

¿PREVIENE EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO LA CORRUPCIÓN?

Enrique DÍAZ-ARANDA*

SUMARIO: I. *Preliminares*. II. *La lucha institucional contra la corrupción*. III. *Análisis dogmático y jurisprudencial del tipo*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. PRELIMINARES

En otros trabajos ya me he ocupado del análisis de los antecedentes y regulación del tipo de enriquecimiento ilícito. En este desarrollo trataré de hacer un análisis más amplio sobre las instituciones públicas encargadas de su erradicación y algunos planteamientos sobre su interpretación jurisprudencial y dogmática frente a los parámetros del Estado social y democrático de derecho.

II. LA LUCHA INSTITUCIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

Muchas han sido las instituciones creadas en México para librar la lucha contra la corrupción, a continuación nos referiremos a algunas de las instituciones más importantes que se encargan de investigar los supuestos de enriquecimiento ilícito de servidores públicos.

* Doctor en derecho por la UNAM y por la Universidad Complutense de Madrid. Posdoctorado en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Munich.

1. *Secretaría de la Función Pública*

La campaña de Miguel de la Madrid Hurtado para la presidencia de la República, se sustentó en la renovación moral para cuya instrumentación realizó diversas reformas al sistema jurídico y creó la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, la cual se convirtió en Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo (SECODAM) y, durante el sexenio de Vicente Fox, en Secretaría de la Función Pública (en adelante SFP).

El 12 de diciembre del 2003 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el Reglamento Interior de la SFP, dentro del cual encontramos a la Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial, la cual tiene como objetivos: prevenir, supervisar y vigilar el estricto cumplimiento de las obligaciones que la ley impone a los servidores públicos en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y, en su caso, sancionar los actos u omisiones en que incurran mediante el análisis de la evolución patrimonial de servidores públicos y la inscripción en el registro de servidores públicos de las sanciones impuestas a los mismos.

Para nuestro estudio resulta importantísimo lo dispuesto en el artículo 38 del Reglamento Interior de la SFP, el cual dispone:

ARTÍCULO 38. Corresponderá a la Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial el ejercicio de las siguientes atribuciones:

I. Coordinar la integración de un padrón de servidores públicos obligados a presentar declaración de situación patrimonial;

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

III. Tramitar, sustanciar y resolver los procedimientos disciplinarios derivados de las quejas y denuncias formuladas con motivo del incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos de las dependencias, las entidades y la Procuraduría, y actuar, igualmente, en los procedimientos que se atraigan para ser conocidos directamente en la Secretaría por acuerdo de su titular;

IV. Proponer, previa opinión de las unidades administrativas competentes de la Secretaría, las normas y formatos conforme a los cuales los servidores públicos deberán declarar su situación patrimonial, así como los manuales e instructivos correspondientes;

V. Ordenar y llevar a cabo las investigaciones, visitas de inspección y auditorías en relación con la situación patrimonial de los servidores públicos, así como imponer las sanciones que correspondan;

VI. Recibir y resolver las inconformidades de los servidores públicos respecto de las visitas o auditorías que se les practiquen en relación con su situación patrimonial;

VII. Llevar los registros relativos a los servidores públicos y a los bienes a que se refiere el ordenamiento legal en materia de responsabilidades;

VIII. Establecer programas preventivos en materia de responsabilidades de los servidores públicos y emitir reglas que orienten el debido desempeño de los mismos, a fin de propiciar una plena vocación del servicio público en beneficio de la colectividad y asesorar y conocer sobre las acciones específicas que establezcan las dependencias, las entidades y la Procuraduría;

IX. Practicar de oficio o por denuncia debidamente fundamentada, las investigaciones que correspondan sobre el incumplimiento por parte de los servidores públicos de las prevenciones a que se refiere el ordenamiento legal en materia de responsabilidades, efecto para el cual podrá ordenar la práctica de visitas de inspección y de auditorías;

X. Turnar a los órganos internos de control en las dependencias, las entidades y la Procuraduría los expedientes relativos a las investigaciones y auditorías practicadas, cuando de las mismas se deriven responsabilidades en las que aquéllos deban imponer sanciones disciplinarias en los términos del ordenamiento legal en materia de responsabilidades;

XI. Imponer las sanciones que competan a la Secretaría, de acuerdo a lo dispuesto en el ordenamiento legal en materia de responsabilidades y demás disposiciones que correspondan, cuando de las quejas y denuncias a que se refiere la fracción III de este artículo, se determinen responsabilidades administrativas y llevar

a cabo las acciones que procedan conforme a dicho ordenamiento, a fin de garantizar el cobro de las sanciones económicas que se impongan;

