecimiento ilícito*. Además, tal como se señala en el Amparo en Revisión 1293/2000, mediante el cual, el señor Raúl Salinas de Gortari, por su propio derecho, solicitó el amparo y la protección de la Justicia Federal, las fluctuaciones patrimoniales están sujetas a un *numerus apertus* de causas que pueden ser delictivas o no. Partir de la base de una situación de responsabilidad penal de un dato incoloro como “enriquecerse”,³⁷ viola el artículo 14 Constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, por lo que hace a la ley misma que se aplica, ya que la redacción de este tipo penal no coincide con los requisitos de la resolución del Tribunal Pleno y Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a que me referí anteriormente, ya que la indeterminación de la conducta prohibida, viola el principio de legalidad.

El principio de taxatividad exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano, donde comienza el derecho penal.”³⁸ La taxatividad

³⁷ Amparo en revisión 1293/2000. Raúl Salinas De Gortari, 15 de agosto’ de 2002, unanimidad de once votos de los señores ministros: Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Castro y Castro, Díaz Romero, Aguinaco Alemán, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero, Silva Meza y Presidente Góngora Pimentel. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Arnulfo Moreno Flores.

³⁸ Carbonell Mateu, Juan Carlos, Derecho Penal. Concepto y Principios Constitucionales. Op. Cit., p. 131.

no acepta conceptos vagos con límites borrosos con falta de determinación semántica, entendida esta como lo referente a la significación de las palabras.³⁹

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 a las exigencias *formales*, nuestra Constitución, a través de su artículo 14, ordena que sea la ley 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 más radical en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos; pero quizá se requiera de un análisis más profundo de las llamadas *exigencias materiales*, ya que la norma penal, según ya mencionamos, siempre debe existir por medio de una ley (*lex scripta*), que sea anterior a la comisión del hecho (*lex praevia*) y que describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), pero lo más importante, **es que la ley penal, 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, y el principio de legalidad penal.**

³⁹ Semántica: Referente a la significación de las palabras. Diccionario de la lengua Española, 21ª Edición, p. 1318.

Antonio Doval País, transcribe extractos de diversas sentencias del Supremo Tribunal Constitucional de España, en lo relativo a los requisitos que debe contener la ley penal:

*“En sus sentencias (Supremo Tribunal Constitucional), es constante en afirmar la necesidad de que **el legislador realice “el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la descripción de los tipos”**, “de tal manera que de ello se desprenda con **la máxima claridad posible cual es la conducta prohibida o la acción ordenada”**, “que sólo puede consistir en la prevista legalmente”. Por todo ello, pues, las normas penales “deben ser concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre”, por lo que es preciso el empleo “de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas”.*

*En definitiva, se trata de evitar que **los tipos sean formulados de un modo tan abierto (por su amplitud, vaguedad o indefinición) que su aplicación o inaplicación dependa de la decisión libre y arbitraria de los jueces y tribunales**, es decir, de evitar que los tipos no constituyan una barrera infranqueable para la interpretación y aplicación jurídica y dejen de suplir así la función de garantía que aporta la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.*

*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.***⁴⁰

En México, el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional, establece que:

[...]

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

[...]

El Magistrado de Circuito y autor Ojeda Velázquez, analiza la estructura de este precepto, considera que se distinguen en forma ordenada y sistemática dos preceptos que la conforman: el primero, relativo a la exacta aplicación de la ley (garantía de taxatividad concreta); y el segundo, referente a la prohibición analógica de imponer pena alguna si no está expresamente prevista en la ley, pero que existe otro tipo de taxatividad conocida como abstracta, que consiste en la exacta elaboración de la ley, la cual por su origen, está íntimamente ligada al principio de reserva absoluta de ley, se considera que: “En efecto, al legislador permanente le es exigible proceder, al momento de la creación de la norma jurídico-penal, a una precisa determinación de sus elementos, a fin que resulte taxativamente establecido aquello que es penalmente lícito y aquello que es penalmente ilícito: *nullum crimen sine lege* (taxatividad abstracta).”⁴¹

⁴⁰ Doval País, Antonio, Posibilidades y Límites para la Formulación de Normas Penales, Universidad de Valencia, Valencia, 1999. p. 45.

⁴¹ Ojeda Velázquez, Jorge, Derecho Constitucional Penal, Editorial Porrúa, México 2005, p. 179.

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 aquel por el cual el funcionario se enriquece. Marcelo A. Sancinetti, cita en su libro como autores que siguen esta postura, a Carlos Fontán Balestra y a Horacio Maldonado. Este último sostiene:

“Opino como Fontán Balestra que la conducta es el enriquecimiento ilícito, pero considero que el requerimiento no es una condición objetiva de punibilidad, sino un presupuesto de procedibilidad.”⁴²

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 Sebastián 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.”⁴³*

El autor Miguel A. Inchausti sostiene:

⁴² Sancinetti Marcelo A., El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público. Un Tipo Penal Violatorio del Estado de Derecho, 1ª edición, Talleres Gráficos Edigraf, S.A. de C.V., Buenos Aires, Argentina, Noviembre 1994, p. 100.

⁴³ Ídem.

“Trátese, 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 fácticos de concurrencia sucesiva, para la conclusión a que nos referimos en el siguiente párrafo apartado.

Está claro que lo que se castiga es la no justificación ante el requerimiento debidamente formulado. La sola concurrencia del enriquecimiento, si no se perfecciona el requerimiento formal y a tanto éste no ocurra y como su consecuencia no se justifique lo requerido [...].”⁴⁴

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

“[...] no se castiga al enriquecimiento ilícito 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

⁴⁴ Inchausti, Miguel A, Enriquecimiento ilícito de funcionarios, Op. Cit., p.61.

11/6/1998, en causa núm. 14.100; ídem en causa núm. 8949).”⁴⁵

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...*⁴⁶

De acuerdo con la redacción del artículo 224 de nuestro Código Penal Federal, podemos 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.