XII. Calificar los pliegos preventivos de responsabilidades que formulen las dependencias, las entidades y la Procuraduría, así como la Tesorería de la Federación, fincando, cuando proceda, los pliegos de responsabilidades a que haya lugar o, en su defecto, dispensar dichas responsabilidades, en los términos de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y su Reglamento;

XIII. Recibir, tramitar y resolver, en su caso, en los términos del ordenamiento legal en materia de responsabilidades, las solicitudes de indemnización de los particulares que deriven de las quejas y denuncias a que se refiere la fracción III de este artículo;

XIV. Asesorar, apoyar, supervisar, controlar y dar seguimiento a las actividades que desarrollen los órganos internos de control en las dependencias, las entidades y la Procuraduría en materia de responsabilidades;

XV. Proponer la celebración de bases y convenios de coordinación en materia de responsabilidades y situación patrimonial con las dependencias, las entidades y la Procuraduría, así como con los gobiernos de las entidades federativas, con la participación que corresponda a los municipios;

XVI. Implantar los sistemas que se requieran para el control de los asuntos de su competencia y el fortalecimiento de los enlaces institucionales para el intercambio y suministro de información;

XVII. Definir para efectos internos de la Secretaría los criterios y las propuestas de lineamientos en materia de responsabilidades, y

XVIII. Las demás que le atribuya expresamente el secretario, así como las que competen a las unidades administrativas a su cargo.

Como se puede advertir, existe una dependencia gubernamental especialmente creada para vigilar el incremento patrimonial de los servidores públicos. No obstante, dependencias como la Procuraduría General de la República tienen instancias internas para realizar la misma labor.

2. *Procuraduría General de la República*

La PGR cuenta con una Unidad Especializada en Investigación de Delitos Cometidos por Servidores Públicos y contra Administración de Justicia,¹ la cual es la encargada de conocer e investigar los actos de corrupción de servidores públicos ajenos a esa institución, por lo que resulta competente para conocer de los delitos previstos en los títulos décimo y décimo primero del Código Penal Federal, siempre y cuando se reúnan los supuestos establecidos en el acuerdo A70/03 del procurador general de la República; ello sin perjuicio de que el procurador emita los criterios mediante los cuales las delegaciones de la institución en las entidades federativas queden facultadas para el conocimiento de los ilícitos de esta naturaleza.

Entre los principales servicios que presta la Unidad, se encuentran los siguientes:

- Recibe denuncias en contra de servidores públicos de la Federación, ya sea de la administración pública centralizada, descentralizada o paraestatal, fideicomisos públicos, del Congreso de la Unión, del Poder Judicial federal y del Ejecutivo Federal, en los términos del artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del 212 del Código Penal Federal.
- Recibe denuncias por delitos cometidos contra la administración de justicia en los términos del artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del 212, en relación con el 225, ambos del Código Penal Federal.
- Conoce, estudia, integra y determina conforme a derecho, en su caso, la incompetencia, la acumulación, la reserva, el ejercicio de la acción penal y el no ejercicio de la acción penal.

¹ Dicha Unidad tiene fundamento en el artículo 29, fracción III del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

- Es importante mencionar que conforme al artículo 29, fracción III del Reglamento de la Ley Orgánica de la PGR, esta Unidad conoce de los delitos cometidos por servidores públicos ajenos a la Procuraduría y contra la administración de justicia, previstos en los títulos décimo y décimo primero del Código Penal Federal, siempre y cuando se reúnan los supuestos siguientes:
- 1) Que la cuantía del asunto sea mayor a 23 mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;
 - 2) Que los hechos se hayan realizado en dos o más entidades federativas;
 - 3) Que el esclarecimiento de los hechos revista complejidad técnico penal, o
 - 4) Que así lo determine el titular de la institución.

Además de la potestad señalada en el párrafo anterior, el artículo 27 de la Ley Orgánica referida le confiere a dicha Unidad las facultades siguientes:

I. Ejercer las atribuciones previstas en el artículo 4o. de la Ley Orgánica respecto de los delitos materia de su competencia en coordinación con las unidades administrativas y órganos competentes;

II. Conocer de los asuntos que tengan a su cargo las delegaciones, relacionados con los delitos materia de su competencia, de conformidad con las normas aplicables y políticas institucionales o cuando así lo determinen el procurador o el subprocurador respectivo;

III. Ejercer la facultad de atracción para la investigación y persecución de delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos federales, materia de su competencia;

IV. Remitir a las delegaciones por conducto de la Dirección General del Control de Averiguaciones Previas, las indagatorias relacionadas con delitos materia de su competencia, para su prosecución, de conformidad con las normas y políticas institucionales o cuando así lo determinan el procurador o el subprocurador respectivo;