Ante tal divergencia de opiniones de reconocidos autores, es evidente que éste delito no es claro, preciso y exacto, por lo que es inconstitucional.

⁴⁵ Ibídem, p.62.

⁴⁶ Ídem.

En relación también con la inconstitucionalidad, diversos autores extranjeros y nacionales opinan:

1. Sebastián Soler, citado en la obra de Jorge Luis Villada, reconoce que este delito contempla una conducta: *“indeterminada y atípica a la conducta penal-constitucional”* y que parte de una *“perspectiva distinta al sistema que en general siguen las leyes penales tradicionales valiéndose de recursos o caminos diversos a los acostumbrados.”*⁴⁷ 2. El autor Agustín Washington Rodríguez, lo considera: *“un delito con fisonomía peculiar.”*⁴⁸ 3. El autor Carlos Creus, lo señala como: *“una exageración republicana del legislador.”*⁴⁹ 4. Por su parte Ricardo Núñez dice que es: *“un delito complejo.”*⁵⁰ 5. Enrique Díaz Aranda sostiene: *“el tipo de enriquecimiento ilícito no cumple con dicho mandato constitucional... por lo anterior, consideramos que el grave problema del delito de enriquecimiento ilícito radica en que no está claro cuál es el bien jurídico que tutela, y mucho menos cual es la lesión que justifica la imposición de la pena de prisión.”*⁵¹ 6. Francisco Pavón Vasconcelos señala: *“la anómala estructura de este tipo ya fue puesta de relieve por Jiménez Huerta, por cuanto en el mismo no se describe ninguna conducta de orden material que constituya la causa o el origen del enriquecimiento, o mejor decir, que el aumento del patrimonio del servidor público.”*⁵² 7. Marco Antonio Díaz De León sostiene que *“Los contenidos del tipo penal no son concretos para captar con exactitud la ilicitud de la conducta o, más aún, del posible resultado típico pues en*

⁴⁷ Villada, Jorge Luis, Delitos contra la función pública, Buenos Aires, Abelado-Perrot, 1999. p. 383.

⁴⁸ Washington Rodríguez, Agustín, Corrupción y enriquecimiento ilícito (Homicidio por encargo), Argentina, Editorial Iuris, 1998, p. 53.

⁴⁹ Creus, Carlos, Delitos contra la administración pública, Buenos Aires 1981.

⁵⁰ Núñez, Ricardo, Derecho penal argentino, tomo VII, Buenos Aires, 1974, p. 144.

⁵¹ Díaz Aranda, Enrique, Op. Cit., p. 45

⁵² Pavón Vasconcelos, Francisco, Diccionario de Derecho Penal, México, Editorial Porrúa, 1999.

aquél de manera ambigua se alude al “legítimo aumento de su patrimonio.”⁵³ 8. En el *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México se dice que “los contornos de esta nueva figura delictiva no están bien delimitados ni resulta fácil delimitarlos. Tal como se describe en el artículo 224 del Código Federal, nos da la impresión de que ese está tomando como punibles los resultados de la acción, no la acción misma como se presume el acto ilícito, pero no se castiga dicho acto, sino nada más los resultados...”⁵⁴ 9. El autor argentino Jorge Federico Mikkelsen-Löth, refiriéndose al artículo 288.2 del Código Penal argentino, que define el *enriquecimiento ilícito*, en términos similares al de nuestro artículo 224 del Código Penal Federal, sostiene: “En el delito en cuestión, en verdad no se describe como punible ninguna conducta, porque no se identifica un hecho concreto que haya cometido el agente público, como tampoco se le prueba ni imputa acción concreta alguna.”⁵⁵ 10. Raúl F. Cárdenas Rioseco considera que: “El artículo 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 sólo 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 autoincriminación** a que se refiere la fracción II del artículo 20 constitucional; crea un **delito de sospecha** que trasgrede 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 Públicos, que como norma de complemento no regula absolutamente nada; rompe con el **principio acusatorio** previsto en los

⁵³ Díaz De León, Marco Antonio, Código Penal Federal con comentarios, México, Ed. Porrúa, 1998.

⁵⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 1285.

⁵⁵ Mikkelsen-Löth, Jorge Federico, Enriquecimiento ilícito: El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública, Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 59.

*artículos 21 y 102 constitucionales.*⁵⁶ **11. Carrancá Y Trujillo Y Carrancá Y Rivas:** “*El que no se puede explicar el enriquecimiento de alguien, no conduce fatalmente al señalamiento de su culpabilidad en el orden del derecho penal. Pretenderlo así es incluso atentatorio de las disposiciones generales de la Constitución.*”⁵⁷ **12.- Rodolfo Félix Cárdenas:** “*Dado que el artículo 224 del Código Penal Federal no contiene ningún tipo penal... lo que aquí existe es una ausencia de tipo penal en violación clara de la garantía de legalidad penal que recoge el artículo 14 Constitucional.*”⁵⁸

Han sido mencionadas las opiniones de doce reconocidos autores que han sostenido la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito, y además deben analizarse los Tratados Internacionales, criterios de Amnistía Internacional, sentencias de Tribunales Constitucionales como el de Costa Rica, opinión consultiva de la Corte Americana de Derechos Humanos a que nos referiremos más adelante, lo que indudablemente amerita una nueva reflexión de la tesis aislada, por tanto no obligatoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se mencionó en este apartado, que sostuvo en el año 2002 un criterio diferente al de los autores aquí referidos, por lo que para que éste criterio sea obligatorio para los tribunales del país, es necesario que se emitan cinco tesis ininterrumpidas y con la mayoría de votos que señala la ley para que se pueda considerar como obligatoria, lo que hasta este momento no ha acontecido.

⁵⁶ Cárdenas Rioseco, Raúl F., Enriquecimiento Ilícito, Inconstitucionalidad del artículo 224 del Código Penal Federal, problemática que plantea la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en la aplicación de este ilícito, Op. Cit. p.74

⁵⁷ Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas, Código Penal anotado, Ed. Porrúa, p. 602.

⁵⁸ Félix Cárdenas, Rodolfo, Revista de Derecho Penal, Op. cit. p. 93 y 94.