V. Autorizar los acuerdos de reserva, incompetencia, acumulación separación de las averiguaciones previas a su cargo;

VI. Establecer mecanismos de coordinación con las unidades administrativas que tengan a su cargo el control y seguimiento de las averiguaciones previas y de los procesos penales federales, a fin de perfeccionar el ejercicio de la acción penal, y facilitar las actuaciones procesales que deban desahogarse ante los órganos jurisdiccionales;

VII. Coordinarse con las delegaciones en las investigaciones y diligencias que practiquen en el ámbito territorial de la delegación respectiva, relacionadas con aquellos delitos materia de su competencia, de conformidad con las normas aplicables y políticas institucionales o cuando así lo determinen el procurador o el subprocurador respectivo, así como brindar asesoría y apoyo a las delegaciones;

VIII. Proponer, en coordinación con las unidades administrativas competentes de la institución, políticas, estrategias y líneas de acción para combatir los delitos materia de su competencia;

IX. Participar, en coordinación con las unidades administrativas competentes de la institución, en los organismos y grupos internacionales encargados o que tengan relación con la investigación y represión de los delitos materia de sus respectivas competencias;

X. Proporcionar a las unidades administrativas competentes de la Institución la información y estadística de los delitos materia de su competencia.

XI. Ejercer el mando directo e inmediato sobre el personal que le esté adscrito;

XII. Las demás que les confieran otras disposiciones aplicables o el procurador.

Lo anterior nos ofrece la perspectiva institucional para combatir la corrupción a nivel federal, a través de una unidad creada *ex profeso* para combatir el fenómeno de la corrupción.

Por otra parte, encontramos la existencia de una Fiscalía de delitos cometidos por servidores públicos, la cual nos reporta las siguientes averiguaciones previas en torno al delito de enriquecimiento ilícito:

<i>Delito</i>	<i>Incidencia</i>	<i>Año de la averiguación previa</i>	<i>Total de delitos cometidos por los servidores públicos por año</i>
Enriquecimiento ilícito	2	2003	77
Enriquecimiento ilícito	2	2004	23
Enriquecimiento ilícito	1	2005	24
Enriquecimiento ilícito	—	2006	29

Otra de las dependencias de la PGR es la Contraloría Interna, la cual es una instancia de apoyo a las tareas de la Procuraduría que se orienta a evaluar el grado de honestidad, economía y transparencia con que se manejan los recursos públicos, así como la eficiencia, eficacia y calidad con que se alcanzan las metas y objetivos institucionales e igualmente para impulsar el desarrollo administrativo. Dentro de sus objetivos estratégicos se encuentra el prevenir, detectar y corregir la comisión de conductas irregulares en el desempeño de las funciones de los servidores públicos que laboran en la Procuraduría General de la República, a fin de contribuir a obtener la confianza de la sociedad en la institución.

La Contraloría Interna en la Procuraduría General de la República es una instancia de apoyo, orientación y promoción de la modernización y desarrollo de la administración institucional, que actúa con independencia y autonomía, sujeción a la ley, con oportunidad en su función fiscalizadora, con imparcialidad y capacidad técnica, privilegiando la función preventiva sobre la correctiva y observando un estricto código de comportamiento ético de su personal.

Para el cumplimiento de sus funciones y atribuciones, la Contraloría Interna de la PGR se rige conforme a lo dispuesto en el Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública y el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Su objetivo estratégico es generar entre la población la confianza de que los recursos públicos de la institución se utilizan con transparencia, así como ofrecer seguridad en el funcionamiento de los mecanismos institucionales para prevenir, detectar y, en su caso, sancionar las desviaciones en la actuación de los servidores públicos de la Procuraduría.

Entre las facultades más importantes de la Contraloría Interna, establecidas en el Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública y en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, destacan:

- Recibir quejas y denuncias sobre la actuación de servidores públicos.
- Iniciar, instruir y resolver procedimientos administrativos.
- Resolver recursos de revocación.
- Recibir y resolver inconformidades sobre actos relacionados con las leyes de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público; y de obras públicas y servicios relacionados con las mismas.
- Practicar auditorías internas a las unidades responsables de la PGR.
- Participar en comités técnicos de apoyo a la gestión institucional.
- Integrar, validar y enviar diversos informes específicos en esta materia.
- Supervisar los procesos de destrucción de estupefacientes y objetos de delito.
- Vigilar los procedimientos de control y administración de bienes asegurados.
- Intervenir en los actos de entrega-recepción de despachos.
- Atender los requerimientos emitidos por la Secretaría de la Función Pública en materia patrimonial.
- Coordinar a las unidades administrativas de la Procuraduría General de la República, en la recepción de declaraciones de situación patrimonial.

- Evaluar la gestión institucional, así como emitir las recomendaciones de mejora pertinentes para el adecuado desempeño de las unidades administrativas de la PGR.

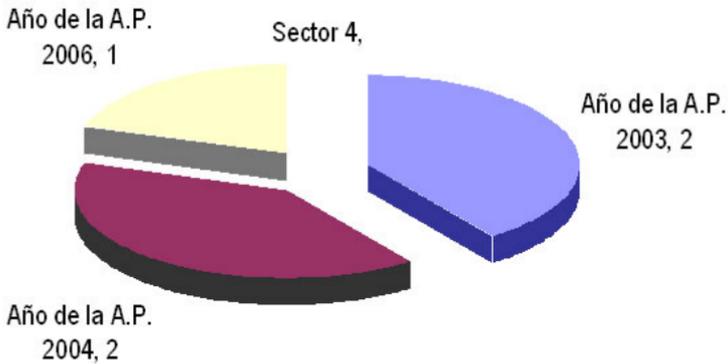
Pese a la existencia de las dependencias referidas, en la realidad su eficacia ha sido muy raquítica en torno a la prevención del delito de enriquecimiento ilícito, incluso podríamos decir que sus resultados fueron poco alentadores en 2004, tal como lo presenta el siguiente reporte:

*Averiguaciones previas iniciadas por la presunta
comisión de delitos cometidos por servidores públicos
a nivel federal en 2004*

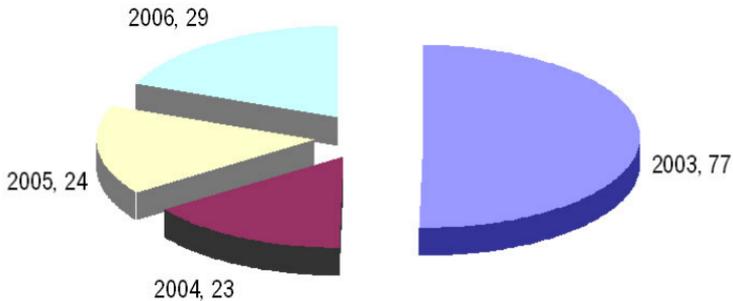
<i>Delito</i>	<i>Delitos registrados en averiguaciones previas iniciadas</i>
<i>Total</i>	1819
Contra la salud	639
Posesión	45
Comercio	7
Suministro	2
Transporte	2
Producción	1
Tráfico	0
Otros	582
Armas prohibidas	561
Ataque a las vías generales de comunicación (excepto a carreteras)	32
Propiedad intelectual e industrial	41
<i>Cometidos por servidor público</i>	38
Ambientales	36
Fiscales	17
Previsto en la Ley General de Población	9
Patrimoniales	5
Contra instituciones de banca y crédito	2
Asociación delictuosa	0
Robo en carreteras	0
Otros	419

Fuente: Procuraduría General de la República, Dirección General de Planeación e Innovación Institucional, Dirección de Estadística.

*Averiguaciones previas por el delito de enriquecimiento ilícito cometido por los servidores públicos
Fiscalía de Delitos cometidos por servidores públicos, PGR*



Total de delitos cometidos por los servidores públicos por año



Hasta aquí dejamos, por ahora, el estudio sobre las acciones institucionales en la lucha contra el delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos para adentrarnos un poco más en su interpretación.

III. ANÁLISIS DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL DEL TIPO

En otro trabajo he dejado de manifiesto que el tipo penal del enriquecimiento ilícito no describe la realización de la conducta mediante la cual el servidor público utiliza indebidamente su empleo, cargo o comisión para enriquecerse, sino que sólo sanciona el incremento en el patrimonio cuya procedencia lícita no pudiere acreditar el servidor público. En otras palabras, el tipo penal de enriquecimiento ilícito presume la conducta ilícita y sanciona el resultado aparente. Con lo anterior, se invierte la carga de la prueba (*onus probandi*) y se violenta el Estado de derecho al violar el principio de presunción de inocencia.² En palabras lisas y llanas sería tanto como describir que comete homicidio quien se encuentre junto al cadáver sin demostrar que no lo privó de la vida.