Por lo que se refiere a resoluciones judiciales dictadas en nuestro país en relación con este ilícito, me referiré ahora a la que dictó el entonces H. Tribunal Unitario del Primer Circuito, al resolver un recurso de apelación que se interpuso en contra de un *auto de formal prisión* por el delito de *enriquecimiento ilícito*, en que el mencionado tribunal también advirtió que el Legislador, por lo que toca a este delito, no estableció: “*en forma literal en qué consiste la conducta típica del delito en estudio, puesto que sólo determina cuándo existe enriquecimiento ilícito.*”⁵⁹

El Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, en la Sentencia pronunciada con motivo de un *juicio de amparo indirecto* en contra de la *inconstitucionalidad* del delito de *enriquecimiento ilícito*, sostuvo que: “...*en el espíritu del Legislador se denote interés alguno por la necesidad o exigencia de la precisión sobre la conducta que en particular generó dicho incremento...*”⁶⁰ En efecto, la anterior afirmación pone de manifiesto que el H. Congreso de la Unión, efectivamente no mostró *ningún interés o necesidad por precisar la conducta en el artículo 224 del Código Penal*, por lo que es evidente que dicho artículo viola la *garantía de garantías* que es el principio de *legalidad*, y que la redacción del tipo penal no es *clara, precisa ni exacta*, violándose los *requisitos de certeza* y, en consecuencia, la garantía de legalidad prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República.

Todo lo anterior, no obstante que se le planteó al *A quo*, sólo manifestó: “*no se advierte que el precepto de mérito produzca violación alguna de derechos fundamentales, siendo innecesario desarrollar la justificación de tal aserto*”.

B) PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CARGA DE LA PRUEBA

⁵⁹ Toca de Apelación número 182/96-I, p. 486.

⁶⁰ Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito. Expediente: Amparo Indirecto 40/99-II. Quejoso: Raúl Salinas de Gortari, p. 61.

El delito de *enriquecimiento ilícito* previsto en el artículo 224 del Código Penal Federal viola el principio de **presunción de inocencia** consignado expresamente en el artículo 20 Constitucional apartado B, fracción I, así como en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981; el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

En reciente reforma constitucional al artículo 1º, se estableció que:

*En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los **derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte**, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

*Las normas relativas a los derechos humanos se **interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales** de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la **protección más amplia**.*

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de **promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad**. En consecuencia, el Estado deberá **prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a***

los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Asimismo, el numeral 20, apartado B, fracción I, de nuestra Constitución, reformado en junio de 2008, establece:

Artículo 20. *El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.*

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

[...]

En relación con la *presunción de inocencia y la reforma constitucional*, México ha suscrito, entre otros, los siguientes *Tratados* que deben aplicarse:

a) El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996, 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.*”

b) **La Convención Americana sobre Derechos Humanos**, que en su artículo 8º establece: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se **presuma su inocencia**, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.*”

Quizá sean más frecuentes las violaciones a los derechos humanos por parte de autoridades administrativas o judiciales, pero puede suceder, y de hecho sucede,

que una norma legislada contraviene un tratado internacional, que puede traer como consecuencia, responsabilidad internacional del Estado. La Corte Interamericana ha señalado, en una opinión, que:

La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 16 de diciembre de 1994. Serie A. núm. 14, párr. 50.⁶¹

El delito de enriquecimiento ilícito es “manifiestamente contrario a las obligaciones” asumidas por el Estado mexicano, al invertir, en este delito, la carga de la prueba y obligar al funcionario público a declarar, lo que eventualmente le puede generar responsabilidad internacional por la expedición y aplicación de la ley que contiene este delito.

Por su parte los Tribunales Federales han emitido la tesis de rubro: **“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”**.⁶²

⁶¹ García Ramírez, Sergio, Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana, UNAM, México, 2002., p. 109.

⁶² Tesis Aislada XI.1o.A.T.47 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, p. 1932.

Nuestro sistema de justicia penal, reconoce también el principio de inocencia como una garantía de seguridad jurídica y como un derecho fundamental.

En relación con la presunción de inocencia, los Tribunales Federales antes de que se constitucionalizara este principio en la reforma constitucional en materia de justicia penal, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación, el 18 de junio de 2002, emitieron entre otras, las siguientes tesis: **“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”**.⁶³ **“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO SE CONSTITUYE EN EL DERECHO DEL ACUSADO A NO SUFRIR UNA CONDENA A MENOS QUE SU RESPONSABILIDAD PENAL HAYA QUEDADO DEMOSTRADA PLENAMENTE, A TRAVÉS DE UNA ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO, OBTENIDA DE MANERA LÍCITA, CONFORME A LAS CORRESPONDIENTES REGLAS PROCESALES”**.⁶⁴ **“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”**.⁶⁵ y **“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA”**.⁶⁶

En México, corresponde al Ministerio Público, como órgano acusador, la carga de la prueba, a efecto de desvirtuar la presunción de inocencia que goza el inculpado. El artículo 102, apartado “A”, fracción VI, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así lo dispone: *“Corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los*

⁶³ Tesis Aislada P. XXXV/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Pleno, Tomo XVI, agosto de 2002, p. 14.

⁶⁴ Tesis Aislada I.4o.P.36 P., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. Época, Tomo XXV, enero de 2007, p. 2295.

⁶⁵ Tesis Aislada 2ª. XXXV/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. Época; 2a. Sala, Tomo XXV, mayo de 2007; p. 1186.

⁶⁶ Jurisprudencia 1a./J. 26/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10a. Época, 1a. Sala, Libro 5, abril de 2014; Tomo I, p. 476.

tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, solicitará las medidas cautelares contra los imputados; buscará y presentará las pruebas que acrediten la participación de éstos en hechos que las leyes señalen como delito; procurará que los juicios federales en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita; pedirá la aplicación de las penas, e intervendrá en todos los asuntos que la ley determine”.

La redacción de este delito, afecta “**el principio de presunción inocencia**”, ya que incumbe al Estado demostrar los hechos en que se 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, ya que la **omisión** consiste en no informar o acreditar la procedencia del aumento patrimonial, es lo que constituye la comisión de este delito.

Lo anterior es tan absurdo que, como dice el autor argentino Marcelo A. Sancinetti:

“En caso de que una persona cometa un hecho punible, el Estado es libre de optar por: a) O bien respetar las garantías constitucionales (y, entonces tratar a la persona como inocente hasta que una sentencia la declare culpable), b) O bien declarar como relevante el deber de informar o acreditar (y entonces aplicar sanciones en caso de inobservancia de este deber).”⁶⁷

La segunda opción es la que parece contemplar la absurda redacción del artículo 224 del Código Penal Federal. Más adelante, el mismo autor explica que

⁶⁷ Sancinetti Marcelo A.- El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público. Un Tipo Penal Violatorio del Estado de Derecho, Op. Cit., p. 28.

además en este ilícito, ni siquiera se puede demostrar la inocencia de una conducta concreta, ya que no está determinado el hecho presumido, al observar que en este delito no existe **un núcleo esencial de la prohibición**, pues como se mencionó anteriormente, enriquecerse no es un comportamiento, es el resultado de una comparación patrimonial entre dos momentos, y el mismo autor citado, en su obra nos pone el siguiente ejemplo, partiendo de un supuesto diálogo entre el Estado y un ciudadano, en estos términos:

“Yo no puedo obligarte a que declares en tu contra si has cometido un hecho punible (entre nosotros el artículo 20, fracción II de la Constitución), pero al parecer si puedo convertir en delito que, cuando te pregunto si has incrementado legítimamente tu patrimonio, te quedas callado o no lo justifiques.”⁶⁸

Justamente esto es lo que tanto la garantía del “**principio de inocencia**”, como la del “**principio nemo tenetur**”, tienen de inconstitucionales, señala el autor citado respecto de este delito.

En relación con las Normas Internacionales de Derechos Humanos que protegen la presunción de inocencia y establecen delitos, en los que como en México, se pretende invertir la carga de la prueba, Amnistía Internacional creó un manual relacionado con los juicios justos, que en la parte conducente establece lo siguiente:

[...] Todo proceso penal pone a prueba el compromiso del Estado de respetar los derechos humanos...

⁶⁸ Ídem.

El derecho a un juicio justo es un derecho humano fundamental. Es uno de los principios universalmente aplicables reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento adoptado hace 50 años por las naciones del mundo y que sigue siendo aún la clave del sistema internacional de derechos humanos desde que se aprobó en 1948, el derecho a un juicio justo reconocido por la Declaración Universal ha pasado a ser un principio legalmente vinculante para todos los Estados como parte del derecho internacional consuetudinario.

El derecho a un juicio justo se ha reafirmado y desarrollado desde 1948 en tratados legalmente vinculantes como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Asimismo, se ha reconocido y especificado en numerosos tratados internacionales y regionales y en otros instrumentos que no tienen la consideración de tratados, adoptados todos por la ONU y por organismos intergubernamentales regionales. Estas normas de derechos humanos se elaboraron de forma que fueran aplicables en todos los sistemas legales del mundo, teniendo en cuenta a rica diversidad de procedimientos jurídicos existentes, y establecen las garantías mínimas que todos los sistemas deben proporcionar.

*Estas normas internacionales de derechos humanos sobre la celebración de juicios justos constituyen el acuerdo colectivo de la comunidad de naciones sobre los criterios para evaluar el modo en que los Estados tratan a las personas acusadas de haber cometido un delito... **En virtud***

de la presunción de inocencia, las reglas procesales de procedimiento y prueba deben garantizar que la carga de la prueba recaerá en la acusación a lo largo de todo el proceso. En algunos países, la ley exige que el acusado (en vez de la acusación) explique elementos de ciertos delitos. Estos requisitos, cuando se incorporan a la legislación, se conocen como presunción legal (o presunción iuris tantum), figura que se ha cuestionado con el argumento de que traslada indebidamente la carga de la prueba de la acusación al acusado, violando de este modo la presunción de inocencia.⁶⁹

Es evidente que el delito de enriquecimiento ilícito viola los Tratados Internacionales a que se refiere el Manual de Amnistía Internacional. Juicios Justos, que en lo conducente acabo de transcribir, ya que en el delito mencionado se traslada la carga de la prueba al inculpado.

El delito que nos ocupa, es un delito de SOSPECHA, que rompe el principio consagrado del Derecho Penal del *Indubio Pro Reo*, que se acepta en forma indiscutida como una de las consecuencias de la orientación liberal y humanista del Derecho Penal moderno, ya que la *presunción de inocencia* de toda persona, sólo puede ser destruida por prueba en contrario, prueba que debe ser aportada por la Acusación.

Los llamados delitos de sospecha fueron propios del procedimiento inquisitivo y del sistema de pruebas legales, pero esto ha sido superado por el Derecho Penal moderno; sin embargo, en el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 224 de nuestro Código Penal, se regresa a estos sistemas que

⁶⁹ Manual de la Amnistía Internacional, Juicios Justos, Ed. Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, España, pp. 15 y 95.

parecían ya superados, pero además, este delito de sospecha tiene una pena muy grave, e incluso más grave que alguno de los delitos que podrían estar en la base del posible origen del enriquecimiento, tales como el cohecho, tráfico de influencias, etc.

El delito de enriquecimiento ilícito, de acuerdo con la doctrina es un delito que se inventó en Argentina y lo exportó algunos países latinoamericanos, ya que sólo en ésta región existe este ilícito penal.⁷⁰

La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal, una de esas vertientes se manifiesta como "estándar de prueba" o "regla de juicio", en la medida en que este derecho establece una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; mandato que es aplicable al momento de la valoración de la prueba.