Lamentablemente, los asertos anteriores no sólo encuentran sustento en una interpretación puramente dogmática, sino que se corroboran con los siguientes criterios jurisprudenciales, los cuales, dada su relevancia, transcribo íntegros:

Registro no. 909388; Localización: Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Apéndice 2000; Tomo II, Penal, P.R. TCC; Página: 2196; Tesis: 4447; Tesis Aislada; Materia(s): Penal.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, DELITO DE, PROCESO PARA DETERMINAR EL. Un proceso lógico para concluir que un servidor público se ha enriquecido ilícitamente, consiste en determinar previamente con qué bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a éstos el total de sus ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás recibidos por cualquier concepto, llámense premios, donaciones, herencias, préstamos y otros similares, tomándose en cuenta además aquellos factores económicos que tiendan a aumentar o disminuir el valor, como podrían ser la plusvalía, devaluación de la moneda

² Díaz-Aranda, Enrique, *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, México, Cárdenas Editor, 1999.

o el proceso inflacionario. Después de esto deberán cuantificarse los bienes con que cuenta actualmente, y una vez obtenidos los resultados de ambas operaciones hacer una comparación entre éstas para poder establecer si existe alguna diferencia a su favor, y en su caso, si constituye un enriquecimiento ilícito, si se prueba que la obtuvo con motivo del empleo, cargo o comisión del servicio público, o si éste no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, conforme lo exige el artículo 224 del Código Penal Federal.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 146/93. Guillermo González Calderoni y otros. 4 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Cerdán Lira. Secretario: Raúl Alvarado Estrada.³

Registro no. 921507; Localización: Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Apéndice (actualización 2002); Tomo II, Penal, P.R. SCJN; Página: 114; Tesis: 18; Tesis Aislada; Materia(s): Penal.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL QUE LO PREVÉ, NO CONTIENE UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. La interpretación genético teleológica de la reforma al título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que comprende los artículos del 108 al 114, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, revela que las causas generadoras de la misma, se sustentan en la necesidad de establecer nuevas bases constitucionales para sancionar adecuadamente y con mayor rigor las responsabilidades de los servidores públicos. Así mismo, del análisis minucioso de la exposición de motivos y de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de su debate, en lo que se refiere al artículo 109, fracción III, párrafo tercero, que contiene la intención expresa de sancionar penalmente a los servidores públicos por causa de enriquecimiento ilícito, no se advierte la voluntad del Poder Reformador de la Constitución de establecer un régimen de excepción a las garantías individuales. Efectivamente, si bien del precepto mencionado se desprende que

³ Tesis IV.3o.130 P, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XV-II, febrero de 1995, p. 333.

el servidor público debe acreditar la legítima procedencia de su patrimonio, ello no debe entenderse como un desplazamiento de la carga probatoria al inculpado, sino como el derecho de defensa que goza para desvirtuar los elementos de prueba en su contra. Por lo tanto, es al Ministerio Público conforme a las reglas generales contenidas en los artículos 21 y 102 constitucionales, a quien corresponde comprobar los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del imputado. Para determinar que un servidor público se ha enriquecido ilícitamente (núcleo esencial del delito), se requiere la comprobación previa de determinados hechos o circunstancias, como son la calidad del acusado como servidor público (sujeto calificado), la situación patrimonial del mismo al iniciar y al concluir sus funciones, la remuneración percibida durante el desempeño de su cargo, y la circunstancia real del patrimonio que en la actualidad cuenta el sujeto, para poder de esa forma arribar a un proceso lógico y natural en el que se advierta con nitidez y con un mínimo de sentido común que existe una desproporción sustancial entre lo percibido por el servidor público con motivo de su empleo, cargo o comisión y lo que realmente cuenta en su haber patrimonial. Estos hechos y circunstancias concatenados entre sí, generan la presunción iuris tantum de que el sujeto activo se ha enriquecido de manera ilícita, lo que constituye prueba circunstancial que acredita el cuerpo del delito y la responsabilidad del mismo, los cuales en todo caso pueden ser desvirtuados a través del acreditamiento por parte del servidor público, de la licitud del aumento sustancial de su patrimonio.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.⁴

Registro no. 921508; Localización: Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Apéndice (actualización 2002); Tomo II, Penal, P.R. SCJN; Página: 115; Tesis: 19; Tesis Aislada; Materia(s): Penal.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECER LA CONDUCTA DELICTIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO

⁴ Tesis P. XXXVI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 7.