Dicho de forma más precisa, la presunción de inocencia como estándar de prueba o regla de juicio comporta dos normas: la que establece las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerar que es suficiente para condenar; y una regla de carga de la prueba, entendida como la norma que establece a cuál de las partes perjudica el hecho de que no se satisfaga el estándar de prueba, conforme a la cual se ordena absolver al imputado cuando no se satisfaga dicho estándar para condenar. Cobran aplicación al respecto los criterios de jurisprudencia obligatorios de rubros que se transcriben a continuación:

⁷⁰ Cárdenas Rioseco Raúl F., *Enriquecimiento Ilícito*, op. cit. p. 18 y siguientes.

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA”.⁷¹ “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA”.⁷²

De los criterios judiciales insertos se desglosa totalmente que es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado, así como que el derecho humano a la presunción de inocencia establece las características que deben reunir los medios de prueba para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado, pues de lo contrario, ordena a los jueces la absolución del inculpado.

De lo anterior se desprende que independientemente del delito por el que se le pretenda atribuir responsabilidad a una persona, los juzgadores deben de partir de la base de que la misma es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

En conclusión, cuando en un proceso penal coexisten tanto pruebas de cargo como de descargo, la hipótesis de culpabilidad formulada por el Ministerio Público sólo puede estar probada suficientemente si al momento de valorar el material probatorio se analizan conjuntamente los niveles de corroboración tanto de la hipótesis de culpabilidad como de la hipótesis de inocencia alegada por la defensa. Así, no puede restarse valor probatorio a las pruebas de descargo simplemente con el argumento de que ya existen pruebas de cargo suficientes para condenar. En este sentido, la suficiencia de las pruebas de cargo sólo se puede establecer en confrontación con las pruebas de descargo. De esta manera, las pruebas de

⁷¹ Tesis Aislada 1a. XCVI/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10ª época, 1a. Sala, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, p. 966.

⁷² Tesis Jurisprudencial 1a./J. 25/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10a. Época, 1a. Sala, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 478.

descargo pueden dar lugar a una duda razonable tanto cuando cuestionen la fiabilidad de las pruebas de cargo, como en el supuesto en que la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa esté corroborada por esos elementos exculpatórios. Así, la actualización de una duda razonable por cualquiera de estas dos razones impide considerar que las pruebas de cargo son suficientes para condenar. Tiene sustento lo anterior el criterio de jurisprudencia obligatoria de rubro: **“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DUDA RAZONABLE. FORMA EN LA QUE DEBE VALORARSE EL MATERIAL PROBATORIO PARA SATISFACER EL ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA CONDENAR CUANDO COEXISTEN PRUEBAS DE CARGO Y DE DESCARGO”**.⁷³

Dicho lo anterior, debemos destacar que cuando un juzgador utilice la prueba indiciaria o circunstancial, ésta deberá encontrarse especialmente motivada en la sentencia correspondiente, lo que implica expresar el razonamiento jurídico por medio del cual se han construido las inferencias y hacer mención de las pruebas practicadas para tener por acreditados los hechos base y de los criterios racionales que guiaron su valoración; esto es, para que aquélla se estime actualizada, en la sentencia deberá quedar explicitado el proceso racional que ha seguido el juzgador para arribar a determinada conclusión. Ello, toda vez que la valoración libre de la prueba circunstancial no equivale a la valoración de indicios carentes de razonamiento alguno.

Por tanto, no sólo los indicios deben estar suficientemente acreditados, sino que deben estar sometidos a una constante verificación en torno a su acreditación y a su capacidad para generar conclusiones. En cualquier caso un indicio, por sí solo, carece de cualquier utilidad o alcance probatorio, debido a lo cual es necesaria la formulación de una inferencia, la cual estará sujeta a un estudio de razonabilidad,

⁷³ Tesis Jurisprudencial 1a./J. 2/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10a. Época, 1a. Sala, Libro 38, Enero de 2017, Tomo I, p. 161.

a efecto de poder determinar si resulta razonable, o si por el contrario es arbitraria o desmedida, debiendo tomarse en consideración que la eficacia de la prueba circunstancial disminuirá en la medida en que las conclusiones tengan que obtenerse a través de mayores inferencias y cadenas de silogismos, ante lo cual, la inferencia lógica debe sustentarse en máximas de la experiencia. Cobra aplicación directa al respecto el siguiente criterio de la Primera Sala, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: **“PRUEBA INDICIARIA O CIRCUNSTANCIAL. EL JUZGADOR DEBE EXPLICAR, EN LA SENTENCIA CORRESPONDIENTE, EL PROCESO RACIONAL A TRAVÉS DEL CUAL LA ESTIMÓ ACTUALIZADA.”**⁷⁴

Una vez establecido lo anterior, debemos destacar que tratándose de pruebas de cargo indirectas, para que sea posible enervar la presunción de inocencia, el juez debe cerciorarse de que dichos medios probatorios sean suficientes para enervar la presunción de inocencia, es decir, que desvirtúen la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa en el juicio, y debe descartarse que las pruebas de descargo o contraindicios den lugar a una duda razonable sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la parte acusadora.

C) PRINCIPIO NEMO TENETUR

También resulta inconstitucional el artículo 224 del Código Penal Federal por violar expresamente el artículo 20 Constitucional Apartado B, inciso II que establece como derecho de toda persona imputada a *no declarar* o a *guardar silencio* derecho humano que también se encuentra consagrado en el artículo 14, párrafo 3, inciso g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8º, párrafo 2, inciso g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷⁴ Tesis Aislada 1a. CCLXXXVI/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época, 1a. Sala, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, p. 1054.

En efecto, se viola también el principio denominado “**nemo tenetur**”, 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 incriminarse en una declaración, sea como inculpado o como testigo).⁷⁵

El contenido de estas máximas latinas, las contempla nuestra Constitución General de la República en el artículo 20, fracción II, Apartado B y los Tratados Internacionales que mencionaré a continuación:

El artículo 20, fracción II de la Constitución establece:

Artículo 20.

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada.

[...]

II. A declarar o guardar silencio.

[...]

El artículo 14, párrafo 3, inciso g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

Artículo 14.

[...]

⁷⁵ Sancinetti Marcelo A., Op. cit., quien a su vez menciona que los tomó del libro Aforismo y Reglas Jurídicas Latinas-Darmstadt, Quinta Edición, 1982, páginas 134 y siguientes.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable [...].

El artículo 8º, parágrafo 2, inciso g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

Artículo 8º. Garantías judiciales.

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

La inconstitucionalidad de este delito, y por lo que hace a este punto, es que para la configuración de este ilícito se **obliga** al funcionario público a declarar y aportar pruebas que pueden ser en su contra, lo cual viola el principio “*nemo tenetur*” y en consecuencia el artículo 20, fracción II, y se viola además el principio que en materia penal se denomina “*del auto encubrimiento*”, y que los diferentes autores lo justifican, algunos en la “*no exigibilidad de otra conducta*”, otros como una “*causa supra legal de justificación*”, algunos más en la situación similar “*al estado de necesidad*” o en “*el derecho natural a la autodefensa*”.

En España, el autor Isidoro Blanco Cordero nos dice:

*“En realidad, el fundamento del privilegio del “auto encubrimiento” descansa en el principio regulativo de la “no exigibilidad de otra conducta distinta”; no se le puede exigir al delincuente que se descubra. Es un criterio basado en razones de justicia: es impune el responsable de un delito que pretende eludir la acción de la justicia. Esta situación puede encontrar fundamentación incluso en valores constitucionales como los recogidos en el artículo 24.2 de la Constitución Española (artículo 20 fracción II en la República Mexicana) que declara **el derecho de todos a no declarar contra sí mismos y no confesarse culpable.**”⁷⁶*

En la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica (cita de Marcelo A. Sancinetti en la página 55 de la obra que hemos citado), en el caso Hale contra Henkel, en un fallo notable de un Juez de apellido Brown, se sostuvo:

*“Que el objeto de la cláusula constitucional que prohíbe ser obligado a declarar y contra sí mismo, es **establecer en lenguaje expreso y sobre una base firme, el principio general de la jurisprudencia inglesa y norteamericana, de que nadie será obligado a dar testimonio que pueda exponerlo a ser enjuiciado criminalmente.**”⁷⁷*

El autor Sancinetti, transcribe la opinión de un diputado argentino, al que le tocó votar el proyecto de la redacción de este delito de enriquecimiento ilícito y que mencionó en la Cámara de Diputados de aquel país, lo siguiente:

⁷⁶ Amparo en revisión 1293/2000. Raúl Salinas De Gortari, Op. Cit.

⁷⁷ Sancinetti Marcelo A., Op. cit., quien a su vez menciona que los tomó del libro Aforismo y Reglas Jurídicas Latinas-Darmstadt, Quinta Edición, 1982, p.28.

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

*En esta misma posición (enriquecimiento ilícito) como muy bien lo ha señalado el señor diputado Bilbao estamos introduciendo figuras jurídicas distintas de las que rigen en materia penal en el 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, distas de las disposiciones expresadas 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 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 [...]**⁷⁸.*

Lo anterior, en virtud de que el delito previsto en el artículo 224 del Código Penal Federal obliga al funcionario público a declarar, ya que de no hacerlo se considera consumado el delito de enriquecimiento ilícito.

En relación con la no autoincriminación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido entre otras, las siguientes tesis: **"DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20,**

⁷⁸ Sancinetti, Op. cit. p. 50

APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”.⁷⁹ “DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN. CASO EN QUE DEBE DECLARARSE NULA Y EXCLUIRSE DEL MATERIAL PROBATORIO SUSCEPTIBLE DE VALORACIÓN LA PRUEBA QUE INTRODUCE AL PROCESO UNA DECLARACIÓN INCRIMINATORIA DEL IMPUTADO”.⁸⁰

Asimismo, el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos, establece que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En aras de claridad, a continuación, se inserta el artículo mencionado:

Artículo 14. [...]

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Del artículo constitucional antes transcrito se desprende el principio, ya explorado, denominado *nullum crimen sine lege*, o de exacta aplicación de la ley penal. Bajo este principio, como se detalló más a fondo con anterioridad, no puede pensarse a persona alguna, a menos que sus conductas actualicen de manera

⁷⁹ Tesis: 1a. CXXIII/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. Época, 1a. Sala, Tomo XXI, Enero de 2005, p. 415.

⁸⁰ Tesis: 1a. CCXXIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10a. Época, 1a. Sala, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, p. 579.

precisa cada uno de los elementos del tipo y que la misma sea antijurídica en los mismos términos.

Dicho lo anterior, resulta que las sentencias por medio de las cuales se llegue a la condena de un encausado, deben acreditar de manera fundada y motivada, la existencia de un delito que, como ya se dijo, implica corroborar que en los hechos existió una conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable. Cobran aplicación directa los siguientes criterios jurisprudenciales obligatorios: **“ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL DELITO EN SÍ. SUS DIFERENCIAS”**.⁸¹ **“ELEMENTOS DEL DELITO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL DEBE ANALIZARLOS EN LA SENTENCIA DEFINITIVA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)”**.⁸²

De lo hasta aquí narrado, debemos concluir que toda sentencia definitiva debe contener las consideraciones, fundamentaciones y motivaciones legales, que acrediten la existencia de los elementos del delito, siendo estos la presencia de una conducta (u omisión), típica, antijurídica y culpable.

Debemos considerar de este modo que, dicho principio asegura al imputado la posibilidad de decidir libre de toda presión así como determinar si desea o en qué manera lo hará en el proceso. En este sentido, el principio nemo tenetur protege en este caso al servidor público, ser obligado a rendir su declaración y de esta forma contribuir activamente a la formación de convicción en su contra. El derecho de no autoincriminación corresponde en este sentido, **a una garantía de rango constitucional y esencial de un Estado de Derecho, fundada en el respeto por**

⁸¹ Tesis Jurisprudencial 1a./J. 143/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época, 1a. Sala, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 2, p. 912.