14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Del análisis comparativo de los artículos 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 224 del Código Penal Federal, se advierte que ambos resultan coincidentes, y que el último precepto en realidad reprodujo o trasladó de manera esencial los elementos que el Poder Reformador de la Constitución estimó necesarios para proteger el patrimonio del Estado, combatir la corrupción y reforzar la moral dentro de la administración pública. La preocupación del Constituyente de regular, en los diferentes ámbitos, las conductas desplegadas por los servidores públicos, lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal del enriquecimiento ilícito, el cual, con todos sus elementos integradores, en forma similar fue reiterado en el Código Penal Federal. El numeral ordinario de referencia colma la función jurídica de su tipo penal, a saber, la individualización de la conducta humana que prohíbe el enriquecimiento de manera ilícita, que se encuentra comprendido en la primera parte de su redacción: “Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito”. La redacción de este precepto revela que el tipo penal que prevé no es abierto, sino cerrado, porque su texto establece de manera exacta los supuestos de individualización de la conducta reprochable, a saber, el enriquecimiento ilícito. Así, la pura descripción objetiva del tipo en cuestión encuentra su núcleo en el empleo del verbo principal: “enriquecerse”, agregándole la palabra “ilegalmente”, como un elemento normativo que entraña una valoración, con lo cual se significa el sentido antijurídico del delito, que consiste en la acción de enriquecerse ilícitamente. En cambio, la segunda parte del propio precepto, relativa a 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 de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos”, se refiere a las reglas procesales, específicamente relacionadas con los medios de prueba para esta clase de delito, con la finalidad de desvanecer la imputación correspondiente; es decir, la remisión que el precepto impugnado realiza a la referida ley, para que el servidor público acredite el le-

gítimo aumento de su patrimonio, no constituye un complemento del tipo penal, sino debe entenderse como su derecho de defensa, que prevé tanto la Constitución como la legislación secundaria como medio concreto de adoptar su defensa y desvirtuar los elementos de prueba que recaen en su contra. Por tanto, la redacción del artículo 224 citado no infringe la garantía de legalidad contenida en el artículo 14 constitucional, al prever de manera clara y precisa cuál es la conducta a sancionar, que para el caso la constituye el enriquecimiento ilícito, conducta que indudablemente es la que conforma el núcleo esencial del delito.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.⁵

Registro no. 921509; Localización: Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Apéndice (actualización 2002), Tomo II, Penal, P.R. SCJN; Página: 116; Tesis: 20; Tesis Aislada; Materia(s): Penal.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL COMPRENDE EL ELEMENTO CONSISTENTE EN EL INCREMENTO SUSTANCIAL DEL PATRIMONIO A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL. El artículo 224 de la legislación penal prevé textualmente que “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”. Por su parte, el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que 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 sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos,

⁵ Tesis P. XXXIX/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 9.

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”. Ahora bien, del análisis comparativo de ambos preceptos se desprende que resultan coincidentes en cuanto a la necesidad de la sustancialidad del enriquecimiento del servidor público, debido a que si bien en el texto ordinario no se prevé sacramentalmente la palabra aludida (sustancialmente), al hacer mención al enriquecimiento, debe de entenderse que se está refiriendo al incremento sustancial del patrimonio y no a cualquier incremento, lo que significa que al hablar de enriquecimiento ya está considerando un incremento sustancial, es decir, notoriamente desproporcionado. Además, el propio texto secundario, en aquellos casos en los que se instrumenta el procedimiento a que se refiere la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, remite expresamente a los preceptos de tal ordenamiento, los cuales de igual manera involucran el elemento sustancialidad en sus artículos 84 y 90, al utilizar el primero de ellos una expresión equivalente, como lo es “los signos exteriores de riqueza sean ostensibles y notoriamente superiores a los ingresos lícitos que pudiera tener un servidor público”, y el segundo una connotación igual, al referirse al “incremento sustancial”.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.⁶

Registro no. 921510; Localización: Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Apéndice (actualización 2002), Tomo II, Penal, P.R. SCJN; Página: 117; Tesis: 21; Tesis Aislada; Materia(s): Penal.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO VIOLA EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, CONSTITUCIONAL. El citado precepto ordinario prevé 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 de

⁶ Tesis P. XL/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 10.

los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos”. Ahora bien, de la redacción del precepto en cuestión no se desprende que se viole el principio de no autoincriminación, previsto como garantía individual en el artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Federal, en tanto que si bien es cierto que aquel precepto remite a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos para el acreditamiento de la licitud de la actuación del imputado, ello no significa en modo alguno que se obligue al servidor público a declarar en su contra en la fase administrativa, pues lo único que establece es que se le requiera para que justifique la licitud de sus haberes, otorgando al servidor público la posibilidad material y plena de su defensa, para que pueda desvirtuar los elementos de prueba que recaen en su contra, lo cual se traduce en la garantía de audiencia que se le otorga, sin que ello implique que deba autoincriminarse, en tanto que puede incluso abstenerse de declarar, o de hacerlo en los términos que estime pertinentes, aun cuando con ello se faltare a la verdad, máxime que en acatamiento a las reglas que rigen el procedimiento penal, el Ministerio Público en todo caso y por mandato de los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deberá acreditar con apoyo en el acervo probatorio a su alcance el cuerpo del delito y la responsabilidad penal.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.⁷