⁸² Tesis Jurisprudencial 1a./J. 16/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época, 1a. Sala, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 1, p. 429.

la dignidad humana. Su resguardo, manifestado en la imposibilidad de valorar el silencio, corresponde a un deber inexcusable por parte del Estado.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

Como pudo exponerse a lo largo de las páginas que anteceden, es claro el interés y necesidad social que existe para implementar mecanismos reales y bien estructurados que pretendan disminuir de forma comprobable el enriquecimiento ilícito, pues queda en evidencia la falta de técnica legislativo/jurídica con la que fue redactado el tipo penal que prevé y sanciona el delito de mérito, al trasgredir de forma absoluta Derechos Humanos, así como la dificultad latente en su interpretación y la enorme confusión que surge tanto en el órgano jurisdiccional como con abogados litigantes.

Se reitera que la redacción del tipo penal de Enriquecimiento Ilícito conduce a las siguientes conclusiones:

- I. Por lo anteriormente expuesto y en virtud de una clara necesidad de consideración del artículo de mérito, se plantea como conclusión principal la necesidad de derogación del artículo señalado, toda vez que ha quedado acreditada de manera plena la inconstitucionalidad del texto que contempla el delito de enriquecimiento ilícito en nuestro país, en el cual no solo son violentados Derechos Humanos tales como el principio de inocencia, permite la inversión de la carga de la prueba y viola la garantía de la no autoincriminación, sino que desemboca en una amplia cantidad de “oportunidades” que pueden ser utilizadas por la defensa de los servidores públicos como estrategia que permita evadir la pena señalada de un delito que, al ser violatorio de derechos, de pauta a la interposición del juicio de garantías que de manera tajante pueda determinar algún caso concreto en el que se pretenda imputar el delito de mérito.

- II. Al momento de estructurar el tipo penal que prevé y sanciona el delito de enriquecimiento ilícito, no fueron considerados elementos gramaticales que permiten aseverar que no fue estructurado de la manera adecuada, generando un tipo penal que no es claro, preciso ni exacto. Es decir, no se tomó en cuenta el orden común de las oraciones, se invirtió el orden adecuado de la redacción del mismo estableciendo preliminarmente la consecuencia de la conducta que se describe. Con base en lo anterior resulta pertinente señalar que lo correcto, a consideración, hubiese sido señalar en primer plano la descripción de la conducta para posteriormente concluir con la pena que sería aplicable, redacción que por supuesto no implicase violación a derechos fundamentales.
- III. De lo anterior se puede concluir que, los legisladores en su intento por definir en “sentido negativo” el enriquecimiento ilícito, en relación a la o las conductas típicas que deberán ser entendidas para que pueda configurarse dicho delito, genera de este modo mayor confusión.
- IV. Claro está que, la alta corrupción que se desarrolla en el país, vulnera el Estado de Derecho, así como a la infraestructura del país tanto económica como social. Nuestro país merece servidores públicos con honestidad y respeto hacia la ley así como legisladores que realmente enfoquen su trabajo no solo generar una normatividad que cumpla caprichos o que represente un “atenuante” en el ambiente y exigencias de la sociedad, sino que generen normas que cumplan con lo establecido en nuestra Carta Magna, Tratados Internacionales de los que México es parte y la Jurisprudencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- V. En razón de lo anterior, se evidencia la necesidad de una Declaratoria General de Inconstitucionalidad, respecto del artículo 224 contenido en el Código Penal Federal.

En resumen, el contenido del delito de enriquecimiento ilícito resulta a todas luces violatorio de principios fundamentales tales como la no autoincriminación, presunción de inocencia, principio de legalidad y la inversión de la carga de la prueba, ello con base en los elementos expuestos en el cuerpo de la presente investigación.

Queda de este modo corroborado el tema central de la presente investigación claro que aquel que no lo hiciera de ese modo se encuentra obligado a asumir la responsabilidad a la que se encuentran sujetos. Lo anterior requiere de igual modo, de autoridades encargadas de impartir justicia que respeten la legislación en aras de preservar los principios elementales a los que tenemos derecho, sujetándose a reglas claras en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI ATILIO Aníbal, Curso de obligaciones, Vol. 2., Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot,

ARMENTA DEU, Teresa, Lecciones de Derecho Procesal Penal, 5ª ed., Marcial Poris, 2010.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Derecho Penal. Concepto y Principios Constitucionales". Tirant lo Blanch, Valencia.

CARBONELL, Miguel (coordinador), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, tomo IV, 15ª Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, ed. Porrúa, 2000.

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., Enriquecimiento Ilícito, Inconstitucionalidad del artículo 224 del Código Penal Federal, problemática que plantea la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en la aplicación de este ilícito, Ed. Porrúa, México, 2001.

CARRANCÁ Y TRUJILLO Raúl, CARRANCÁ Y RIVAS, Código Penal anotado, Ed. Porrúa.

CEREZO MIR, José, Curso de derecho penal español, Parte General II, teoría Jurídica del Delito, 6ª ed., Madrid, España, Tecnos, 1998.

CREUS, Carlos, Delitos contra la administración pública, Buenos Aires 1981.

DÍAZ-ARANDA, Enrique, Enriquecimiento ilícito de servidores públicos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

DÍAZ ARANDA, Enrique, Enriquecimiento ilícito de Servidores Públicos, México, Cárdenas, 1999.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Código Penal Federal con comentarios, México, Ed. Porrúa, 1998.

DOVAL PAÍS, Antonio, Posibilidades y Límites para la Formulación de Normas Penales, Universidad de Valencia, Valencia, 1999.

ENNECCERUS, Ludwig, Derecho de las Obligaciones. Doctrina Especial, Segunda Parte, 3ª Edición, Vol. 2. Barcelona, España, BOSCH Casa Editorial.

FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, "Enriquecimiento Ilícito y Principio de Legalidad", El criterio del Tribunal Pleno, (Análisis de la tesis de jurisprudencia número XXXIX/2002) Revista de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni Editores.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho penal, Tomo VII, Parte Especial, Reimpresión a la 2ª Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana, UNAM, México, 2002.

INCHAUSTI, Miguel A, Enriquecimiento ilícito de funcionarios, Buenos Aires, Ed, Ad-hoc, Marzo 2001.

JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, Parte general, T.1, Bosch, Traducción de Mir Puig Santiago y Muños Conde Francisco, Barcelona, 1981.

JUSTINIANO, GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, Traducción y compilación. "Corpus juris civilis. Español, Cuerpo del derecho civil romano, Parte Tercera del Digesto, Barcelona: Jaime Molinas, 1889-1898

MIKKELSEN-LÖTH, Jorge Federico, Enriquecimiento ilícito: El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública, Buenos Aires: La Ley, 2001.

NUÑEZ, Ricardo, Derecho penal argentino, tomo VII, Buenos Aires, 1974.

OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, Derecho Constitucional Penal, Editorial Porrúa, México 2005.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Diccionario de Derecho Penal, México, Editorial Porrúa, 1999.

PETIT Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, 19ª Edición, traducción de J. Fernández González, Editorial Porrúa.

SANCINETTI Marcelo A., El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público. Un Tipo Penal Violatorio del Estado de Derecho, 1ª edición, Talleres Gráficos Edigraf, S.A. de C.V., Buenos Aires, Argentina, Noviembre 1994.

VARIOS, Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

VARIOS, Semántica: Referente a la significación de las palabras. Diccionario de la lengua Española, 21ª Edición.

VILLADA, Jorge Luis, Delitos contra la función pública, Buenos Aires, Abelado-Perrot, 1999.

WASHINGTON RODRÍGUEZ, Agustín, Corrupción y enriquecimiento ilícito (Homicidio por encargo), Argentina, Editorial Iuris, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Tenorio Tagle, Fernando Tenorio, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 3ª Edición; Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 2013.

- LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Vigente).

Declaración Universal de Derechos Humanos. (Vigente).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Vigente).

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (Vigente).

Código Penal Federal (Vigente).

Código Penal Federal (1983).

Código Nacional de Procedimientos Penales. (Vigente).

Código Penal de Costa Rica. (Vigente).

Código Penal Colombiano. (Vigente).

Código Penal de la República de Panamá. (Vigente).

Código Penal Español. (Vigente).

Código Penal para la Nación Argentina. (Vigente).

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. (Vigente).

- JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS

Tesis Aislada P. IX/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época; Pleno, Tomo I, mayo de 1995; pág. 82.

Tesis: II.2o.P.187 P., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1879.

Tesis Aislada P. XXXV/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Pleno, Tomo XVI, agosto de 2002, p. 14.

Tesis: 1a. CXXIII/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, 1a. Sala, Tomo XXI, Enero de 2005, p. 415.

Tesis Jurisprudencial 1a./J. 10/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época; Primera Sala, Tomo XXIII, marzo de 2006, pág. 84.

Tesis Aislada I.4o.P.36 P., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Tomo XXV, enero de 2007, p. 2295.

Tesis: I.3o.C. J/47, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1964.

Tesis Jurisprudencial, (Pleno), Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 181-186, Primera Parte, p. 239

Tesis Aislada XI.1o.A.T.47 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, p. 1932.

Tesis Jurisprudencial 1a./J. 143/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época, 1a. Sala, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 2, p. 912.

Tesis Jurisprudencial 1a./J. 16/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época, 1a. Sala, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 1, p. 429.

Tesis Aislada 1a. CCLXXXVI/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época, 1a. Sala, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, p. 1054.

Tesis Jurisprudencial 1a./J. 25/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10a. Época, 1a. Sala, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 478.

Jurisprudencia 1a./J. 26/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10a. Época, 1a. Sala, Libro 5, abril de 2014; Tomo I, p. 476.

Tesis: 1a. CCXXIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10a. Época, 1a. Sala, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, p. 579.

Tesis Jurisprudencial 1a./J. 2/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10a. Época, 1a. Sala, Libro 38, Enero de 2017, Tomo I, p. 161.

- DOCUMENTOS Y LIBROS WEB

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/600/35.pdf>

<https://www.derecho-comparado.org/codigos/CodigoPenalArgentino.htm>

OEA, Probidad y Ética Cívica, Resolución aprobada en la décima sesión plenaria, celebrada el 10 de junio de 1994, AG/RES. 1294 (XXIV-0/94).

<http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/Res1294.htm>

OEA, Primera Cumbre de las Américas Miami, Florida, 9 al 11 de diciembre de 1994, Plan de Acción.

http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SISTEMA DE CONSULTA DE ORDENAMIENTOS, Exposición De Motivos, Procesos Legislativos, Cámara de Diputados, 1983.

<http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=BHGCbWrG7ukiUiW/WEuu/r7l8GQqjgVu6ZuRSZ5azXG5Q/P4TQCZ0oWhTabizNzTuFTnwJaQJeQ5b6kZ9DDgD>

“Cae de nuevo México en Índice Global de Corrupción: Transparencia Mexicana”, febrero 2018.

<https://www.tm.org.mx/ipc2017/>

PODER JUDICIAL DE COSTA RICA, “Exp.N°0842-P-90.VOTO N°1707-95”,
[file:///D:/Usuarios/apechir/Downloads/95-001707%20\(1\).pdf](file:///D:/Usuarios/apechir/Downloads/95-001707%20(1).pdf)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A41997A0625%2801%29>

<https://www.transparency.org/cpi2018>

https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1

Amparo en revisión 1293/2000. Raúl Salinas De Gortari, 15 de agosto' de 2002, unanimidad de once votos de los señores ministros: Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Castro y Castro, Díaz Romero, Aguinaco Alemán, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero, Silva Meza y Presidente Góngora Pimentel. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Arnulfo Moreno Flores.

Toca de Apelación número 182/96-I, Raúl Salinas De Gortari.

Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito. Expediente: Amparo Indirecto 40/99-II. Quejoso: Raúl Salinas de Gortari.

Manual de la Amnistía Internacional, Juicios Justos, Ed. Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, España.