Registro no. 921511; Localización: Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Apéndice (actualización 2002), Tomo II, Penal, P.R. SCJN; Página: 118; Tesis: 22; Tesis Aislada; Materia(s): Penal.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. LA DECLARATORIA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 90 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, NO CONSTITUYE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA INICIAR LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y EJERCER LA ACCIÓN PENAL POR ESE DELITO. De conformidad con el precepto de la ley mencionada, la Secretaría de Contraloría y

⁷ Tesis P. XXXVIII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 11.

Desarrollo Administrativo hará al Ministerio Público, en su caso, declaratoria de que el servidor público sujeto a investigación no justificó la procedencia lícita del incremento sustancial de su patrimonio de los bienes adquiridos o de aquellos sobre los que se conduzca como dueño, durante el tiempo de su encargo o por motivos del mismo. Ahora bien, la circunstancia de que la Secretaría referida pueda emitir la resolución correspondiente en la que se establezca que el servidor público no comprobó la licitud de su actuación, no implica que el Ministerio Público, al tener conocimiento de la probable comisión de un delito, por fuente diversa, no pueda llevar a cabo las diligencias de la averiguación previa sin la emisión de esa declaratoria por parte de la autoridad administrativa, ya que constitucionalmente a este representante social le han sido conferidas dichas facultades, las cuales se rigen por el principio de oficiosidad. Por lo tanto, la citada declaratoria es una cuestión totalmente diferente a la configuración del delito de enriquecimiento ilícito, previsto y sancionado en el artículo 224 del Código Penal Federal que no depende necesariamente de la declaratoria en sí misma considerada, sino del acervo probatorio que en ejercicio de sus funciones recabe el Ministerio Público y con el cual habrán de advertirse todos los elementos integradores del delito. La presencia de la declaratoria de mérito, por consiguiente, viene a constituir simplemente un elemento más de prueba que puede tener en cuenta el representante social para efectos de la integración de la averiguación previa correspondiente y, en su caso, para el ejercicio de la acción penal.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. En relación con el criterio que se contiene en esta tesis, mayoría de nueve votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Piosot y Arnulfo Moreno Flores.⁸

Registro no. 921512; Localización: Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: Apéndice (actualización 2002); Tomo II, Penal, P.R. SCJN; Página: 119; Tesis: 23; Tesis Aislada; Materia(s): Penal.

⁸ Tesis P. XXXIV/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 12.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL DE ILICITUD DEL INCREMENTO PATRIMONIAL QUE RECONOCE EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO ES ATENTATORIA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. El artículo 224 del Código Penal Federal al expresar que “Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio”, reconoce la existencia de una presunción de ilicitud del enriquecimiento, sustentada en hechos que deben demostrarse plenamente, consistentes en que un servidor público incrementó sustancialmente su patrimonio, de manera desproporcionada a sus ingresos. Esta forma indirecta de probar uno de los elementos del delito no es atentatoria del principio de presunción de inocencia que le asiste al inculpado, por más que lo vincule a demostrar la legítima procedencia de sus bienes para poder desvirtuar la prueba presuntiva que pesa en su contra, ya que es propio del proceso penal que al Ministerio Público le corresponde allegar pruebas incriminatorias y al procesado las de su defensa, entre ellas, las que tiendan a destruir o a desvanecer las aportadas por su contraparte.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.⁹

Como se podrá constatar, el criterio jurisprudencial no obliga al Estado a demostrar la conducta del servidor público, con lo cual reitera la crítica que se ha realizado y que, lamentablemente, no sólo es el parámetro seguido en el artículo 224 del Código Penal Federal sino también el del artículo 275 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Ahora corresponde analizar la omisión sobre la cual se sustenta el tipo, pues este señala que el servidor público deberá acreditar la legítima procedencia de los bienes que sustentan el enriquecimiento en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; mas al revisar la citada ley, se puede constatar que en ninguno de sus 93 artículos señala

⁹ Tesis P. XXXVII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 13.

cómo se debe acreditar la lícita procedencia de dichos bienes, lo cual termina de violentar los principios del Estado social y democrático de derecho al sancionar una omisión cuyo deber de garante no está claro y, en este sentido, se debe recordar que la omisión no tiene el mismo desvalor de la conducta de acción, es decir, es más grave hacer que no hacer, por ejemplo es más grave sacar la pistola y matar a alguien (acción) que el salvavidas que sólo deja de salvar a quien se está ahogando (omisión), de ahí que para sancionar una conducta de omisión se deba cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) El deber debe estar sustentado en la ley, el contrato o un hacer precedente.
- 2) La conducta debida debe estar prevista específicamente.
- 3) El bien jurídicamente tutelado seguramente se salvará con la conducta debida.

Sólo reuniendo los requisitos antes señalados se puede hacer equivalente la omisión a la acción.

Lamentablemente no existe un deber previsto en la ley que obligue al servidor público a no incrementar su patrimonio; lo cual sí existía, por ejemplo, en la época colonial en la Real Cedula para México del 29 de abril de 1549, que disponía:

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

Aunado a lo anterior, y como ya he manifestado, ninguno de los preceptos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos señala cómo se debe acreditar la legítima procedencia de los bienes que incrementaron el patrimonio. De ahí que

la conducta debida no está regulada y constituye una violación del principio de legalidad.

Ahora bien, sobre la posibilidad de salvar el bien jurídico tutelado en el tipo de enriquecimiento ilícito, no podemos decir que la incorruptibilidad del servicio público se salve al probar la lícita procedencia de los bienes que incrementaron el patrimonio del servidor, porque en realidad nunca estuvo en peligro el bien jurídico. Por el contrario, si el servidor no acredita la procedencia, ello no es lo que afecta la incorruptibilidad de la función pública, porque lo que afectó al bien jurídico tutelado fue la conducta en la que se hizo uso indebido del empleo, cargo o comisión públicos. Por lo tanto, la conducta de acreditar no es la que evita la lesión del bien ni es la que lo daña. Volviendo al caso del homicidio, si el indiciado no demuestra que él no lo mató, ello no afecta la lesión del bien jurídico vida, porque ello fue causado por el sujeto que sacó la pistola y disparó. Por el contrario, si el presunto delincuente demuestra que no disparó, ello no revive al muerto y sólo tiene como efecto el seguir investigando para saber quién es el asesino.

IV. CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior podemos concluir que el delito de enriquecimiento ilícito no previene la corrupción y es anticonstitucional.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARREGUI ZAMORANO, Pilar, *La Audiencia de México según los visitadores (siglos XVI y XVII)*, 2a. ed., México, UNAM, 1985. (Serie C, Estudios históricos, núm. 9).
- BARRAGAN BARRAGÁN, José, *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo 1812-1861*, México, UNAM, 1987 (Serie A, fuentes b) textos y estudios legislativos, núm. 101. *El Juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824 (antecedente inmediato del amparo)*, México, UNAM, 1978.

- , “Antecedentes históricos del régimen mexicano de responsabilidades de los servidores públicos”, *Las Responsabilidades de los Servidores Públicos*, México, Porrúa, 1984 (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales. núm. 88). “Enriquecimiento Ilícito”, *Diccionario jurídico mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1988, t. II.
- BUNSTER, Alvaro, “La responsabilidad penal del servidor público”, *Las responsabilidades de los servidores públicos*, México, Porrúa, 1984 (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales, núm. 88). “Delito”, *Diccionario jurídico mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1988, t. II. “Interpretación Penal”, *Diccionario jurídico mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1988, t. III.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona, Ariel, 1984.
- CARDENAS, Raúl F., *Responsabilidad de los funcionarios públicos (antecedentes y leyes vigentes de México)*, México, Porrúa, 1982.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, Straf, 2006.
- , *Derecho penal parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, México, Porrúa-UNAM, 2003.
- , *Dolo (causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*, 3a. ed., México, Porrúa, 2001.
- , *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, México, Cárdenas Editor, 1999.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*, 1a. ed. (carta de Octavio Vejar Vázquez), México, Botas, 1946.
- LANZ CÁRDENAS, Trinidad, *La Contraloría y el control interno en México. (Antecedentes históricos y Legislativos)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, “Régimen constitucional de responsabilidades de los servidores públicos”, *Las responsabi-*

- lidades de los servidores públicos*, México, Porrúa, 1984 (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales, núm. 88). “Artículo 108”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Bosch, 1986.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, La ley, 1945, t. I.
- SOTO, Hernando de *et al.*, *El otro sendero (la revolución informal)*, México, Diana, 1987.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general*, t. I: *El hecho punible*, trad. de la 2a. ed. alemana por Gladys Romero, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán (parte general)*, 2a. ed. castellana, trads. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- ZAFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal (parte general)*, Buenos Aires, Ediar, 1981, ts. III y IV.
- , *Manual de derecho penal (parte general)*, 2a. ed., México, Cárdenas, 1988.